

TRIBUNALE DI TERAMO

UFFICIO PROCEDURE CONCORDSUALI

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio nelle persone dei Magistrati:

dott. Giansaverio Cappa Presidente

dott. Giovanni Cirillo Giudice del.

dott. Marco Procaccini Giudice

letta la relazione presentata ai sensi dell'art. 129 comma 1 L.F. dai curatori nominati nella procedura 91/2015 RG FALL., relativa all'esito delle operazioni di voto aventi ad oggetto tre proposte di concordato fallimentare depositate da CONSORZIO CSA SCARL, DECO S.P.A., DILECO S.R.L.:

- a) calcolo della soglia costituita dalla "maggioranza dei crediti ammessi al voto" (ex art. 128 comma 1 l. fall.)

|   | importi        |
|---|----------------|
| a) crediti aventi diritto al voto + crediti PR che hanno espresso voto (ex art. 127 l. fall.)                           | € 7.285.008,42 |
| b) determinazione della "maggioranza dei crediti ammessi al voto" ex art. 128 co. 1 l.fall. (50% crediti sub a) + 0,01) | € 3.642.504,22 |

- b) risultato votazioni per ciascun proponente (ex art. 128 ultimo comma l. fall.)

| proponente          | raggiungimento<br>soglia<br>"maggioranza dei<br>crediti ammessi al<br>voto" | voti conseguiti       |                   |
|---------------------|---|-----------------------|-------------------|
|                     |   | in<br>valore assoluto | in<br>percentuale |
| consorzio CSA scarl | no  | € 1.894.892,77        | 26,01%            |
| società DECO spa    | si  | € 5.381.246,92        | 73,87%            |
| società DILECO srl  | no  | € 3.159.772,90        | 43,37%            |

preso atto che risulta approvata dalla maggioranza dei creditori, pari al 73,87%, la proposta presentata da DECO S.P.A. [crediti votanti legittimati: E. 7.285.008,42; maggioranza: 3.642.504,22; voti favorevoli conseguiti: E. 5.381.246,92];

letto il ricorso per omologazione del concordato fallimentare presentato da DECO S.P.A. - P.I. 01253610685 - in persona del legale rappresentante p.t., in data 8.5.2017, a seguito dell'approvazione della relativa proposta da parte della maggioranza dei creditori;

letti gli atti di opposizione presentati dai legali rappresentanti pro tempore di: GRUPPO ZEPPIERI COSTRUZIONI SRL; CIRSU S.P.A.; COMUNE DI MOSCIANO S. ANGELO; CONSORZIO STABILE AMBIENTE CSA SCARL; DILECO SRL; CSA TEAM SRL;

lette le memorie di costituzione depositate dal COMUNE di MOSCIANO S. ANGELO, GRUPPO ZEPPIERI COSTRUZIONI SRL, CIRSU SPA, CONSORZIO STABILE AMBIENTE SOC. CONS. A.RL., DILECO SRL, CSA TEAM s.r.l.;

lette le comparse conclusionali/note conclusive delle parti;

celebrata dal Giudice delegato in data 5.7.2017 l'udienza ex art. 129 penultimo comma L.F., alla presenza dei curatori, della richiedente l'omologazione della proposta di concordato fallimentare, delle parti costituite, dei legali della procedura, del presidente della Provincia di Teramo;

celebrata l'udienza di discussione dinanzi al Collegio in data 19.7.2017, alla presenza delle medesime parti, eccettuato il presidente della Provincia di Teramo;

ha pronunciato il seguente

#### DECRETO

1. La proposta di concordato fallimentare approvata dalla maggioranza dei creditori e sottoposta all'attenzione del Collegio per l'omologa, è stata *nella sua versione originaria* così formulata. La società DECO s.p.a., costituita nel 1989, ha quale oggetto sociale la gestione delle discariche per rifiuti non pericolosi e impianti trattamento rifiuti [cfr. gestione discariche CHIETI, LANCIANO, SPOLTORE]; possiede un patrimonio sociale interamente versato di E. 1.404.000,00, con riserve pari ad oltre 25.577.000,00 E.; nell'anno 2014 ha realizzato un utile di circa 3.000.000,00 E.; al 31.12.2014 possedeva disponibilità liquide per E. 16.000.000,00; è titolare delle autorizzazioni rilasciate dalla Regione Abruzzo [cd. AIA] per l'esercizio dell'attività di gestione dei rifiuti, per la realizzazione e l'esercizio della nuova discarica GRASCIANO 2 ed ancora per la chiusura e gestione post operativa della precedente discarica di GRASCIANO [cd. GRASCIANO 1]. In particolare, è titolare dell'AIA 06/2014 - autorizzazione progetto di revamping e ripresa esercizio delle linee di compostaggio e CDR. Tali autorizzazioni sono essenziali per l'esercizio di tutte le attività del Polo Tecnologico di Notaresco e per la realizzazione e l'esercizio dell'annessa discarica di "Grasciano 2". DECO S.p.a. propone di definire il fallimento di CIRSU s.p.a. con le modalità ed alle condizioni di seguito illustrate. La proposta è limitata ai creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente ed a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o presentato domande di ammissione tardive alla data di deposito della presente proposta. In relazione alle singole posizioni la proposta prevede:

- a) il pagamento integrale delle spese di giustizia, degli oneri fiscali derivanti dall'esecuzione del concordato, dei creditori assistiti da privilegio generale mobiliare e speciale e dei creditori prededucibili risultanti dallo stato passivo reso esecutivo con decreto del G.D. in data 4.2.2016;
- b) il pagamento parziale dei crediti chirografari nella misura che sarà in prosieguo descritta.

A fronte dei pagamenti e delle sistemazioni di cui sopra, saranno ceduti e trasferiti alla proponente, o al diverso soggetto che sarà indicato dalla proponente stessa ex art 1401 c.c., prima del decreto di omologa, tutti i beni, mobili ed immobili, materiali ed immateriali, i diritti reali, i crediti, nessuno escluso, nonché le azioni e le somme presenti nel patrimonio della società fallita, con tutte le Autorizzazioni Integrate Ambientali da essa possedute, da volturarsi in favore della Proponente, occorrenti alla realizzazione ed alla gestione delle seguenti attività:

- 1) Costruzione, implementazione e gestione della nuova discarica comunale in Notaresco (TE) Località Casette di Grasciano ("Grasciano 2");
- 2) Gestione delle linee impiantistiche (Piattaforma di tipo "A", Impianto di riciclaggio e compostaggio, Impianto di recupero/ riciclaggio/smaltimento dei beni durevoli;
- 3) Chiusura e gestione post-operativa della discarica di servizio ("Grasciano 1).

I suddetti beni e diritti saranno trasferiti liberi da gravami e vincoli pregiudizievoli, diritti e pretese di terzi, ed in modo particolare liberi da vincoli contrattuali di ogni specie, concessioni ed affidamenti in genere, precisandosi che la proponente non subentrerà in nessuno dei rapporti eventualmente in essere tra la società fallita e soggetti terzi. I beni dovranno essere consegnati liberi e vuoti di cose di proprietà di terzi e di rifiuti di qualunque genere.

La proponente assume specifico impegno a rispettare gli eventuali vincoli di destinazione d'uso legalmente gravanti sui beni oggetto di cessione in suo favore.

In relazione alle Autorizzazioni Integrate Ambientali oggetto di voltura alla proponente, quest'ultima si obbliga ad assumersi, contestualmente alla voltura, tutti gli oneri e le obbligazioni connesse, ivi comprese le garanzie prescritte, con contestuale immediata liberazione della società fallita dalle garanzie dalla stessa eventualmente già prestate.

La proponente si riserva di chiedere, entro la data di omologazione, che il provvedimento stesso disponga il trasferimento diretto di immobili o altri beni in favore di altri soggetti dalla stessa proponente indicati. La proposta prevede altresì, ai sensi dell'art. 124, comma 4, L.P., la cessione alla proponente delle azioni di massa che sono state o saranno autorizzate dal Giudice Delegato e che saranno indicate in modo specifico nella richiesta di omologazione.

Tra i beni immobili di prevista cessione in favore della proponente, figura anche l'area ove insiste la vecchia discarica di Grasciano ("Grasciano 1") ormai praticamente esaurita.

In relazione a tale discarica è necessario passare a breve termine alle fasi di chiusura e di gestione post-operativa, così come previsto dal D.Lgs. 36/03.

I costi di tali attività, secondo il principio di "chi inquina paga" che ispira il vigente sistema normativo, non gravano sul proprietario dell'area in virtù del mero titolo di proprietà, tanto più se la proprietà viene acquisita dopo la cessazione dell'attività di conferimento dei rifiuti, bensì sul gestore della discarica, sul quale grava il corrispondente onere di riscuotere le somme occorrenti durante la vita operativa della discarica ed unitamente al prezzo corrispettivo dello smaltimento dei rifiuti.

In mancanza, alle relative operazioni provvede la competente autorità previa escussione delle garanzie specificamente costituite a tal fine e di cui infra. Tanto ciò è vero che:

- l'art. 14 del D.Lgs. 36/03 prevede che siano prestate idonee garanzie finanziarie tanto per le operazioni di chiusura che per la gestione operativa, prevedendo per queste ultime una durata non inferiore a trent'anni;

- l'art. 15 del medesimo D.Lgs. prevede che il prezzo corrispettivo per lo smaltimento in discarica debba coprire i costi di realizzazione e di esercizio dell'impianto, i costi sostenuti per la prestazione della garanzia finanziaria di cui all'art. 14 ed i costi stimati di chiusura, nonché i costi di gestione successiva alla chiusura per il periodo prescritto (non inferiore a trent'anni). La discarica di Grasciano è ormai praticamente esaurita e le somme destinate a coprire i costi per la chiusura e la gestione post-operativa sono state, o sarebbero dovute essere, oramai interamente rimosse da Cirsu S.p.a., ovvero da coloro che per suo conto hanno gestito la discarica stessa con la conseguenza che i suddetti costi gravano su di essa.

Nell'ultimo bilancio di Cirsu S.p.a. al 31.12.2014 figura un appostamento per somma pari a euro 3.892.020 per gestione *post mortem* di tale discarica, appostamento cui non fa però riscontro l'effettiva presenza delle corrispondenti risorse finanziarie.

Il fondo appostato nel bilancio di Cirsu S.p.a. risulta del tutto insufficiente alla copertura delle spese in discorso, visto che il relativo fabbisogno è stato infine determinato in euro 4.482.670,80 - di cui euro 2.280.598,80 per la chiusura ed euro 2.202.080,00 per la gestione *post mortem* - come da relativo piano finanziario redatto per conto di Cirsu S.p.a. dall'ing. Lorenzo Giammattei ed approvato dalla Regione Abruzzo. Poiché le attività di chiusura della vecchia discarica e le attività di gestione post-operativa obbediscono ad insopprimibili esigenze di salute pubblica e dell'ambiente, ed appaiono pertanto di irrinunciabile interesse pubblico, una proposta che evitasse di prendere in considerazione tale aspetto risulterebbe carente dei minimi presupposti di serietà. E' infatti certo che Cirsu S.p.a., anche una volta tornata in bonis a seguito dell'omologazione di un concordato fallimentare, non sarebbe comunque in grado di assicurare la chiusura della discarica e la sua

gestione post-operativa per mancanza delle necessarie risorse finanziarie. Nella consapevolezza di quanto precede la presente proposta contiene l'impegno della proponente, ulteriore rispetto a quanto previsto per il soddisfacimento dei creditori e costituente punto qualificante della proposta stessa, di assumere a proprio carico gli oneri di chiusura e di gestione post-operativa della vecchia discarica esaurita di Grasciano ("Grasciano 1") nei limiti che seguono:

- 1) L'onere assunto sarà in ogni caso limitato nella misura massima indicata nel piano finanziario già approvato dalla Regione Abruzzo;
- 2) La proponente si assumerà tali oneri soltanto nel caso in cui il competente organo regionale rilasci alla proponente stessa, oltre alle autorizzazioni necessarie per l'esecuzione delle suddette operazioni di chiusura e gestione post-operativa, le Autorizzazioni Integrate Ambientali necessarie per la gestione della nuova discarica di "Grasciano 2" sino all'integrale sfruttamento della volumetria prevista nel progetto autorizzato. L'integrale sfruttamento di tale volumetria costituisce, infatti, presupposto finanziario indispensabile per la sostenibilità dei costi di chiusura e gestione operativa delle vecchia discarica, trattandosi di oneri finanziari assolutamente passivi che andranno a gravare sulla gestione del Polo Tecnologico, dovendosi tra l'altro ricordare che anche in relazione alla nuova discarica si dovrà procedere ai prescritti accantonamenti per la sua chiusura e per la sua gestione post-operativa.

Ai sensi dell'art. 124, comma 4, L.F., la responsabilità della proponente è espressamente limitata:

- ai creditori già ammessi come da stato passivo reso esecutivo con decreto del G.D. in data 4.2.2016;
- ai creditori che saranno ammessi a seguito di tempestiva opposizione al suddetto stato passivo;
- ai creditori che saranno ammessi al passivo a seguito di domanda di ammissione tardiva, anche in via provvisoria ovvero a seguito di tempestiva opposizione, purché la relativa domanda sia stata validamente presentata entro la data di deposito della presente proposta di concordato.

La proponente non risponderà, invece, dei crediti per i quali non sia stata presentata domanda di ammissione al passivo, ovvero la cui domanda di ammissione tardiva sia stata presentata dopo il deposito della presente proposta.

La proposta si intende estesa ai crediti ammessi sotto condizione o con riserva ed ai crediti per i quali, alla data di presentazione della presente proposta, sia ancora pendente il procedimento di verifica, sia pure nelle fasi di opposizione, impugnazione o revocazione, purché tempestivamente e ritualmente avviato. Per tali crediti che non siano stati già definitivamente accertati prima dell'omologa del concordato, sarà facoltà della proponente, dopo l'omologa, di procedere, anche in via conciliativa, al riconoscimento totale o parziale delle relative pretese ed al loro soddisfacimento.

In tal caso le eventuali garanzie prestate verranno liberate o ridotte dietro presentazione di idonea prova dell'estinzione del credito. Fatta salva l'ipotesi che precede, il pagamento nella misura concordataria dei crediti ammessi con riserva o sotto condizione e di quelli per i quali il procedimento di verifica sia ancora pendente, avverrà all'esito dello scioglimento in via definitiva della riserva o della condizione ovvero al momento della definitiva ammissione. Per i crediti già ammessi al passivo in via definitiva, il pagamento in misura concordataria verrà effettuato in un'unica soluzione entro novanta giorni lavorativi dal passaggio in giudicato del provvedimento di omologa del concordato. Per i crediti ammessi con riserva o sotto condizione e per quelli per i quali il procedimento di verifica (o le relative opposizioni) sia ancora in corso (o siano ancora proponibili le opposizioni ex art. 98 L.F.), i pagamenti in misura concordataria verranno effettuati entro novanta giorni lavorativi dalla comunicazione, da parte del creditore, dell'intervenuta definitività del provvedimento che scioglie la riserva o la condizione, ovvero che ammette il credito. Per i crediti ammessi al passivo in chirografo e per i quali il creditore abbia proposto opposizione nei termini al fine di ottenere l'ammissione in privilegio, il pagamento verrà effettuato, nella misura concordataria prevista per i creditori chirografari, in un'unica soluzione entro novanta giorni lavorativi dal passaggio in giudicato del provvedimento di omologa del concordato. Nel caso di successivo ed eventuale accoglimento dell'opposizione ex art. 98 L.F. volta al riconoscimento del privilegio, il pagamento della differenza verrà effettuato entro novanta giorni lavorativi dalla comunicazione, da parte del creditore, della intervenuta definitività del provvedimento che riconosce il credito in misura privilegiata. All'uopo, nei termini ed alle condizioni di seguito indicate, la proponente presterà idonea garanzia. Entro i trenta giorni lavorativi successivi all'effettuazione dei pagamenti, la Proponente renderà ai Curatori idonea documentazione comprovante la corretta esecuzione degli obblighi concordatari e, comunque, la loro estinzione. Il trasferimento del compendio patrimoniale attivo della società fallita alla proponente avverrà automaticamente - salvo i provvedimenti meramente attuativi del G.D. o del tribunale che dovessero rendersi necessari - al momento del passaggio in giudicato della sentenza di omologa del concordato. Tuttavia, considerata l'esigenza di attivare con ogni possibile celerità la nuova discarica di "Grasciano 2" - anche in considerazione del grave ed attuale pericolo di instabilità delle scarpate di contenimento della vasca, che presentano segni evidenti di infiltrazioni di acque meteoriche - nonché di riattivare le altre linee produttive, al fine di evitare lo svilimento del valore dei beni, la gestione della suddetta discarica e delle suddette linee produttive sarà trasferita alla proponente dopo l'emissione del decreto di omologa, ancorché non passato in giudicato, ed una volta ottenuta quanto meno la voltura dell'AIA relativa alla nuova discarica di "Grasciano 2", previa liberazione dei relativi beni da ogni vincolo e rapporto

contrattuale con soggetti terzi. Contestualmente a tale consegna, la proponente rilascerà alla Curatela, a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi concordatari, una fideiussione a prima richiesta di primaria istituzione bancaria o assicurativa, e di forma e contenuto di gradimento della Curatela stessa, per un importo pari all'ammontare complessivo degli obblighi concordatari nei confronti dei creditori privilegiati e dei chirografari che risultino a quella data definitivamente ammessi e non contestati. A garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi concordatari relativi ai crediti ammessi con riserva o sotto condizione e per quelli per i quali il procedimento di verifica (sia pure in sede di opposizione, impugnazione o revocazione) sia ancora in corso, la proponente, a richiesta dei curatori, entro sessanta giorni dalla intervenuta definitività del decreto di omologa, consegnerà alla curatela un'ulteriore fideiussione a prima richiesta, bancaria o assicurativa, di forma e contenuto di gradimento della curatela, per un importo complessivo pari al 40% delle somme eventualmente dovute per i crediti il cui accertamento sia ancora pendente. A seguito di ciascun pagamento i curatori autorizzeranno, su richiesta della proponente, la riduzione della fideiussione in maniera che rimanga rispettata la proporzione di cui sopra. Dopo la definitività del decreto di omologa, ottenute le autorizzazioni necessarie, anche attraverso la voltura delle AIA esistenti ed occorrenti all'esercizio del Polo Tecnologico e della nuova scarica di "Grasciano 2", la proponente, entro sessanta giorni lavorativi dal ricevimento delle relative comunicazioni da parte della Curatela, e previa presentazione delle eventuali relative fatture, procederà al pagamento diretto delle spese e degli oneri della procedura, nella misura che verrà determinata dai competenti Organi della procedura stessa. Dopo la definitività del decreto di omologa, ottenute le autorizzazioni necessarie, anche attraverso la voltura delle AIA esistenti ed occorrenti all'esercizio del Polo Tecnologico e della nuova scarica di "Grasciano 2", la proponente, entro novanta giorni lavorativi dalle relative comunicazioni da parte della Curatela, procederà al pagamento diretto dei creditori privilegiati e precisamente:

Creditori muniti di privilegio mobiliare generale:

E. 4.894.087,34

In questa categoria risultano:

1) creditori ammessi in via definitiva: E. 3.247.287,06

2) creditori non ancora ammessi (domande tardive) E.1.646.800,28

Per questi creditori privilegiati è previsto il pagamento integrale del credito definitivamente ammesso.

Dopo la definitività del decreto di omologa, ottenute le autorizzazioni necessarie, anche attraverso la voltura delle AIA esistenti ed occorrenti all'esercizio del Polo Tecnologico e della nuova

discarica di "Grasciano 2", la proponente, entro novanta giorni lavorativi dalle relative comunicazioni da parte della Curatela, procederà al pagamento diretto, nella misura concordataria di seguito indicata, dei creditori chirografari e precisamente:

Crediti chirografari € 4.899.379,26

In questa categoria risultano:

1) creditori ammessi in via definitiva: € 3.323.442,63

2) creditori non ancora ammessi (domande tardive) € 1.575.936,63

Per questa categoria è previsto il pagamento, nei termini sopra indicati, in ragione del 10% del eredito definitivamente ammesso.

Per i seguenti creditori chirografari opposenti allo stato passivo

| N.<br>Doma<br>nda | Creditore              | Importo credito<br>oggetto di<br>opposizione | Data Opp. | Priv /<br>Chir |
|-------------------|------------------------|--|-----------|----------------|
| 4                 | DECO S.p.a.            | 2.993.676,47                                 | 10.03.16  | CH             |
| 54                | Curatela Sogesa S.p.a. | 9.165.634,48                                 | 14.03.16  | CH             |
| 62                | C.S.A. S.c.a.r.l       | 11.263.612,82                                | 30.03.16  | PR             |

è previsto un pagamento in ragione del 10% del credito che risulterà definitivamente ammesso.

Nel caso in cui fosse ritenuta ammissibile l'opposizione allo stato passivo per l'importo di € 11.263.618,82 del creditore CSA (presentata in data 30 marzo 2016, e dunque olùe il perentorio termine prescritto) e venisse riconosciuto il privilegio richiesto, lo stesso verrà trattato come chirografario, in quanto prognosticamene incapiente rispetto ai valori dell'attivo e di grado inferiore agli altri privilegi; gli sarà pertanto riconosciuta la stessa percentuale del 10% dell'importo eventualmente ammesso in via definitiva prevista per gli altri creditori chirografari.

Nel caso di rigetto totale o parziale dell'opposizione allo stato passivo del creditore CSA, la somma prevista per il soddisfacimento del relativo credito, nei limiti della percentuale offerta e per la parte residua, verrà destinata ai creditori chirografari definitivamente ammessi che così potranno vedersi sostanzialmente migliorate le aspettative di soddisfacimento dei rispettivi crediti.

Nel caso di rigetto di *tutte le* opposizioni allo stato passivo, i creditori chirografari ad oggi sicuramente ammessi e quelli che hanno fatto insinuazione tardiva beneficerebbero, pertanto, di un'ulteriore percentuale di soddisfazione del proprio credito pari a circa il 23%. Pertanto, nell'ipotesi



appena considerata, la percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari ascenderà a circa il 33%.

La proponente si riserva espressamente di apportare alla presente proposta, fino a quando la stessa non verrà sottoposta al voto dei creditori, ogni modificazione che, in relazione alle concrete circostanze della procedura fallimentare, dovesse rendersi necessaria od opportuna.

Al fine di non determinare significative modificazioni dei presupposti economici e finanziari della presente proposta di concordato, si rende necessaria la sospensione della liquidazione dell'attivo fallimentare, salvo le attività urgenti, anche liquidatorie, che dovessero rendersi necessarie, utili od opportune alla migliore valorizzazione e conservazione dei valori dell'attivo. Tali *attività* verranno effettuate, previa comunicazione alla proponente, con l'autorizzazione espressa e sotto il controllo dei competenti organi del fallimento.

La proponente si riserva espressamente di revocare la proposta di concordato qualora non venga accolta la richiesta di sospensione della liquidazione dell'attivo fallimentare.

L'art. 124, comma 3, L. Fall, dispone che " 3. *La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) designato dal tribunale. Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione*"

Poiché la presente proposta prevede l'integrale soddisfacimento dei creditori privilegiati ammessi, non è necessaria la nomina di uno stimatore per la redazione di una perizia giurata che indichi il valore di mercato attribuibile ai beni sui quali sussiste la causa di prelazione di cui sono titolari i creditori privilegiati.

Ci si rimette, in ogni caso, alle determinazioni del Tribunale in merito a detto incumbente, in considerazione del fatto che risulta pendente opposizione allo stato passivo da parte del creditore CSA in merito ad un non meglio specificato privilegio (si tratterebbe - ed il condizionale è d'obbligo - di un credito del Concessionario verso il Concedente, conseguente alla scadenza e/o risoluzione della concessione) che comunque sarebbe postergato nella graduazione rispetto alle pretese creditorie, capienti, per le quali è previsto l'integrale pagamento. Nella prognosi comparativa con la prosecuzione della liquidazione fallimentare, la proponente assume che il

ricavato condurrebbe ad un riparto in favore dei soli creditori privilegiati sino agli artt. 2753, 2754 e 2778 comma 1 c.c., risultando così incapienti tutti gli altri creditori.

La presente proposta consente ai creditori, ed in particolar modo ai creditori chirografari, una soddisfazione certamente superiore rispetto a quella conseguibile attraverso la prosecuzione della procedura fallimentare. Tale migliore soddisfazione, peraltro, è apprezzabile tanto in termini di modalità di soddisfazione e percentuali di pagamento, quanto in termini di tempi di soddisfazione. Ciò è reso possibile dalla prospettata iniziativa di carattere imprenditoriale affidata ad un operatore professionale del settore, capace di attrarre ed organizzare le risorse necessarie per lo sviluppo delle attività rientranti nel patrimonio della CIRSU e, allo stesso tempo, in grado di evitare il rapido e significativo deterioramento del valore delle medesime attività conseguente ad una liquidazione fallimentare.

2. Detta proposta veniva fatto oggetto di due modifiche sostanziali in data 20.10.2016: la proponente manifestava la propria disponibilità ad accettare la cessione, in luogo della proprietà, del solo godimento dei beni della fallita per la durata di venticinque anni, nel caso di accertata inalienabilità di una parte dei beni dovuta alla loro eventuale soggezione a vincoli di natura pubblicistica; la percentuale offerta ai creditori chirografari veniva alzata al 33% previa assunzione dei rischi connessi agli esiti delle opposizioni allo stato passivo, ancora in corso. La medesima proposta prevede la cessione in proprio favore delle azioni di pertinenza della massa autorizzate dal G.D. che sono state come di seguito specificate:

| n. | Descrizione                                   | Ufficio Giudiziario e numero R.G.               | Fondamento della pretesa   | VALORE                               |
|----|---|---|--|--------------------------------------|
| 1  | Fall. Cirsu c/ Comune di Giulianova           | Trib. di Teramo - Dr.ssa Carota n. 1008/10 R.G. | Recupero credito azionato in via monitoria da CIRSU con decreto ingiuntivo n. 192/2010 R.G., opposto dal Comune di Giulianova.   | € 257.626,51 oltre interessi e spese |
| 2  | Fall. Cirsu c/ Comune di Giulianova           | Trib. di Teramo - Dr.ssa Carota n. 1226/10 R.G. | Recupero credito azionato in via monitoria da CIRSU con decreto ingiuntivo n. 467/2010 R.G. ed opposto dal Comune di Giulianova. | € 890.937,74 oltre interessi e spese |
| 3  | Fall. Cirsu c/ Comune di Roseto degli Abruzzi | Trib. di Teramo - Dr. Chiauzzi n. 741/10 R.G.   | Recupero credito azionato in via monitoria da CIRSU con decreto ingiuntivo n. 269/2010 R.G. ed opposto dal Comune di Roseto      | € 390.866,56 oltre interessi e spese |

|   |  |   |  |   |
|---|--|---|--|---|
| 4 | Fall. Cirsu<br>c/<br>Comune di Roseto<br>degli Abruzzi | Trib. di Teramo<br>- Dr. Chiauzzi<br>n. 888/10 R.G.     | Recupero credito azionato in via mo-<br>nitoria da CIRSU con decreto ingiun-<br>tivo n. 377/2010 R.G. ed opposto dal<br>Comune di Roseto | € 677.459,75 oltre<br>interessi e spese |
| 5 | Fall. Cirsu<br>c/<br>Comune di Roseto<br>degli Abruzzi | Trib. di Teramo<br>- Dr. Fazzini<br>n. 874/08 R.G.      | Recupero credito azionato in via mo-<br>nitoria da CIRSU con decreto ingiun-<br>tivo opposto dal Comune di Roseto                        | € 199.088,41 oltre<br>interessi e spese |
| 6 | Fall. Cirsu<br>c/<br>Fall. Sogesa S.p.a.               | Trib. di Teramo<br>- Dr. Chiauzzi<br>n. 4477/14 R.G.    | Opposizione allo stato passivo del fal-<br>limento di Sogesa S.p.a.  | € 1.552.254,93                          |
| 7 | Fall. Cirsu<br>c/<br>Consorzio Piomba<br>Fino          | Trib. di Teramo<br>- Dr. Chiauzzi<br>n. 2000/24/13 R.G. | Recupero credito azionato in via mo-<br>nitoria da CIRSU con decreto ingiun-<br>tivo opposto dal Consorzio Piomba<br>Fino                | € 74.123,19 oltre<br>interessi e spese  |

3. In via preliminare il Tribunale osserva che CSA TEAM SRL e GRUPPO ZEPPIERI COSTRUZIONI SRL hanno depositato in via telematica le opposizioni il 18.5.2017 e, quindi, nel rispetto del termine di cui all'art. 129 L.F. Il rifiuto dell'atto è dipeso unicamente dall'erroneo deposito dello stesso nel ruolo generale degli affari contenziosi civili anzichè nel ruolo fallimentare. Non v'ha dubbio che entrambi gli opposenti debbano essere rimessi in termini *ora per allora* a norma dell'art. 152, c. 2, c.p.c., avendo allegato la ricevuta di avvenuta di consegna del deposito effettuato. In effetti, la limitazione del sistema non è imputabile ad essi e non può recare loro alcun pregiudizio, in virtù del principio della tassatività delle ipotesi di nullità sancito dall'art. 156, c.1, c.p.c. [cfr. sul punto il Protocollo PCT adottato presso il Tribunale di Torino].

4. Ancora in via preliminare, occorre affrontare e risolvere la questione della legittimazione attiva degli opposenti. Ai sensi dell'art. 129 comma 2 L.F., *legittimati* a proporre opposizione all'omologazione il fallito non proponente, i creditori dissenzienti, vale a dire i creditori che hanno espresso la dichiarazione di dissenso nei termini prescritti, ovvero quelli ammessi al passivo, *qualsiasi altro interessato*, categoria nella quale devono farsi rientrare anche i creditori che non hanno ricevuto la comunicazione ex art. 125 L.F., i creditori non aventi diritto al voto o esclusi dal voto ex art. 128 L.F., i terzi sulla cui posizione incida l'accordo concordatario; non invece i creditori che abbiano votato favorevolmente, sia pure nella forma del silenzio assenso. In generale, "qualsiasi altro interessato" è ogni soggetto che possa risentire nella propria sfera giuridica effetti pregiudizievoli dall'omologa del concordato e che sia, perciò, "interessato" ad impedire l'omologazione della proposta (come, per es., terzi nei cui confronti siano state promosse o siano esperibili azioni revocatorie cedute all'assuntore, o creditori esclusi o non insinuatisi). Non vi è

dubbio che tutti gli attuali ricorrenti, siccome fallito, creditori della debitrice e/o terzi proponenti di proposte di concordato fallimentare, possiedano la qualità di legittimati attivi all'opposizione.

5. *Questione diversa* è quella avente ad oggetto il *cd. interesse ad agire o ad opporre*. Per proporre opposizione al ricorso per omologazione di una proposta di concordato fallimentare, infatti, è necessario dimostrare di essere portatori di un interesse attuale e concreto giuridicamente rilevante ex art. 100 c.p.c., vale a dire finalizzato all'accertamento di una situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento giuridico e accompagnato dalla prospettazione dell'esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice. Il difetto dell'interesse ad agire è questione rilevabile di ufficio dal giudice in ogni stato e grado del procedimento, in quanto costituente un requisito per la trattazione nel merito della domanda [Cass. 19268/2016]. Esattamente come per l'interesse ad agire, che identifica la concreta e attuale possibilità di perseguire un bene della vita attraverso il tipo di processo che viene in considerazione, in corrispondenza a una lesione dell'interesse protetto, la valutazione dell'interesse cui allude l'art. 129 L.F., ai fini della correlata condizione di legittimazione all'opposizione, implica un accertamento in concreto. Tale accertamento presuppone che sia dedotta l'incidenza negativa del concordato, rispetto al fallimento, sulla situazione giuridica di cui l'opponente è titolare. In altre parole, l'opponente, come del resto il creditore dissenziente, deve avere una ragione oggettiva per opporsi al concordato, dovendo risultare almeno in termini di postulazione rappresentato uno svantaggio per la posizione sostanziale, derivante dalla soluzione concordataria e non, invece, dal fallimento. *Ad es., l'interesse all'opposizione, individuato rispetto a dedotte irregolarità della procedura, è un interesse di fatto*. Individuare l'interesse giuridico a opporsi all'omologazione significa invece stabilire se il diritto sostanziale della parte possa vantare la tutela giurisdizionale attuabile mediante il tipo di procedimento instaurato. *Questa condizione non si verifica quindi nel caso di mera denuncia di situazioni procedurali asseritamente irregolari, che il giudice dell'omologazione - ai sensi dell'art. 129 comma 4 L.F. - è comunque chiamato a verificare d'ufficio*; e ciò in quanto l'opposizione non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria ma mira ad eliminare il concreto pregiudizio subito dalla parte [Cass. 26157/2014]. Nel caso di specie, occorre verificare partitamente l'interesse ad opporre in capo a ciascuna delle parti costituite. In particolare, il COMUNE di MOSCIANO S. ANGELO nulla ha espressamente dedotto sul proprio interesse ad opporre, implicitamente qualificandosi come creditore, aspetto che come detto riguarda tuttavia la sola *legittimazione attiva*. CSA TEAM s.r.l., allo stesso modo, si è limitata a dedurre la propria qualità di creditore chirografario. Il CONSORZIO STABILE AMBIENTE scarl ha affermato il proprio interesse a proporre opposizione "nella propria veste di creditore, proponente

concorrente e concessionario". CIRSU s.p.a. ha presentato opposizione nella qualità di società fallita, senza ulteriori specificazioni circa l'interesse giuridicamente rilevante. DILECO s.r.l. dichiara di agire quale proponente concorrente al fine di "mettere in luce l'illegittimità della procedura di voto ex art. 127 L.F. esperita sulle concorrenti proposte di concordato fallimentare". Il GRUPPO ZEPPIERI COSTRUZIONI s.r.l. ha postulato il proprio interesse quale creditore per gli oneri di custodia e sorveglianza del cantiere sorti in ragione del mancato subentro della curatela nel contratto di appalto ripassato tra CIRSU e la stessa opponente per il completamento del primo invaso della discarica, e per il cui soddisfacimento la proposta concordataria nulla prevede.

6. Osserva il Tribunale che la sussistenza *dell'interesse ad opporre*, come di quello ad agire, può essere desunta dal complesso dell'atto di opposizione e specificata dalle parti negli atti successivi. Occorre distinguere in prima battuta tra opposenti partecipanti non proponenti e opposenti proponenti: i secondi, ben possono fare esclusivo riferimento, in termini di prospettazione, all'utilità conseguibile qualora l'omologazione non fosse concessa e la procedura retroagisse alla fase ante omologa. I primi, devono prospettare quale utilità possa loro derivare dalla non omologa, il che, *in astratto*, dovrebbe discendere dalla prospettazione che l'alternativa liquidatoria sarebbe più conveniente rispetto alla proposta di concordato. In caso di coesistenza delle due qualità [creditore; proponente], è sufficiente che venga fornita una qualsiasi delle due prospettazioni ovvero che questa emerga dall'atto di opposizione ed eventualmente sia sviluppata negli atti successivi ad esso connessi.

6.1 Premesso che la società fallita deve ritenersi vanti un interesse ad opporre *in re ipsa*, coincidente con la legittimazione attiva, in funzione riparativa di un deficit di tutela nella fase antecedente, in cui non viene neppure sentita né compulsata [cfr. art. 125 L.F.], quanto ai cd. creditori "puri" o "non proponenti", vale a dire il COMUNE di MOSCIANO S. ANGELO, CSA TEAM s.r.l., GRUPPO ZEPPIERI COSTRUZIONI s.r.l. [presidente del C.d.C.], si osserva quanto segue. Il primo lamenta l'inalienabilità del compendio immobiliare della fallita, l'inammissibilità della proposta di concordato avanzata da DECO spa, carenze informative da parte della curatela, il rapporto concessorio con CSA scarl, la legittimazione al voto, determinante, di AIA. Si tratta di aspetti relativi alla regolarità/legittimità della procedura: ciò che, come visto, per costante giurisprudenza di legittimità, non è sufficiente a dimostrare l'interesse ad opporre. Appare evidente dunque come il COMUNE di MOSCIANO S. ANGELO non abbia in alcun modo prospettato quale sia il proprio interesse giuridicamente rilevante, concreto ed attuale, l'utilità giuridica od economica ritraibile dalla non omologa della proposta votata dai creditori. Non viene accennato se l'alternativa liquidatoria possa essere maggiormente conveniente per il creditore e per quali ragioni. CSA TEAM

s.r.l., per parte sua, si limita a qualificarsi quale creditore chirografario, ciò che attiene alla legittimazione attiva ad opporre. Chiede quindi la non omologa della proposta DECO s.p.a. sul presupposto della nullità del voto per la sussistenza di un evidente conflitto di interessi, della illegittima ammissione al voto della proposta DECO, della non fattibilità della stessa per carenza di garanzie. Ed anche nelle note autorizzate, fol. 3-5, nessun ulteriore elemento di valutazione viene fornito in termini di *prospettazione* per valutare l'utilità giuridicamente ritraibile dalla non omologa della proposta DECO s.p.a., limitandosi la creditrice a richiamare pretesi profili di illegittimità della procedura ["la difesa del credito impone...in rapporto ai terzi, di esigere dagli stessi il comportamento statuito dai generali precetti normativi...la chiusura della procedura di concordato in maniera illegittima...espone...tutti i creditori ad un serio nocumento in quanto i valori sottesi al soddisfacimento dei crediti restano esposti ad ulteriori contese e/o vicende tali da compromettere anche il normale prosieguo dell'attività imprenditoriale cui essi sono funzionalmente collegati...permane il diritto della comparente a vedere riconosciuto il rispetto delle regole delle concorsualità e della migliore regolazione del dissesto, con parità di condizioni"]. Come già detto, gli aspetti relativi alla regolarità/legittimità della procedura sono oggetto di controllo da parte del Tribunale e non sostanziano l'interesse ad opporre rilevante in base al combinato disposto degli artt. 100 c.p.c., 129 L.F. Infine, quanto a GRUPPO ZEPPIERI COSTRUZIONI s.r.l., l'interesse giuridicamente rilevante prospettato attiene agli oneri di custodia e sorveglianza del cantiere sorti in ragione del mancato subentro della curatela nel contratto di appalto ripassato tra CIRSU e la stessa opponente per il completamento del primo invaso della discarica, e per il cui soddisfacimento la proposta concordataria nulla prevede, con conseguenti oneri aggiuntivi per la procedura. In realtà, chi presenta opposizione ad un ricorso per omologazione di proposta di concordato fallimentare chiede null'altro se non l'accertamento negativo del diritto altrui e deve quindi essere titolare di un interesse attuale e concreto, che il giudice deve accertare anche d'ufficio e che sussiste *soltanto quando l'azione di accertamento miri a far conseguire un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile se non con l'intervento del giudice*. In assenza della possibilità di conseguire detto risultato utile, come chiarito da CASS. 16162/2015, l'interesse non sussiste *già a livello di prospettazione*, senza che per ciò solo vi sia alcuno straripamento nel merito della causa. Nel caso di specie, anche qualora la proposta DECO s.p.a. non venisse omologata, GRUPPO ZEPPIERI COSTRUZIONI s.r.l. non ritrarrebbe *per ciò solo* alcun vantaggio/beneficio, né giuridico né economico, dal momento che l'incidenza negativa dalla stessa postulata (mancata previsione nella proposta concordataria degli oneri di custodia e sorveglianza del cantiere sorti in ragione del mancato subentro della curatela nel contratto di appalto ripassato tra CIRSU e la stessa opponente

per il completamento del primo invaso della discarica) non è diversa da quella che si verificherebbe nel fallimento, al cui interno detti oneri non sono stati riconosciuti nè ammessi in sede di verifica fallimentare, tanto che la opponente ha dovuto attivare una causa civile per il loro accertamento. In forza di quanto detto sopra, applicando i principi generali in materia di interesse ad agire o ad opporre, le relative opposizioni dei cd. creditori puri dovrebbero essere dichiarate inammissibili. *Tuttavia, il Tribunale deve dare conto di una particolarità tutta propria della procedura fallimentare. Può infatti essere pretesa la prospettazione di un interesse ad opporre qualora fosse possibile, in base alla normativa di settore, la dimostrazione della stessa; nel caso di specie, come pure accennato supra a fol. 13, ultime due righe, l'interesse non potrebbe se non attagliarsi all'argomento che l'alternativa liquidatoria possa essere maggiormente conveniente per il creditore.* Nel caso che ci occupa, tuttavia, siffatta possibilità, per la parte, non esiste, ed è esclusa dall'art. 129 comma 5 secondo periodo L.F., perché il concordato fallimentare è privo di suddivisione in classi. Talchè neppure a livello di prospettazione [che richiede poi un'analisi del merito], la parte potrebbe richiamare a supporto del proprio interesse ad opporre la preferibilità delle alternative concretamente praticabili. Né queste potrebbero essere ravvisate nelle proposte presentate da CSA scarl o DILECO srl, in quanto non votate dalla maggioranza dei creditori. Ne consegue che, non potendosi negare su questi presupposti l'interesse ad opporsi ai creditori, pena la violazione del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost., esso va ritenuto, come per il fallito, *in re ipsa*. Pertanto, i relativi atti di opposizione devono essere ritenuti ammissibili.

6.2 Più complesso e delicato è il ragionamento per quanto attiene alle opposizioni presentate dalle parti le cui proposte non sono state approvate dalla maggioranza dei creditori, DILECO s.r.l. e CONSORZIO STABILE AMBIENTE soc. cons. a r.l. Ed invero, l'interesse delle parti che hanno formulato proposte di concordato risultate non vincitrici può essere ravvisato nell'utilità ritraibile dalla reviviscenza della fase ante omologa, rectius pre-art. 129 L.F. Più precisamente, si può sostenere che, nel caso di pluralità di proposte concorrenti, tutte prive di suddivisione in classi, portate al voto dei creditori simultaneamente, a seguito del diniego di omologa ad es. perché si è avuta votazione in conflitto di interessi non supportata dalla prova di resistenza, venga meno l'approvazione della proposta che ha riportato la maggioranza più elevata, *con immediato subentro della proposta maggiormente votata dopo di essa, sempre che abbia anch'essa raggiunto la maggioranza dei voti.* Tutto dipende dalla natura che si attribuisca al provvedimento di non omologazione: rescindente e rescissorio insieme, ovvero solo rescindente; e, in quest'ultimo caso, con rinvio per nuova votazione fatti salvi gli atti precedenti, ovvero con rinvio alla fase post votazione, con conseguente necessità di riprendere la procedura da un momento successivo, quello

di cui all'art. 129 comma 1 L.F., essendo così onerata del ricorso per omologazione la parte che abbia conseguito la maggioranza più elevata dopo quella che non abbia ottenuto l'omologazione. In generale, occorre valutare gli effetti che il contenuto del decreto di diniego di omologa, in assenza di più specifiche disposizioni di legge, sia idoneo ad esplicitare sulla procedura in corso e segnatamente sugli atti compiuti sino a quel momento. *Nel caso di specie, tuttavia, sussiste una peculiarità assai rilevante: nessuna delle altre parti proponenti non vincitrici ha riportato la maggioranza dei voti dei creditori.* DILECO s.r.l. ha infatti riportato una percentuale di voti pari al 43,37% [cfr. a fol. 10 dell'atto di opposizione l'istanza "in via principale, nel merito", di omologazione della propria proposta concordataria, previa riduzione del quantum strutturale di E. 7.285.008,42 ad E. 4.994.108,25, elidendo il credito di DECO e AIA per il ritenuto conflitto di interessi] dei crediti ammessi al voto; CSA SCARL s.r.l. una percentuale del 26,01%, *sicché nessuna delle due, in caso di non omologa, si vedrebbe automaticamente approvata la propria proposta.* Non risultando proposte per le quali sia stata raggiunta la maggioranza dei voti, sarebbe inevitabile dover proporre una nuova domanda di concordato. Ma ciò, si potrebbe concludere, significa che *nessuna utilità diretta ed immediata* è ritraibile dalle opposenti proponenti in caso di non omologazione della proposta di DECO s.p.a., *talchè il relativo interesse si qualificherebbe come di mero fatto*, consistente appunto nella mera opportunità, puramente eventuale e indiretta, di proporre una nuova domanda di concordato. In altri termini, *il bene giuridico della vita ritraibile dal diniego di omologa non entrerebbe immediatamente a far parte del patrimonio, ma consisterebbe piuttosto in una possibilità futura, puramente eventuale*, che rende l'interesse azionato assimilabile ad un'aspettativa di fatto. In questo senso, si potrebbe richiamare quella giurisprudenza di legittimità secondo la quale "la tutela giurisdizionale è tutela di diritti (art. 24 Cost., art. 2907 c.c., artt. 99 e 278 c.p.c). I fatti (quale è anche un contratto) possono essere accertati dal Giudice solo come fondamento del diritto fatto valere in giudizio (art. 2697 cod. civ.) e non di per sé, *per gli effetti possibili e futuri.* Solo in casi eccezionali predeterminati per legge possono essere accertati dei fatti separatamente dal diritto che l'interessato pretende di fondare su di essi....Non sono perciò proponibili azioni autonome di mero accertamento di fatti pur giuridicamente rilevanti, ma che costituiscano elementi frazionistici della fattispecie costitutiva del diritto, la quale può costituire oggetto di accertamento giudiziario solo nella sua funzione genetica del diritto azionato, e cioè nella sua interezza" [CASS. 27187/2006]. In altri termini, *le proponenti opponenti potrebbero unicamente giovare dell'effetto caducatorio/demolitorio del provvedimento di rigetto dell'omologa, senza alcun effetto ulteriore che attribuisca una specifica utilità: questa si identifica nel caso di specie negli effetti che l'ordinamento attribuisce autonomamente al*



*provvedimento giurisdizionale all'esito del controllo di legalità/regolarità della procedura e della votazione che viene effettuato di ufficio dal Tribunale [e che, come noto, non può avere valenza modificativo/integrativa/determinativa della proposta di concordato].* E in effetti, la posizione degli attuali opposenti proponenti non vincitori non è diseguale da quella di qualunque soggetto [il cd. "quisque de populo"] che, non avendo ancora depositato alcuna proposta, abbia intenzione di farlo, e così auspichi che, a seguito della mancata omologazione di quella altrui, gliene sia data l'occasione: trattasi di un interesse di mero fatto. La prospettiva così accolta è peraltro perfettamente in linea con la natura di *procedimento contenzioso* dell'omologa in presenza di opposizioni, nelle forme del *rito camerale*, avente come tale ad oggetto l'accertamento [anche] dei diritti degli opposenti, oltre a circostanze di fatto riguardanti la legalità e la fattibilità della procedura. La questione, però, è molto delicata proprio perché incide su pretesi diritti di terzi e merita un opportuno approfondimento. Vale premettere quell'insegnamento, *utile anche come si dirà più avanti per la delimitazione dei poteri del Tribunale in questa sede*, secondo il quale nel caso di ricorso per omologazione con opposizioni, "non potrebbe ragionevolmente negarsi che spettino al Tribunale più ampi poteri di giudizio, correlati alla necessità di procedere alla disamina ed alla risoluzione di una controversia idonea ad incidere su diritti soggettivi dei creditori e del fallito. Sicché in questa ipotesi il controllo di legittimità dell'autoregolamentazione dell'insolvenza non è limitato alla mera verifica delle norme procedurali, ma tende ad assicurare la piena conformità della fattispecie all'ordinamento giuridico; la quale postula, anzitutto, la sua non contrarietà a norme imperative e, massimamente, ai precetti costituzionali.....nel nuovo quadro di riferimento la proposta di concordato può essere presentata da soggetti diversi (dallo stesso fallito, da uno o più creditori oppure da un terzo); le proposte possono essere, contrariamente a quanto poteva verificarsi con la precedente disciplina, più di una e, quindi, gli organi fallimentari competenti (curatore, comitato di creditori ed infine l'assemblea dei creditori in sede di approvazione del concordato) possono essere chiamati a dare una valutazione di convenienza su una pluralità di proposte. Può verificarsi...che una proposta sia stata presentata dal fallito, che tutte le proposte presentate prevedano il pagamento integrale delle varie categorie di creditori, che su tutte si siano espressi favorevolmente il curatore ed il comitato dei creditori e che soltanto la proposta del soggetto terzo abbia ottenuto il voto favorevole dei creditori.....Certamente esiste un potere discrezionale del ceto creditorio in ordine alla approvazione del concordato fallimentare e la valutazione di convenienza e la conseguente approvazione del concordato non potrebbero essere sindacati dal Tribunale fallimentare, ma ciò nella ipotesi in cui non siano state proposte opposizioni. Si è già detto in precedenza che in tal caso il Tribunale ha il potere di verificare soltanto la

regolarità della procedura e l'esito della votazione; se la verifica è positiva è tenuto ad omologare il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame. Nella ipotesi in cui siano state proposte opposizioni, il Tribunale, prima di pervenire alla decisione è tenuto a seguire la procedura di cui all'art. 26 L.F., il quale prevede che il reclamo contenga la indicazione dei fatti e la indicazione degli elementi giuridici su cui si fonda, nonché la indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti e che il giudizio si svolga nel rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio. Il Tribunale, quindi, qualora siano state proposte opposizioni o dal fallito o dai creditori dissenzienti o da qualsiasi altro interessato, è tenuto ad effettuare un controllo di legalità ben più pregnante ed incisivo, dovendo esaminare e valutare i fatti costitutivi dedotti a sostegno della proposta opposizione, senza dover limitare il proprio controllo alla sola verifica della regolarità formale della procedura. Le disposizioni ora esaminate non avrebbero ragion d'essere, perchè sarebbero superflue, se non dovessero ritenersi dettate al fine di dirimere eventuali conflitti insorti tra i vari protagonisti del concordato fallimentare: ceto creditorio, fallito, creditori proponenti e terzi proponenti, per il pregiudizio arrecato a situazioni giuridiche meritevoli di tutela. Nella fattispecie in esame vengono in considerazione tre distinti interessi potenzialmente confliggenti: quello dei creditori a vedere soddisfatte le loro pretese creditorie e quelli del fallito e del terzo ad ottenere ciascuno la omologazione della propria proposta di concordato. La valutazione di convenienza del concordato, come detto, va effettuata, secondo quanto previsto dal primo comma dell'art. 125, nuova formulazione, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione (verosimilmente dell'attivo del fallimento) comparandoli ovviamente con le garanzie offerte dal proponente. Nella ipotesi di una pluralità di proposte, la valutazione di convenienza dovrà scaturire anche dalla comparazione di tutte le proposte al fine di stabilire quale delle proposte possa assicurare in più larga misura il soddisfacimento dei creditori. Nell'ipotesi in cui tutte le proposte prevedano il pagamento integrale di tutti i creditori e siano state ritenute sia dal curatore che dal comitato dei creditori tutte parimenti convenienti per il ceto creditorio è demandato ugualmente alla valutazione dei creditori di approvare l'una o l'altra delle proposte. Se non vengono proposte opposizioni, il Tribunale, verificati la regolarità della procedura e l'esito della votazione, è tenuto ad omologare il concordato senza poter sindacare la valutazione di convenienza espressa dal ceto creditorio con l'approvazione del concordato. Se viene proposta opposizione dal proponente, che ha visto rifiutare la propria proposta, ed in particolare se questo è lo stesso fallito e contesta, nelle ipotesi di proposte parimenti idonee a soddisfare integralmente le pretese dei creditori, il diritto dei creditori di effettuare una scelta (insindacabile) della proposta perchè irreversibilmente lesiva del diritto di disporre dei propri beni, ritenendo che la scelta

definitiva debba essere in tal caso demandata al Tribunale fallimentare, il Tribunale fallimentare non potrebbe esimersi dal superare la contestazione affermando che non può essere messo in discussione, in sede di omologazione, il legittimo potere discrezionale del ceto creditorio, come se fosse un notaio chiamato a raccogliere e documentare la volontà delle parti, ma deve procedere ad istruire la causa al fine di dirimere, in situazione di terzietà, il conflitto insorto circa la insindacabilità della scelta operata dall'assemblea dei creditori, tra fallito, terzo proponente e ceto dei creditori. In una situazione, quale quella che viene in considerazione nel caso di specie, vi è, da una parte, un soggetto che, pur avendo offerto il pagamento integrale dei creditori, viene ad essere espropriato della propria azienda (un soggetto che, quindi, *certat de damno vitando*), un soggetto, dall'altra, che, senza aver effettuato una proposta più conveniente di quella del fallito, viene ad acquisire, assumendosi i debiti del fallimento, l'azienda del fallito stesso (un soggetto, cioè, che *certat de lucro captando*) e dei creditori che, pur non avendo un interesse apprezzabile alla approvazione di una o dell'altra proposta, essendo entrambe le proposte parimenti convenienti, divengono arbitri di una scelta, che, senza essere giustificata da ragioni di convenienza, finisce per sconfinare nell'arbitrio. La causa giuridica, che giustifica la preferenza accordata alla proposta di concordato rispetto alla liquidazione nell'ambito della procedura fallimentare dei beni del fallito, è la maggior convenienza per i creditori della proposta di concordato; tale maggior convenienza è anche la causa che giustifica la scelta tra più proposte di concordato ed in definitiva la acquisizione dei beni facenti parte della massa attiva del fallimento da parte del soggetto (creditore o terzo) che ha effettuato la proposta di concordato. *Nella ipotesi in cui siano state presentate da qualche creditore o da un terzo più proposte di concordato parimenti convenienti appare legittimo attribuire rilievo, tenendo conto della intervenuta "privatizzazione" del fallimento e del fatto che in tal caso tutti i proponenti "certant de lucro captando", alla autonomia del ceto creditorio ed omologare la proposta di concordato che ha ottenuto la approvazione dell'assemblea dei creditori. Si può ritenere che in tal caso non vi siano ostacoli alla omologazione del concordato e che al Tribunale spetti soltanto di verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione. Diversa è la situazione se tra i più proponenti di proposte parimenti convenienti vi è anche il fallito.* In tal caso trovasi accanto a coloro che *certant de lucro captando* un soggetto che *certat de damno vitando*. Tale situazione deve avere un trattamento diverso da quella esaminata in precedenza, atteso che, per dare la preferenza ad un pari soddisfacimento del debito offerto da un terzo e far conseguire a questo attraverso la omologazione la titolarità dei beni prima di proprietà fallito...non è più sufficiente che vi sia stata la votazione favorevole alla proposta del terzo da parte dell'assemblea dei creditori, ma è necessario che sussista, per quanto suddetto, un motivo legittimo

perchè i creditori possano rifiutare la proposta di concordato del fallito (vale a dire il pagamento loro offerto dal debitore). Diversamente l'attribuzione dei beni al terzo resta priva di causa giuridica e comporta, quindi, un ingiustificato spostamento di ricchezza, togliendo al fallito stesso, tornato in bonis, (ed il cui fallimento a volte può essere imputabile non a comportamenti negativi dello stesso, ma ad improvvisi ed imprevedibili sconvolgimenti del mercato) la possibilità di poter intraprendere, con i beni ancora in suo possesso, nuove iniziative imprenditoriali" [CASS. 3327/2010]. Orbene, la sentenza richiamata deve essere letta per intero e ben interpretata, nel senso che laddove, come nel caso che ci occupa, si verta in tema di opposizione all'omologa di concordato fallimentare in presenza di più proposte di terzi, creditori o non, in assenza di qualsivoglia iniziativa del fallito, *i poteri del Tribunale sono limitati al controllo della regolarità della procedura e dell'esito della votazione*, mentre per altro verso non vengono in rilievo profili di convenienza che involgano altresì la comparazione tra le varie proposte. *Nella procedura di omologazione del concordato fallimentare, in assenza di suddivisione in classi e di esistenza di classi dissenzienti, il Tribunale deve invece limitare il proprio sindacato, attivabile anche di ufficio ex art. 112 c.p.c., alla legittimità/legalità formale della procedura, alla fattibilità giuridica, incluso il controllo sulla cd. causa in concreto [nel senso che non vi sia stato abuso del diritto]*. In tal senso cfr. anche, da ultimo, Cass. 19645/2015, resa in tema di [non] incompatibilità del G.D. a fare parte del Collegio dell'omologa. Da notare altresì che l'intero impianto della sentenza 3327/2010 si regge sul presupposto che tutte le proposte prevedano il pagamento integrale dei creditori: ciò che non è nel caso di specie, dove i chirografari, in tutte le proposte, vengono soddisfatti solo parzialmente. Ne consegue che la sentenza in questione non consente di addivenire a soluzioni diverse da quelle raggiunte sopra, a fol. 16-17. Va aggiunto che CSA SCARL non potrebbe invocare un proprio interesse giuridicamente rilevante ancorato alle concessioni delle quali era titolare, posto che con decreto reso nei procedimenti di reclamo riuniti 4 e 5 del 2016 il Tribunale di Teramo ha dichiarato lo scioglimento di tali rapporti per effetto dell'intervenuto fallimento di CIRSU ed in assenza di alcuna dichiarazione della curatela di voler proseguire negli stessi. Il provvedimento è divenuto definitivo e determina il venire meno dell'interesse ad opporre in questa sede, non essendo le medesime questioni ulteriormente proponibili. E tuttavia, in senso favorevole all'ammissibilità degli atti di opposizione, ritenendo anche in questo caso che l'interesse ad opporsi sia in re ipsa nella qualità di proponenti non vittoriosi, militano, oltre alle ragioni ritenute decisive per i creditori cd. puri, applicabili anche a CSA scarl, che è pur sempre creditrice della fallita, evidenti ragioni di rispetto del diritto di difesa, che sarebbe letteralmente annullato in caso di declaratoria di inammissibilità, se si considera che, per un verso, le parti le cui proposte non abbiano ottenuto la

maggioranza aritmetica dei voti, non potrebbero in alcun modo contestare l'esito della votazione dinanzi al giudice [in caso di non raggiungimento delle maggioranze, infatti, non è previsto alcun contraddittorio e il G.D., informato dal risultato dai curatori, è tenuto a emettere decreto di archiviazione/non procedibilità della procedura concordataria ovvero secondo altri a rappresentare al Collegio l'esito negativo della votazione, per il conseguente decreto di improcedibilità], per altro verso nemmeno quelle stesse parti potrebbero chiedere al Tribunale l'omologa della propria proposta, in quanto non hanno raggiunto la maggioranza aritmetica dei voti. In altri termini, non è pensabile ritenere che il rispetto ad es. dei meccanismi previsti dall'art. 128 L.F. sia interamente rimesso al potere di rilevazione di ufficio del Tribunale, potendo la parte prospettare fatti o situazioni ignoti al tribunale ed ai curatori; e avendo sul punto un preciso onere di allegazione, per esercitare il quale, al fine di dedurre eccezioni in senso stretto, deve pur esserle consentito di opporsi all'omologazione del concordato. Ne consegue che anche gli atti di opposizione presentati da CSA scarl e DILECO srl devono essere ritenuti ammissibili.

7. Fermo restando quanto sopra stabilito, spetta al Tribunale un rigoroso potere-dovere di controllo circa la regolarità/legittimità della procedura, ivi incluso l'atto finale di votazione da parte dei creditori della proposta DECO s.p.a. con una maggioranza del 73,87%, tenuto conto del meccanismo del silenzio assenso.

7.1. Quale premessa metodologica, e apposizione dei *finis regundiorum* dei poteri del Tribunale, si ritiene di aderire ai principi di diritto stabiliti dalla Cassazione nella sentenza 24359/2013, che parte dalla "rimarchevole differenza" tra concordato preventivo e concordato fallimentare, pur nella convergenza di "alcuni principi fondamentali comuni", differenza che non consente un travaso automatico di principi dall'uno all'altro istituto. "Il concordato preventivo è proposto da un imprenditore in crisi di liquidità che propone, secondo diverse modalità, ai creditori un piano di rientro delle proprie esposizioni debitorie con una falcidia delle stesse. Il tutto avviene mentre l'impresa è di regola in attività. Da ciò consegue la particolare difficoltà per i creditori, che non necessariamente sono a conoscenza delle vicende imprenditoriali, finanziarie ed economiche dell'impresa di effettuare una prognosi sulla possibilità effettiva per il debitore di adempiere alle proposte obbligazioni concordatarie e sulla convenienza delle stesse. Di qui la particolare importanza della relazione del professionista di cui alla L. Fall., art. 161 che attesta la veridicità dei dati aziendali allegati alla proposta di concordato e la fattibilità di quest'ultimo. La relazione costituisce infatti lo strumento fondamentale attraverso il quale i creditori possono acquisire conoscenza della effettiva situazione dell'impresa ed effettuare le loro valutazioni circa la fattibilità e la convenienza della proposta. Il noto dibattito che è seguito alla riforma operata nel 2006-07

dell'istituto del concordato preventivo circa i poteri di controllo del giudice sulla proposta concordataria e, in particolare, sulla relazione del professionista, ha trovato un punto di approdo nella recente sentenza delle sezioni Unite di questa Corte che ha affermato che: "a) è irrilevante, nell'economia della proposta concordataria e della sua fattibilità economica, l'indicazione della prevedibile misura di soddisfacimento dei creditori; b) il sindacato del giudice in ordine al requisito di fattibilità giuridica del concordato deve essere esercitato sotto il duplice aspetto del controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura e della verifica della loro rispondenza alla causa del detto procedimento....., mentre non può essere esteso ai profili concernenti il merito e la convenienza della proposta; c) agli eventuali difetti di informazione circa le condizioni di fattibilità del piano consegue il rigetto della domanda " (Cass. 1521/2013). Attenendosi a tali principi, una successiva sentenza di questa Corte ha ribadito che in tema di concordato preventivo, il controllo del tribunale va effettuato sia verificando l'idoneità della documentazione prodotta (per la sua completezza e regolarità) a corrispondere alla funzione che le è propria, consistente nel fornire elementi di giudizio ai creditori, sia accertando la fattibilità giuridica della proposta, sia, infine, valutando l'effettiva idoneità di quest'ultima ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura. Rientrano, dunque, nell'ambito di detto controllo: la correttezza e la coerenza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano; l'eventuale impossibilità giuridica di dare esecuzione, sia pure parziale, alla proposta di concordato; l'eventuale inidoneità della proposta, se emergente "prima facie", a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati. Resta, invece, riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito di detto giudizio, che ha ad oggetto la fattibilità del piano e la sua convenienza economica (Cass. 13083/2013). *I suddetti principi sono astrattamente applicabili anche al concordato fallimentare dovendosi però tenere conto delle differenze normative esistenti in ragione delle diversità esistenti tra i due istituti. È perfino banale ricordare che la proposta di concordato fallimentare riguarda una impresa dichiarata fallita e può essere avanzata sia da un creditore che da un terzo ed a certe condizioni anche dal fallito. Una impresa in stato di fallimento ha di regola cessato la propria attività e gli organi fallimentari, nel volgere di un ragionevole lasso di tempo, accertano sia la situazione debitoria tramite la formazione dello stato passivo che le attività facenti capo alla massa tramite l'inventario dei beni acquisiti e le varie azioni di recupero intraprese. Tale attività risulta documentata dai vari atti della procedura ed è disponibile per i creditori. Questi dunque sono in condizioni di sapere, con una certa approssimazione, la situazione debitoria dell'impresa ed il presumibile attivo realizzabile. Una proposta di concordato che interviene in siffatta situazione statica si presenta di conseguenza*

*alquanto più semplificata rispetto a quella di un concordato preventivo non essendo tenuto chi la presenta, a differenza dell'imprenditore nel caso di concordato preventivo, a prospettare la situazione economico-finanziaria e patrimoniale della impresa e le sue prospettive in una situazione dinamica di operatività sul mercato. In siffatto contesto, la L. Fall., art. 125 prevede soltanto, a differenza della L. Fall., art. 161 (parere del professionista sulla veridicità dei dati esposti dal debitore e sulla fattibilità del concordato) che il giudice delegato chieda un parere al curatore con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte. In altri termini, il dato fondamentale che il parere deve fornire è quello relativo al presumibile attivo che la massa potrebbe realizzare a fronte dell'esaurimento della liquidazione nei confronti di quanto invece messo a disposizione dalla proposta concordataria tenendo conto della adeguatezza delle garanzie da questa prestate. Successivamente, il giudice delegato, ai sensi della L. Fall., art.125, comma 2, acquisisce il parere del Comitato dei creditori e, valutata la ritualità della proposta, ne ordina la comunicazione ai creditori unitamente ai pareri del curatore e del comitato dei creditori, specificando dove questi possono reperire i dati per la sua valutazione. Da tali disposizioni si evince che i creditori dispongono per la loro valutazione della proposta concordataria di tutti gli elementi acquisiti dagli organi fallimentari nel corso della procedura nonché dei pareri del curatore e del comitato dei creditori. In tale contesto, il parere del curatore riveste una funzione alquanto più ridotta e limitata rispetto alla relazione del professionista di cui alla L. Fall., art. 161 nell'ambito del concordato preventivo. I dati veramente rilevanti ai fini dell'informazione dei creditori essendo il presumibile importo ricavabile dal fallimento a seguito dell'esaurimento della liquidazione e la serietà delle garanzie offerte dal proponente il concordato. La proposta di concordato fallimentare infatti si limita sostanzialmente ad indicare la somma messa a disposizione della massa con l'indicazione delle garanzie e dei tempi con cui essa verrà distribuita ai creditori. Sulla base di tutti i detti elementi ogni creditore è in condizione di esprimere un proprio giudizio sulla proposta concordataria ed assumere in sede di votazione la posizione che ritiene più opportuna. In tale contesto eventuali carenze del parere del curatore nell'esame della proposta concordataria non inficiano di regola la regolarità del procedimento. L'art. 125, infatti, non richiede che il parere del curatore si incentri in modo specifico sulla congruenza e non contraddittorietà della proposta, poiché la valutazione di essa, anche in relazione ai predetti profili, è comunque lasciata ai creditori che dispongono degli strumenti informativi di cui sopra per rilevare sia le incongruenze interne e le contraddizioni della proposta, sia per potere verificare in base alla documentazione del fallimento a loro disposizioni eventuali carenze, omissioni o erronee indicazioni....L'evoluzione normativa introdotta con le novelle del 2006 e 2007, in ragione della quale i poteri del giudice sono limitati*

alla sua funzione di garante della regolarità della procedura e custode dell'osservanza dei principi fondanti dell'ordinamento, nonché di organo delegato alla soluzione dei conflitti che dalla procedura derivano, mentre resta affidata agli altri organi della procedura o direttamente ai creditori riuniti in adunanza la decisione circa il merito delle scelte che attengono alle modalità con cui pervenire alla liquidazione del patrimonio del debitore e, quindi, al soddisfacimento dei creditori (cfr. Cass. 3274/2011), trova riscontro anche nell'ambito della procedura di concordato fallimentare. *Gli artt. 127 e 128 L.F. devolvono, infatti, ai creditori il giudizio di convenienza della proposta concordataria, sulla base del parere formulato dal curatore e dal comitato dei creditori, con riguardo ai presumibili risultati della liquidazione, restando pertanto soppressa la preventiva valutazione già affidata dall'art. 125 al giudice delegato, al quale spetta ora soltanto un controllo sulla ritualità della proposta.* Il procedimento di omologazione, poi, ha ad oggetto solamente la verifica della regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione, salvo che il concordato preveda la suddivisione dei creditori in classi ed alcune di esse risultino dissenzienti (circostanza che qui non rileva), restando pertanto esclusa ogni valutazione sul contenuto della proposta, contrariamente a quanto previsto dal testo originario della L. Fall., art. 130, che demandava al tribunale non solo un controllo in ordine alla ritualità del procedimento ed all'osservanza degli adempimenti prescritti dalla legge, ma anche l'esame del merito della proposta, e, quindi, la valutazione della sua convenienza ed opportunità. Questa Corte ha peraltro avuto occasione di precisare che "nel caso in cui la proposta concordataria venga avanzata da un terzo, tale esclusione può tuttavia comportare un ingiustificato sacrificio per le ragioni del debitore, il quale, non essendo parte dell'accordo intervenuto tra il proponente ed i creditori, può vedersi sottrarre i suoi beni sulla base di una valutazione che, pur idonea a soddisfare i crediti in misura ritenuta conveniente dalla maggioranza dei creditori, risulti insufficiente rispetto al valore reale dell'attivo fallimentare" (Cass. 16378/2011). Tale eventualità si pone in contrasto con i principi ispiratori del sistema della responsabilità patrimoniale e con le norme che disciplinano il processo di esecuzione forzata, individuale o collettiva, in virtù dei quali la sottrazione al debitore del potere di amministrare i propri beni e di disporne trova giustificazione soltanto nei limiti risultanti dalla finalità, cui essa è preordinata, di soddisfacimento delle pretese dei creditori, dovendosi realizzare un giusto equilibrio tra gl'interessi di questi ultimi e quello del debitore al rispetto dei propri beni (cfr. Cass. 6904/2010; 16378/2011). È stato d'altronde chiarito che l'utilizzazione del concordato non è sottratta al divieto di abuso del diritto, la cui applicazione, ormai ampiamente diffusa in riferimento sia agl'istituti di diritto sostanziale che a quelli di diritto processuale, trova fondamento nel principio generale secondo cui l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che esso stesso predispone nei limiti in cui



essi vengano impiegati per il fine per cui sono stati istituiti, senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente.

*La limitazione dei poteri del giudice, in sede di omologazione del concordato, al controllo di legalità della procedura, con la conseguente esclusione di ogni valutazione in ordine al merito della proposta, non impedisce pertanto al tribunale di verificare l'eventuale abuso dell'istituto in esame, per la cui configurabilità non è peraltro sufficiente che la proposta appaia poco conveniente al debitore, anche in relazione alle previste modalità di soddisfazione dei creditori, o che la stima dei beni sia ritenuta da lui inadeguata, occorrendo invece che le modalità di utilizzazione del concordato rivelino l'intento di piegare tale strumento a finalità diverse da quelle per cui è predisposto, e che consistono nell'agevolare la soluzione anticipata della crisi d'impresa mediante una soluzione che tuteli i diritti di tutti i creditori con le modalità approvate dalla maggioranza, senza arrecare al fallito un pregiudizio non necessario.*

In conclusione dunque, alla luce della giurisprudenza di questa Corte, in sede di omologazione del concordato fallimentare al giudice compete solo di controllo di legalità della procedura con esclusione di ogni valutazione di merito ad eccezione della verifica dell'eventuale abuso dell'istituto in esame". *Osserva il Tribunale che l'accertamento dell'assenza di finalità abusive può essere ragionevolmente e congruamente perseguito, tra l'altro, controllando se vi sia uno scostamento macroscopico tra la proposta da omologare, i presumibili risultati della liquidazione e le garanzie offerte.* Ciò che potrebbe determinarsi quando vi sia una irragionevole od enorme sproporzione, in danno del fallito, fra il soddisfacimento offerto ai creditori col concordato ed il patrimonio dell'insolvente stesso, *vieppiù se confrontato con il risultato conseguibile attraverso la liquidazione fallimentare o anche con l'espropriazione forzata individuale.* Sicchè il proponente "abuserebbe" del potere concessogli dalla legge di regolare i propri interessi con lo strumento del concordato (vincolante per tutti i creditori), utilizzandolo per scopi ulteriori e, secondo taluni, illegittimi o comunque non "autorizzati" dalla norma positiva (nella specie gli artt. 124-129 l.fall.); con ciò procurando al debitore un sacrificio eccessivo e non giustificato dalla ratio legislativa. Il ragionamento qui seguito sembra essere ulteriormente rafforzato dalle norme dettate in materia di esecuzione forzata e dagli insegnamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, richiamati da Cass. 2674/2012 e 16738/2011. Secondo questa impostazione, applicata in materia di concordato fallimentare, occorre porsi il problema della tutela del debitore fallito nei confronti di proposte di concordato tali da lederne ingiustificatamente i diritti e nella sostanza qualificabili come abuso dello strumento concordatario censurando l'omologazione della proposta avanzata da un terzo con preferenza di

quella, parimenti conveniente per i creditori, presentata dal fallito, nonché il trasferimento di beni al proponente per valori notevolmente superiori al fabbisogno concordatario. In particolare, è stato chiarito che il procedimento di omologa in presenza di opposizione del fallito - tesa ad evitare che l'accordo tra i creditori ed il terzo o tra il creditore proponente e gli altri creditori finisca per "espropriarlo" dei propri beni in misura sproporzionata rispetto alle obbligazioni contratte - deve essere ispirato ai principi e alle norme che disciplinano il processo di esecuzione forzata - individuale o collettiva - diretti ad impedire "la rottura dell'equilibrio tra l'interesse generale al pagamento dei creditori del fallimento e l'interesse del ricorrente al rispetto dei suoi beni" (Corte eur. Dir. Uomo, 12/06/2007, Seconda Sezione, Gallucci contro Italia, ricorso n. 10756/02). Non è possibile sostenere, infatti, - come pure è stato fatto in dottrina - che con il fallimento vengano meno le ragioni legate al divieto di espropriazione senza indennizzo di cui all'art. 42 Cost. - che resterebbe valido per il solo concordato preventivo - e che il venir meno di tale tutela di un diritto fondamentale abbia consentito al legislatore di attribuire il potere di presentare la proposta di concordato anche a soggetti diversi dal fallito. Invero, non può essere dimenticato l'insegnamento della giurisprudenza CEDU secondo la quale se è vero che il divieto per il fallito di amministrare i suoi beni e di disporne ha lo scopo di soddisfare i creditori del fallimento e l'ingerenza in questione persegue quindi uno scopo legittimo e conforme all'interesse generale, ossia la tutela dei diritti altrui, nondimeno "la misura dell'ingerenza deve assicurare un "giusto equilibrio" tra gli imperativi dell'interesse generale e quelli della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo", imponendo l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione EDU (e, prima ancora, l'art. 2740 c.c. letto in correlazione con l'art. 42 Cost.), l'esistenza di "un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito", pur dovendosi riconoscere al legislatore "un ampio margine di valutazione sia per scegliere le modalità di attuazione che per valutare se le conseguenze trovino giustificazione nell'interesse generale per il raggiungimento dell'obiettivo della legge in questione" (sentenza Chassagnou e altri c. Francia CC, n. 25088/94, 28331/95 e 28443/95, par. 75, CEDU 1999-3<sup>^</sup>, e Immobiliare Saffi c. Italia, par. 49; Corte eur. Dir. Uomo, 12/06/2007, cit). Le norme che permettono di assicurare la menzionata proporzionalità vanno individuate per l'esecuzione individuale nell'art. 586 c.p.c. - dopo la modifica intervenuta nel 1991 - e, per quella concorsuale, nella L. Fall., art. 108, le quali, consentendo la sospensione della vendita allorquando il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto, "alla stregua di una valutazione necessariamente combinata - mediante la comparazione del prezzo in concreto realizzato con l'aggiudicazione e quello che, in assenza di condizioni di interferenza illegittima nella sua formazione, sarebbe stato conseguito nel processo liquidatorio così come concretamente adottato e normativamente

disciplinato" (Sez. 3<sup>^</sup>, Sentenza n. 23799 dei 16/11/2007; Sez. 3<sup>^</sup>, Sentenza n. 14634 del 23/06/2009). Il principio enunciato, deve tuttavia essere integrato con la precisazione secondo cui al fine di valutare la proporzione tra il sacrificio sopportato dal debitore e l'entità del suo debito non può prescindersi dalla considerazione che la possibilità che la proposta sia presentata da un terzo presuppone l'accettazione del principio che il proponente si prospetti un guadagno dal suo intervento non essendo razionalmente presumibile che chi si accolla l'onere e il rischio dell'esecuzione del concordato agisca per puro spirito di liberalità nei confronti del fallito. Ne consegue che deve ritenersi lecita l'attribuzione di beni di valore ragionevolmente superiore all'ammontare del debito da concordato, essendo tale differenza, nella sostanza, equiparabile alle spese necessarie per l'esecuzione (da considerarsi, come dispone l'art. 504 c.p.c., ai fini della quantificazione del debito che legittima la prosecuzione delle vendite) posto che consente la trasformazione del patrimonio del debitore negli strumenti necessari per il soddisfacimento dei creditori. **È stato infine chiarito che l'utilizzazione del concordato non è sottratta al divieto di abuso del diritto**, la cui applicazione, ormai ampiamente diffusa in riferimento sia agli istituti di diritto sostanziale che a quelli di diritto processuale, trova fondamento nel principio generale secondo cui l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che esso stesso predispone nei limiti in cui essi vengano impiegati per il fine per cui sono stati istituiti, senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente. È in quest'ottica che vanno lette le decisioni con cui è stata esclusa l'ammissibilità di una proposta concordataria che comporti l'espropriazione del debitore in favore del proponente in misura superiore a quella necessaria per il soddisfacimento dei creditori ed il pagamento delle spese (cfr. Cass., Sez. 1<sup>^</sup>, 22 marzo 2010, n. 6904) ed è stata riconosciuta la prevalenza dell'iniziativa assunta dal fallito rispetto a quelle di altri soggetti, ove le rispettive proposte concordatarie risultino ugualmente convenienti per i creditori (cfr. Cass., Sez. 1<sup>^</sup>, 12 febbraio 2010, n. 3327), negandosi invece, alla luce delle norme che consentono l'individuazione di più classi di creditori, la configurabilità dell'abuso in presenza di una proposta che preveda un trattamento non paritario degli stessi, salve le cause di prelazione (cfr. Cass., Sez. 1<sup>^</sup>, 10 febbraio 2011, n. 3274). *La limitazione dei poteri del giudice, in sede di omologazione del concordato, al controllo di legalità della procedura, con la conseguente esclusione di ogni valutazione in ordine al merito della proposta, non impedisce pertanto al tribunale di verificare l'eventuale abuso dell'istituto in esame, per la cui configurabilità non è peraltro sufficiente che la proposta appaia poco conveniente al debitore, anche in relazione alle previste modalità di soddisfazione dei creditori, o che la stima dei beni sia*

*ritenuta da lui inadeguata, occorrendo invece che le modalità di utilizzazione del concordato rivelino l'intento di piegare tale strumento a finalità diverse da quelle per cui è predisposto, e che consistono nell'agevolare la soluzione anticipata della crisi d'impresa mediante una soluzione che tuteli i diritti di tutti i creditori con le modalità approvate dalla maggioranza, senza arrecare al fallito un pregiudizio non necessario.*

7.2. Venendo dunque alle questioni sottoposte dalle parti opponenti ed a quelle rilevabili di ufficio ex art. 112 c.p.c., la prima da affrontare è quella relativa alla inalienabilità e/o indisponibilità dei beni costituenti il patrimonio della fallita CIRSU e all'eventuale contrasto della proposta DECO s.r.l. con norme imperative di legge; a tale motivo è strettamente connesso quello relativo alla presunta omessa informativa da parte della curatela ai creditori con riguardo alla natura del patrimonio della società fallita. Si deve innanzitutto concordare con i legali della procedura sull'affermazione che il vincolo in questione interessa se del caso non già l'intero patrimonio della fallita, ma più precisamente *l'impianto di smaltimento rifiuti mediante riciclaggio e compostaggio, con annessa discarica di servizio; la piattaforma ecologica di tipo "A"; le opere di completamento dell'impianto di riciclaggio e compostaggio per lo smaltimento di R.S.U. ed assimilati consistite nella realizzazione della linea compost di alta qualità, del biofiltro e della copertura dell'area di maturazione.* Tale dotazione impiantistica in capo alla fallita deriva dai seguenti atti: decreto della Regione Abruzzo n. 169 del 15 aprile 1999; decreto della Regione Abruzzo n. 221 del 17 ottobre 2002; decreto della Regione Abruzzo n. 222 del 17 ottobre 2002; atto di trasformazione del Consorzio CIRSU in società per azioni del 6 agosto 2002; atto di scissione del 21.12.2004, con costituzione di una nuova società, CIRSU Patrimonio spa, cui veniva trasferita la proprietà delle reti, degli impianti e delle dotazioni patrimoniale, mentre CIRSU spa conservava la gestione dei suddetti beni e del servizio di igiene urbana; atto di fusione del 15 ottobre 2009 con cui Cirsu Patrimonio spa è stata fusa, mediante incorporazione, nella Cirsu spa. La questione del vincolo di indisponibilità, pertanto, non riguarda gli ulteriori beni di proprietà di Cirsu spa (palazzina uffici, edifici, aree destinate a discariche, ecc.), che non sono stati trasferiti con i decreti della Regione Abruzzo. Il Tribunale ritiene che non vi siano ragioni giuridiche che ostino al trasferimento dei predetti impianti ad un terzo soggetto privato in sede di concordato fallimentare, né risulta che le linee impiantistiche siano di proprietà di CSA scarl, come sostenuto dal legale di questa. La pretesa inalienabilità degli impianti non discende dall'art. 63 della L.R. Abruzzo 29/2006, integrativa e modificativa della L.R. Abruzzo n. 3/1993, né dalla sussistenza del vincolo di destinazione originaria (quello imposto dalla Regione Abruzzo nei tre decreti di trasferimento) per dieci anni dalla data del loro collaudo, trascorso il quale il soggetto "proprietario" dei beni (CIRSU spa, ora la


Curatela del fallimento) può disporre degli stessi solo nel caso in cui la destinazione sia comunque finalizzata al soddisfacimento di finalità pubbliche. Ed invero, l'art. 63 della L.R. Abruzzo n. 29 del 25 agosto 2006, che ha integrato la L.R. Abruzzo 8 gennaio 1993, n. 3, così recita: "Alla L.R. 8 gennaio 1993, n. 3, come modificata dalla L.R. 26 giugno 1997, n. 58 recante: Norme per il trasferimento agli Enti locali dei beni ed opere realizzate con finanziamenti straordinari erogati alla Regione, è aggiunto il seguente art. 2 bis: "Art. 2 bis 1. *Le opere trasferite ai sensi della presente legge, ove non diversamente disposto nelle rispettive leggi di finanziamento e fermi restando i vincoli ivi previsti, non possono essere alienate e conservano il vincolo di destinazione originaria per dieci anni dalla data del loro collaudo....* Decorso il periodo di cui al comma 1, l'Ente titolare delle opere che risultino inutilizzabili secondo le finalità originarie può disporne direttamente una diversa destinazione pubblica. 3. Ove le opere non risultino necessarie e funzionali per alcuna finalità pubblica, il Consiglio regionale, su istanza motivata dell'Ente titolare, può autorizzarne la trasformazione patrimoniale ai fini dell'alienazione o di diverse forme di gestione economica. La Regione ha comunque diritto di preferenza in ordine all'eventuale utilizzazione delle opere stesse per lo svolgimento delle proprie attività istituzionali o di altre attività di rilevante interesse pubblico". Come si vede, la legge prevede che in vincolo di inalienabilità e di destinazione abbia una durata di dieci anni dalla data del collaudo; decorso tale termine, il soggetto titolare dei beni (CIRSU spa ed ora la Curatela fallimentare) può disporre degli stessi purchè la loro destinazione sia comunque finalizzata al soddisfacimento di interessi pubblici. La lettura che fa l'opponente della norma, secondo la quale essa prevedrebbe due ipotesi tra loro non omogenee, ovvero la inalienabilità assoluta per un verso e il vincolo di destinazione della durata massima di dieci anni per altro verso, non può essere accolta. Né rilevano i commi 2 e ss. dell'art. 63, che, come visto, riguardano il caso, opposto al presente, in cui il bene risulti inutilizzabile per la destinazione originaria ovvero non risulti necessario e funzionale per alcuna finalità pubblica; sicchè non sussiste alcun ulteriore vincolo procedimentale di natura pubblicistica ["modus operandi", lo definisce CIRSU s.p.a. a fol. 22 del ricorso in opposizione]. Ed infatti, è pacifico che gli impianti per lo smaltimento dei rifiuti e le relative opere di completamento non costituiscano beni demaniali. Ai sensi dell'art. 822 c.c. [cui adde le servitù pubbliche di cui all'art. 825 c.c.], appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico [cd. necessario] il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale. Fanno parimenti parte del demanio pubblico [cd. accidentale], *se appartengono allo Stato*, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le

raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico che, secondo l'art. 823 c.c., è caratterizzato dalla inalienabilità e dalla impossibilità di formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei limiti e nelle forme dei provvedimenti concessori. **E' peraltro pacifico che nel caso che ci occupa la legge regionale abruzzese non fosse legittimata ad assoggettare beni al regime demaniale.** Infatti, la Costituzione, pur non contenendo un'espressa definizione dei beni pubblici, nè una loro classificazione, tuttavia stabilisce alcuni richiami assai importanti per la definizione del sistema positivo. In particolare, la materia dei beni pubblici viene affrontata sotto diverse visuali negli artt. 2, 9, 42, 117 Cost. [con riferimento in quest'ultimo caso alla materia del "governo del territorio", dell'ambiente, dell'ecosistema, dei beni culturali], prevedendo sempre e soltanto altrettante ipotesi di competenza legislativa esclusiva dello Stato o, al più, di competenza concorrente dello Stato e delle Regioni [cfr. Cass. 3665/2011]. Ciò significa che le Regioni a statuto ordinario sono legittimate a legiferare su di essa solo dopo che lo Stato abbia con legge stabilito i principi fondamentali per il tramite di leggi "cornice". Dunque, in assenza di leggi cornice ad essa antecedenti [il D. Lgs. n. 85 del 28 maggio 2010, primo decreto di attuazione della Legge 5 maggio 2009, n. 42, recante "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione", è entrato in vigore in data 26 giugno 2010 e comunque prevede la trasformazione di una larga fetta del demanio statale in beni del patrimonio addirittura *disponibile comunale*], è certo che la legge regionale abruzzese 29/2006, laddove afferma che *le opere trasferite ai sensi della presente legge, ove non diversamente disposto nelle rispettive leggi di finanziamento e fermi restando i vincoli ivi previsti, non possono essere alienate e conservano il vincolo di destinazione originaria per dieci anni dalla data del loro collaudo*, debba essere interpretata nel solo senso *costituzionalmente compatibile*, vale a dire come riferita *contestualmente e congiuntamente al limite temporale decennale sia con riferimento al vincolo di inalienabilità, sia in relazione al vincolo di indisponibilità*. **E' questa, infatti, la sola interpretazione possibile, conforme a Costituzione.** Né d'altra parte risulta che i beni in questione [impianto di smaltimento rifiuti mediante riciclaggio e compostaggio, con annessa discarica di servizio; piattaforma ecologica di tipo "A"; opere di completamento dell'impianto di riciclaggio e compostaggio per lo smaltimento di R.S.U. ed assimilati consistite nella realizzazione della linea compost di alta qualità, del biofiltro e della copertura dell'area di maturazione], siano stati inseriti negli appositi registri che l'ente pubblico territoriale deve tenere con la indicazione dei beni appartenenti al demanio. Abbiamo pertanto raggiunto il risultato di avere accertato che gli impianti e le opere di proprietà del CIRSU s.p.a. non appartengono al demanio pubblico. Esse sono quindi, siccome destinati ad un pubblico

servizio, qualificabili come *beni patrimoniali indisponibili*, il cui regime giuridico, ex art. 826 c.c., prevede la commerciabilità anche nelle forme del diritto comune e a mezzo di negozi traslativi reali, con il solo limite, decorso pacificamente e senza contestazione di alcuno il termine decennale di cui all'art. 63 L.R. 29/2006, del vincolo di destinazione pubblica. Il bene, l'impianto, l'opera, cioè, ceduti a terzi con qualsivoglia strumento giuridico, quindi anche per il tramite di un concordato fallimentare, dovranno continuare ad essere impiegati per l'assolvimento delle medesime funzioni pubbliche o dei medesimi servizi pubblici cui erano destinati quando erano in mano pubblica. D'altra parte, non vi è dubbio che, secondo quanto previsto dall'art. 63 L.R. 29/2006, l'autorizzazione del Consiglio Regionale e la destinazione alla Regione di parte dei proventi di eventuali alienazioni autorizzate *riguardano unicamente le operazioni compiute nel periodo decennale di vigenza del vincolo e solo nel caso della trasformazione patrimoniale del bene, vale a dire quando le opere non risultino necessarie e funzionali per alcuna finalità pubblica* (circostanza che evidentemente non ricorre nel nostro caso). Nella procedura fallimentare che ci occupa, il periodo decennale di validità del vincolo si è come detto da tempo esaurito, né la circostanza è da alcuno contestata, sicché non è necessario acquisire il previo consenso della Regione né destinare parte dei proventi del trasferimento alla stessa. Gli impianti in questione risultano tutti collaudati alla data della emissione dei decreti di trasferimento, come risulta dalla semplice lettura di questi ultimi, sicché ben può la curatela fallimentare, in qualità di soggetto proprietario degli stessi disporne, rispettandone la destinazione al soddisfacimento di un interesse pubblico, quale è il servizio del ciclo integrato dei rifiuti. Del resto, ***la stessa Regione Abruzzo ha riconosciuto con nota agli atti del fascicolo fallimentare l'inesistenza del vincolo di inalienabilità.*** In conclusione, ***i beni strumentali al servizio pubblico relativo al ciclo dei rifiuti, la proprietà e gestione dei quali sono state assegnate a CIRSU spa con decreti di trasferimento del Presidente della giunta regionale abruzzese 169/1999, 221/2002, 222/2002, appartengono attualmente al patrimonio pubblico indisponibile, per i quali è consentita la circolazione verso soggetti terzi anche privati, con il limite della indisponibilità funzionale, ossia purché il titolo del trasferimento non contrasti, in punto causale, con la "funzionalizzazione" pubblica dei beni stessi.*** Nel caso di specie, come precisato sopra a fol. 10 e ss., la proponente DECO s.p.a. in sede di modifica della proposta di concordato del 20.10.2016, fol. 4, ha espressamente affermato: "Non si pone invece alcun problema per quanto riguarda eventuali vincoli di destinazione. La Proponente, infatti, ha già manifestato la propria volontà, che qui si ribadisce, di rispettare l'attuale destinazione dei beni stessi alla gestione del ciclo dei rifiuti, volontà che è peraltro garantita dalla natura stessa dell'attività esercitata dalla Deco S.p.a.". E deve essere ribadito, a scanso di ogni equivoco, che i

curatori hanno dato ampia informativa ai creditori della problematica relativa al presunto vincolo di inalienabilità e/o indisponibilità nella relazione del 28.7.2016, facendo proprie le considerazioni svolte dai legali della procedura nel parere del 27.7.2016.

7.3. La proposta DECO appare scevra da condizioni che la renderebbero inammissibile, nella misura in cui dovessero essere idonee a superare il principio di conservazione del contratto [vitiatur se non vitiatur; utile per inutile non vitiatur]. In particolare, non corrisponde al vero che la proposta di concordato Deco sia sottoposta alla condizione sospensiva potestativa della voltura delle AIA e, quindi, in definitiva ad un fatto futuro ed incerto in gran parte dipendente dalla diligenza e dalla mera volontà della stessa proponente [fol. 18 e ss. opposizione CIRSU s.p.a.]. Al riguardo, si rendono opportune alcune precisazioni in punto di voltura delle autorizzazioni ambientali. Ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. o-bis del TUA, l'Autorizzazione Integrata Ambientale è *"il provvedimento che autorizza l'esercizio di una installazione rientrante fra quelle di cui all'articolo 4, comma 4, lettera c, o di parte di essa a determinate condizioni che devono garantire che l'installazione sia conforme ai requisiti di cui al Titolo III-bis, ai fini della individuazione delle soluzioni più idonee al perseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 4, comma 4, lettera c). Un'autorizzazione integrata ambientale può valere per una o più installazioni o parti di esse che siano localizzate sullo stesso sito e gestite dal medesimo gestore. Nel caso in cui diverse parti di una installazione siano gestite da gestori differenti, le relative autorizzazioni integrate ambientali sono opportunamente coordinate a livello istruttorio"*. Ai sensi dell'art. 4, comma 4, lett. c) del TUA *"l'autorizzazione integrata ambientale ha per oggetto la prevenzione e la riduzione integrata dell'inquinamento proveniente dalle attività di cui all'allegato VIII e prevede misure idonee a evitare, ove possibile, o a ridurre le emissioni nell'aria, nell'acqua e nel suolo, comprese le misure relative ai rifiuti, per conseguire un livello elevato di protezione dell'ambiente salve le disposizioni sulla valutazione di impatto ambientale"*. Pertanto, in primo luogo, dal combinato disposto degli artt. 5 e 4 del TUA, si desume che l'AIA è necessaria per l'esercizio di tutte le attività espressamente ricomprese nell'Allegato VIII della Parte Seconda del d.lgs. n. 152/2006. Tale circostanza è espressamente confermata dall'art. 6, comma 13, il quale prevede che *"L'autorizzazione integrata ambientale è necessaria per: a) le installazioni che svolgono attività di cui all'Allegato VIII alla Parte Seconda; b) le modifiche sostanziali degli impianti di cui alla lettera a) del presente comma..."*. Con riferimento a tale autorizzazione il successivo comma 29-nonies, comma 4, prevede che *"Nel caso in cui intervengano variazioni nella titolarità della gestione dell'impianto, il vecchio gestore e il nuovo gestore ne danno comunicazione entro trenta giorni all'autorità competente, anche nelle forme dell'autocertificazione ai fini della volturazione*





*dell'autorizzazione integrata ambientale*". La norma prevede, quindi che, prima della volturazione, ma dopo l'atto di trasferimento, il nuovo e il vecchio gestore debbono dare comunicazione all'autorità competente delle variazioni relative alla titolarità dell'impianto. Si può quindi affermare che, in caso di AIA: - i soggetti interessati (nella specie la società fallita in persona dei curatori e la proponente del concordato fallimentare cui viene trasferita la titolarità degli impianti), dovranno comunicare la variazione della titolarità delle gestione degli impianti medesimi all'ente competente, allegando la documentazione richiesta dalla singola regione; - l'ente non ha margine di discrezionalità in merito a tale richiesta; - la comunicazione con la quale il vecchio ed il nuovo gestore autocertificano all'autorità competente l'intervenuto subentro nella gestione dell'installazione, unitamente al deposito della documentazione richiesta dalla normativa regionale applicabile, produrrà l'effetto, con efficacia costitutiva ex tunc di trasferire l'AIA dal vecchio al nuovo gestore. Quanto alla mancanza di discrezionalità, è appena il caso di precisare che il comma 4, riferito ai passaggi di titolarità dell'autorizzazione, risulta seguire una disciplina intrinsecamente diversa da quella contenuta nei primi tre commi dello stesso articolo, che, complessivamente, disciplinano l'ipotesi di modifiche progettuali dell'impianto in ragione delle quali è espressamente prevista un'attività discrezionale da parte dell'autorità competente. **L'interpretazione privilegiata in questa sede è stata ancora di recente ribadita dal Consiglio di Stato, con la sentenza 163/2015.** In quella occasione, il massimo Consesso della giustizia amministrativa ha avuto modo di affermare che "va...denotata al riguardo l'assenza di qualsivoglia discrezionalità nel contesto dell'art. 29-nonies, comma 4, del D.L.vo 152 del 2006, il quale testualmente disponeva, nel testo vigente all'epoca dei fatti di causa, che, *"nel caso in cui intervengano variazioni nella gestione dell'impianto, il vecchio gestore e il nuovo gestore ne danno comunicazione entro trenta giorni all'autorità competente, anche nelle forme dell'autocertificazione"*. Tale disciplina risulta intrinsecamente diversa da quella contenuta nei primi tre commi dello stesso articolo, nei quali è complessivamente disciplinata l'ipotesi di *"modifiche progettate dell'impianto"*, in ordine alle quali sono espressamente previsti dai commi medesimi i poteri discrezionali in capo all'autorità competente, la quale – per l'appunto *"ove lo ritenga necessario"* può aggiornare l'autorizzazione integrata ambientale o le sue condizioni, ovvero qualora ravvisi *"modifiche sostanziali"* chiede la presentazione di una domanda di rilascio di una autorizzazione. Risulta evidente che, nell'ipotesi di variazione della gestione contemplata dall'anzidetto comma 4 dello stesso articolo, ove il legislatore avesse voluto prevedere una valutazione discrezionale della variazione soggettiva del gestore da parte dell'autorità competente", con la conseguente possibilità per quest'ultima di emanare al riguardo ulteriori atti, autonomamente impugnabili, avrebbe espressamente previsto in proposito

una disciplina non dissimile da quella contenuti nei tre primi commi dello stesso art. 29-nonies...Né va sottaciuto che la volturazione dell'A.I.A. eseguita dalla Provincia neppure era di per sé contemplata dal legislatore, all'epoca dei fatti di causa, quale adempimento dell' *"autorità competente"*, costituendo soltanto una prassi. Ora, viceversa, la volturazione è espressamente prevista dall'ordinamento, in quanto per effetto dell'art. 7, comma 8, lett. b) del D.L.vo 4 marzo 2014, n. 46, l'anzidetto comma 4 dell'art. 29-nonies del D.L.vo 152 del 2006 è stato novellato nel senso che *"nel caso in cui intervengano variazioni nella titolarità della gestione dell'impianto, il vecchio gestore e il nuovo gestore ne danno comunicazione entro trenta giorni all'autorità competente, anche nelle forme dell'autocertificazione ai fini della volturazione dell'autorizzazione integrata ambientale"*. Ma, in ogni caso, anche dal testo novellato della disciplina in esame, ben emerge che la stessa seguita a non contemplare al riguardo l'esercizio di poteri discrezionali da parte dell' *"autorità competente"*, essendo – per l'appunto – la volturazione di cui trattasi un atto di per sé dovuto anche sulla base di quanto comunicato mediante autocertificazione, fermo in ogni caso restando l'onere per l'autorità medesima di controllare il contenuto dell'autocertificazione stessa ai sensi dell'art. 71 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, e di adottare in caso di non veridicità separati e ulteriori provvedimenti, nonché la possibilità per l'autorità medesima di esercitare – sempre con ulteriori e distinti suoi atti - ogni forma di controllo sullo svolgimento anche da parte del nuovo intestatario dell'A.I.A. delle attività autorizzate, come del resto ciò era possibile anche nei confronti del precedente intestatario dell'autorizzazione". Va detto che l'efficacia retroattiva della comunicazione di cui all'art. 29-nonies, comma 4, del TUA investe anche le garanzie finanziarie. A tal proposito si sottolinea che il periodo che intercorre dall'intervenuta comunicazione di volturazione alla effettiva concessione dell'AIA dovrà essere necessariamente computato nel periodo di efficacia dell'autorizzazione anche con riferimento alle garanzie fideiussorie che sorreggono l'AIA, in quanto la peculiarità di tale richiesta è quella di consentire al nuovo gestore di potere dare avvio alla gestione dell'impianto contestualmente alla presentazione di detta volturazione all'ufficio competente e senza soluzione di continuità. Ne consegue che la proposta di concordato DECO s.p.a. non risulta essere subordinata ad un evento futuro ed incerto dipendente da fattori esterni o dalla diligenza e volontà della sola proponente, *atteso che la volturazione delle autorizzazioni integrate ambientali è evento certo, essendo sottratto alla discrezionalità dell'autorità amministrativa competente* e dipendendo non tanto dalla esclusiva volontà e diligenza della proponente quanto dalla presentazione congiunta da parte dei curatori e di quest'ultima della domanda di volturazione, che consente l'immediato avvio di gestione dell'impianto. Va aggiunto conclusivamente e per la precisione, che la volturazione delle AIA è

posta dalla proponente DECO s.p.a. come termine di adempimento delle obbligazioni concordatarie e non come condizione sospensiva di efficacia della proposta.

7.4. Neppure la proposta risultata - essa sola - approvata dalla maggioranza dei creditori, appare viziata sotto qualche aspetto in ragione della questione dei rapporti concessori di cui assume di essere titolare CSA s.c.a.r.l. Invero, nella sentenza dichiarativa di fallimento, si legge al riguardo: "Incidentalmente, occorre osservare che anche l'ultima assegnazione del 7.2.2014 in favore di CONSORZIO STABILE AMBIENTE [C.S.A.] s.c.a.r.l. per la costruzione e gestione della nuova discarica intercomunale sita in Notaresco in località casette di Grasciano, compresa la progettazione definitiva ed esecutiva, con estensione per la volumetria residua della vecchia discarica ormai esaurita, è stata affidata nelle forme della concessione di costruzione e gestione di opera pubblica.....e sulla base di un progetto generale "redatto dai tecnici della società DECO per conto di SOGESA". Osserva il Tribunale che gli unici contratti intercorsi tra Cirsu e CSA risultanti dagli atti sono il contratto relativo al servizio di gestione della piattaforma di tipo "A" presso il Polo tecnologico Cirsu del 23.12.2013 e, come detto sopra, il contratto finalizzato alla costruzione e gestione della nuova discarica di Grasciano, sempre di proprietà della fallita Cirsu, del 7.2.2014. Non ostante il tenore letterale degli atti ["..la sottoscrizione da parte di CSA scarl del presente verbale determina la conclusione di un contratto sinallagmatico"], non può invece essere attribuita natura contrattuale al contenuto del verbale del CDA di Cirsu n. 5 del 26.2.2014, relativo al conferimento a CSA del servizio finalizzato alla gestione dell'impianto fisso di trattamento dei rifiuti urbani indifferenziati, e del verbale del CDA di Cirsu n. 12 del 26.8.2014, relativo al conferimento a CSA del servizio finalizzato alla gestione della Linea di trattamento della frazione organica. Non è dubbio, infatti, *salva prova contraria che è onere della parte interessata fornire [ma CIRSU s.p.a. sul punto nulla ha depositato], dimostrando una diversa previsione statutaria*, che la deliberazione del consiglio di amministrazione di una società di capitali sia un atto interno di formazione della volontà dell'organo amministrativo privo di qualsiasi efficacia esterna e non definibile, pertanto, quale "manifestazione" di volontà all'esterno della società (App. Milano, 27 gennaio 1998), essendo a tal fine necessario il compimento dell'atto deliberato, ossia la conclusione del contratto, da parte del legale rappresentante della società, che dichiari di agire in nome e per conto della società stessa (c.d. spendita del nome), che nel caso di specie difetta. Peraltro, trattandosi di contratti di concessione di servizi posti in essere con società (quella fallita) partecipata in via totalitaria dai Comuni, troveranno applicazione (come peraltro espressamente previsto all'art. 1 del contratto di concessione relativo al servizio di gestione della piattaforma di tipo "A" presso il Polo tecnologico Cirsu del 23.12.2013 e del contratto finalizzato alla costruzione e gestione della

nuova discarica di Grasciano, sempre di proprietà della fallita Cirsu, del 7.2.2014) i principi in materia di contratti della pubblica amministrazione e le vigenti disposizioni di legge e di regolamento per l'Amministrazione del patrimonio e per la Contabilità dello Stato a cominciare da quello secondo cui tutti i contratti di cui sia parte la Pubblica Amministrazione, anche se conclusi a trattativa privata, devono redigersi per iscritto a pena di nullità assoluta, consentendosi al più la non unicità del documento contrattuale, ma non la conclusione "per facta concludentia" (fra le tante, Cass. 15 giugno 2015, n. 12316; Cass. 23 aprile 2014, n. 9219). Nella specie, difetta un contratto scritto sottoscritto dal legale rappresentante di CIRSU s.p.a.; né, per quanto detto sopra, ha rilievo la delibera consiliare, in quanto atto ascrivito inidoneo ad impegnare la società verso i terzi e quindi a costituire una valida proposta di contratto rilevante ex art. 1326 c.c. (cfr. ex multis, Cass. 25 novembre 2003, n. 17891, secondo cui "in tema di contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, la delibera dell'ente pubblico, quale atto avente mera efficacia interna, di carattere autorizzatorio nei confronti del diverso organo destinato ad esprimere all'esterno la volontà dell'ente stesso, non è configurabile come proposta negoziale. Ne consegue che, ai fini della conclusione di un valido contratto, è irrilevante la sottoscrizione in calce alla suddetta delibera "per accettazione" da parte del privato"). In altri termini, la delibera consiliare o giuntale che abbia autorizzato la stipula del contratto, dev'essere poi tradotta in un atto contrattuale, sottoscritto dal rappresentante esterno dell'ente e dell'altra parte, perché di per sé è inidonea a valere come proposta contrattuale anche se accettata dal privato (Cass. 25 novembre 2003, n. 17891; Cass. 5 novembre 2001, n. 13628; Cass. 8 marzo 2000, n. 2619, *che precisa come l'atto consiliare non sia neppure suscettibile di ratifica ad opera del legale rappresentante dell'ente pubblico*). Quanto al contratto relativo al servizio di gestione della piattaforma di tipo "A" presso il Polo tecnologico Cirsu del 23.12.2013 ed al contratto finalizzato alla costruzione e gestione della nuova discarica di Grasciano, sempre di proprietà della fallita Cirsu, del 7.2.2014, si è affermato dalla opponente CIRSU s.p.a. che il fallimento del concedente non sia idoneo ad incidere sui rapporti concessori in corso di esecuzione alla data del fallimento. Gli artt. 72 e ss. L.F., infatti, non contemplano le ipotesi dei rapporti concessori, in quanto il legislatore ha inteso disciplinare solo i rapporti di tipo "privatistico", né ha ritenuto in concreto ipotizzabile il fallimento della stazione appaltante ovvero del concedente, soggetto pubblico, ex art. 1 L.F. Più in generale, la "ratio" della normativa fallimentare è quella di evitare alla massa un aggravio dei costi ed oneri non più utili anche in ragione delle finalità liquidatorie connaturate al fallimento, laddove la concessione per sua natura non prevede costi od oneri per il committente sibbene ricavi da incameramento del canone; nel caso di specie, CIRSU s.p.a. avrebbe stipulato con CSA scarl altrettante concessioni di servizi, figura avente carattere

speciale e derogatorio rispetto alla disciplina fallimentare, ivi inclusa quella generale in tema di rapporti preesistenti di cui agli artt. 72 e ss. L.F., ad essa non applicabile neppure per analogia. Rispetto all'appalto, e a differenza di esso, il titolo concessorio costituisce non un negozio, ma un provvedimento amministrativo autoritativo; il concessionario si surroga al concedente per svolgere un servizio pubblico istituzionalmente competente a quest'ultimo, con correlativo trasferimento di potestà pubbliche; il rischio inerente l'attività concessoria viene traslato in via esclusiva in capo al privato. Ed anche se dal punto di vista soggettivo CIRSU s.p.a. è stato ritenuto soggetto fallibile, non per questo la rilevanza pubblica oggettiva del servizio dato in concessione viene meno, con conseguente trasformazione della concessione in appalto di servizi. La natura pur sempre pubblicistica di detti rapporti sarebbe inoltre confermata dalla sempre ritenuta giurisdizione amministrativa nelle numerose cause che si sono sinora svolte ed alle quali ha preso parte anche la curatela, riguardanti tra l'altro la validità di alcune delle concessioni. Laddove venisse ritenuta l'attività iure privatorum svolta da CIRSU s.p.a., non si potrebbe individuare quale servizio sia stato affidato a CSA scarl né quale corrispettivo sarebbe dovuto dal concedente. Infine, si afferma che i curatori e il G.D. nel provvedimento che rende esecutivo lo stato passivo in data 4.2.2016, hanno riconosciuto l'efficacia e la validità del rapporti concessori in essere, escludendo peraltro il credito di CSA scarl sul presupposto che i relativi costi non sono di competenza della fallita. Di più. Secondo l'opponente, in detto decreto di rigetto di ammissione al passivo del credito di CSA scarl si affermerebbe che le relative somme dovrebbero essere pagate dal subentrante, mentre nella proposta DECO s.p.a. la relativa posta, pari ad 8.437.808,05, non risulta inserita e del resto la proponente ha specificato di non essere disposta a subentrare nei rapporti contrattuali in essere. Inoltre, afferma l'opponente, benché i curatori abbiano provveduto a disporre il formale subentro nei rapporti concessori, purtroppo non hanno avviato le procedure di legge finalizzate alla risoluzione/rescissione dei predetti rapporti ai sensi dell'art. 176 dlgs. 50/2016, al fine di ristorare il concessionario per i costi sostenuti e non ancora ammortizzati e per i danni. Ne consegue che la proposta DECO s.p.a. non sarebbe omologabile, perché violerebbe le norme imperative in materia di concessioni di servizio e di procedure ad evidenza pubblica. In realtà, osserva il Tribunale che i rapporti concessori che, secondo la prospettiva degli oppositori sarebbero ostativi alla omologazione del concordato Deco, perché ancora in essere nonostante il fallimento di Cirsu spa, si sono, invece, automaticamente risolti con il fallimento di quest'ultima [Cass. 7203/1999], sicché fuori luogo, a prescindere da altro, è il richiamo all'art. 176 dlgs. 50/2016. In ogni caso, **la questione è stata già affrontata e risolta nel senso dello scioglimento dei rapporti concessori dal Tribunale di Teramo con il decreto del 9.11.2016, divenuto definitivo, reso nei procedimenti riuniti n.**

**4/2016 e n. 5/2016 di reclamo ex art. 26 L.F. proposti da CSA.** Risultano quindi confermati definitivamente i decreti del G.D. del 23.6.2016 e 2.8.2016, con i quali in particolare la curatela è stata autorizzata a non consegnare la discarica di Grasciano 2 al Consorzio CSA scarl di L'Aquila e quindi a non subentrare nel contratto di cessione dei servizi di gestione e ai relativi atti preliminari, successivi e conseguenti, respingendo all'uopo l'atto di diffida presentato da CSA scarl. Nell'occasione, il Tribunale ha stabilito che *"CIRSU s.p.a. nella conclusione del contratto in parola con CSA scarl avente ad oggetto la progettazione definitiva, esecuzione, costruzione e gestione della discarica, con onere a carico dell'aggiudicatario dei lavori necessari al completamento della discarica..[ha] agito iure privatorum, con conseguente applicabilità, a siffatto contratto, delle ordinarie norme civilistiche, ivi comprese quelle dettate, in materia fallimentare, dagli artt. 72 e ss. L.F. "*"Pertanto", ha concluso il Tribunale, *"deve ritenersi cessato, a seguito del fallimento dell'appaltante ed in assenza di alcuna dichiarazione della curatela di voler proseguire nel contratto de quo, il vincolo negoziale tra le parti"*. E' appena il caso di chiarire che, come visto, i curatori sono stati *specificamente* autorizzati a non subentrare nel contratto del 7.2.2014 ripassato tra CIRSU s.p.a. a CSA scarl, relativo alla gestione della nuova discarica; a nulla rileva pertanto che il Tribunale o il G.D., come peraltro affermato espressamente dal Tribunale di Teramo nel provvedimento reiettivo del 9.11.2016, abbia, *"tenuto conto della molteplicità dei rapporti pendenti tra CIRSU e CSA scarl."*, *"genericamente autorizzato la procedura alla prosecuzione dei contratti inter partes...rimanendo comunque impregiudicato il diritto, in capo [al curatore] di decidere, caso per caso, in ordine alla prosecuzione degli stessi"*. Non risponde quindi al vero quanto affermato dall'opponente, ossia che la curatela, in forza di decreto autorizzativo del G.D. in data 7-16.10.2015, è subentrata nei rapporti intercorsi tra CIRSU s.p.a. e CSA scarl. Più tosto, deve essere ricordato che, su istanza dei curatori, è stata autorizzata (di tre mesi in tre mesi) la prosecuzione dell'attività del polo CIRSU (anche dopo la scadenza del contratto) con la conduzione temporanea e limitata in capo al Consorzio CSA scarl per ragioni di carattere eccezionale, quali essenzialmente l'esigenza di continuità di un servizio di pubblica utilità fondamentale per la collettività, e nel contempo di tutela dell'igiene e della salute pubblica, scongiurando le problematiche ambientali che si sarebbero potute verificare nel caso di chiusura del polo. Del resto, non è esatto che il rapporto concessorio esuli dalla fattispecie negoziale. Al contrario, esso appare caratterizzato da una sequenza provvedimentale-negoziale, sintetizzata nella formula *"concessione-contratto"*. Il provvedimento amministrativo, rectius il modulo *procedimentale pubblicistico*, cioè, si inserisce quale momento di controllo funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico in un contesto che, ancor più *in executivis*, è e resta pur sempre privatistico. E' sufficiente leggere i contratti del

23.12.2013 e quello del 7.2.2014, per rendersi conto che pur sempre di strumento negoziale si tratta, anche se finalizzato all'espletamento di un servizio pubblico. Il primo, denominato *"contratto per l'affidamento in concessione del servizio di gestione della piattaforma tipo a presso il polo tecnologico CIRSU spa"*, risulta attivato ex art. 30 Dlgs. 163/2006. In esso si legge dunque che "l'esecuzione del presente contratto quindi è regolata, oltre che da quanto disposto nel medesimo e nei suoi allegati: a) *dalle norme applicabili ai contratti della pubblica Amministrazione*; b) *dal Codice Civile e dalle altre disposizioni normative in materia di contratti di diritto privato per quanto non regolato dalle disposizioni sopra richiamate*; c) dalle vigenti disposizioni di legge e di regolamento per l'Amministrazione del patrimonio e per la Contabilità Generale dello Stato; d) dalle norme a carattere cogente e volontario riferibili ai servizi affidati". Non vi è dunque dubbio che il contesto generale sia privatistico; il richiamo alle leggi di contabilità dello Stato è operato proprio in funzione di quel momento di controllo di cui si è detto, finalizzato al perseguimento del pubblico interesse. Il secondo contratto, è addirittura qualificato nelle premesse come *"appalto per la concessione di costruzione e gestione della nuova discarica intercomunale sita a Notaresco (TE), località Casette di Grasciano, compresa la progettazione definitiva ed esecutiva, con estensione per la gestione della volumetria residua della vecchia discarica"*. I termini vengono, come si vede, utilizzati promiscuamente e senza un vero e proprio significato tecnico, visto che nelle premesse, subito dopo, si legge che "CIRSU S.p.A. intende affidare *in concessione*, ai sensi dell'art 144 e seguenti del D.lgs 163/06, la progettazione definitiva, esecutiva e la costruzione della discarica per le restanti opere previste nel progetto approvato, nonché la gestione della stessa. E poi ancora utilizzi promiscui: art. 2, oggetto dell'appalto del servizio di gestione: "La Concedente *affida al Concessionario*, che accetta, *l'appalto per la progettazione definitiva, esecutiva, costruzione e gestione della discarica, con onere a carico dell'aggiudicatario dei lavori necessari al completamento della discarica secondo quanto previsto nel progetto approvato con A.I.A. N. 10/10 del 4 agosto 2010 e le limitazioni e prescrizioni indicate nel Progetto Preliminare. L'appalto ha per oggetto principale la esecuzione delle opere di ingegnerizzazione ed accessorie, necessarie per la realizzazione, con successiva gestione, della discarica intercomunale di CIRSU S.p.A. sita località Casette di Grasciano del Comune di Notaresco, come meglio identificata nelle planimetrie che compongono il progetto approvato con Autorizzazione Integrata Ambientale N. 10/10 del 4 agosto 2010 dalla Direzione Protezione Civile Ambiente della Regione Abruzzo"*. All'art. 3, intitolato "disciplina della concessione", comma 2, si legge *"Per tutto quanto non espressamente disciplinato dal Contratto si applica quanto previsto da: (I) Capitolato descrittivo e prestazionale; (II) Disciplinare di gara; (III) Autorizzazione Integrata Ambientale N. 10/10 del 4 agosto 2010; (IV)*

*Offerte e dichiarazioni rese dal Concessionario a corredo delle offerte; (V) Altri documenti allegati al presente Contratto; (VI) leggi, regolamenti e norme indicate nel Capitolato descrittivo e prestazionale e che si intendono integralmente richiamate. 3. In caso di contrasto si osserva il seguente ordine di prevalenza: a) Contratto; b) Capitolato descrittivo e prestazionale; c) Autorizzazione Integrata Ambientale N. 10/10 del 4 agosto 2010 e Autorizzazione Integrata Ambientale n. 66/147 del 4 Novembre 2008; d) Bando e disciplinare di gara, offerte e dichiarazioni rese dal Concessionario a corredo delle offerte; e) Altri documenti allegati al presente contratto; f) Leggi, regolamenti e norme di cui al precedente comma". Appare quindi evidente che lo strumento utilizzato sia pur sempre il contratto di natura privatistica. Esso diventa contratto di diritto pubblico o ad oggetto pubblico nel momento in cui la pubblica amministrazione si riserva momenti autoritativi di controllo in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico, dal momento che dal punto di vista oggettivo il concessionario svolge un servizio di pubblico interesse. Ma nessuna differenza è dato ravvisare tra concessione [di servizi od i lavori o mista] e appalto, pur sempre pubblico [di servizi o di lavori o misto] *in sé considerati* e gli omologhi contratti privatistici, dal momento che l'amministrazione controlla *dall'esterno* la conformità all'interesse pubblico del servizio o dei lavori espletati, intervenendo se del caso con l'impiego di strumenti autoritativi. Nel caso che ci occupa, al di là dei *nomina iuris* utilizzati, sembra evidente che ci si trovi dinanzi ad uno strumento di tipo concessorio [né è rilevante che si tratti di concessione di servizi, di lavori o mista; del resto, l'attuale codice dei contratti pubblici n. 50/2016 ha adottato una procedura unitaria per tutti i tipi di concessione], militando in tal senso la disciplina contrattuale, che vede riconosciuto a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio *operativo* legato alla gestione delle opere e definito appositamente dalla legge [da ultimo, cfr. Cons. Stato, sent. 1927/2016]. In altri termini, l'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio; in tal senso è anche la giurisprudenza, pragmatica, dell'Unione europea. L'assimilazione, ai fini che qui interessa, agli strumenti negoziali di tipo privatistico non è contraddetta ed è anzi confermata con l'attribuzione della *giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo* in materia di *concessione di servizi*, che è tale proprio perché essa si occupa della *materia concessione di servizi a prescindere dallo strumento utilizzato e delle fasi procedurali interessate dagli interventi dei pubblici poteri [e con l'eccezione prevista dall'art. 5, comma 2°, l. 6.12.1971, n. 1034 e, oggi, all'art. 133, comma 1°, lett. b), c), cod. proc. amm. - che espressamente riservano alla giurisdizione ordinaria le**



*controversie in materia di concessione di beni e servizi pubblici “concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi”, soprattutto nella lettura restrittiva che ne dà la Cassazione, escludendo l’operatività della riserva nei casi in cui sia in contestazione la determinazione del contenuto e della durata del rapporto concessorio, l’adempimento degli obblighi concessori o sia chiesto il risarcimento del danno da inadempimento e nei casi in cui sia contestato l’esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del canone]. In altri termini, a decidere in tema di concessioni di servizio sarà sempre il giudice amministrativo in ogni controversia, sia che essa riguardi la procedura di aggiudicazione, sia che attenga alla fase di esecuzione del contratto piuttosto che all’adozione di provvedimenti amministrativi in funzione di controllo; tanto, detto in altri termini, se riguardi diritti soggettivi quanto interessi legittimi. Del resto, le definizioni riportate dall’art. 3 del Codice dei contratti pubblici 163/2006, norma vigente all’epoca dei contratti qui richiamati, sostanzialmente riprodotte di quelle analoghe portate dalla direttiva 2004/19/CE(113), confermano sia la natura contrattuale delle concessioni che il loro elemento distintivo essenziale, ovvero la sussistenza di un rischio di gestione. Secondo l’undicesimo comma, infatti, le concessioni di lavori pubblici «sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l’esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice»; analogamente, per il dodicesimo comma, *la concessione di servizi è «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo»*. Non diversamente, secondo il Dlgs. 50/2016, codice dei contratti pubblici attualmente vigente, per «concessione di servizi» s’intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall’esecuzione di lavori, riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi”. **La ravvisata analogia tra concessioni e appalti è ribadita dalla più recente giurisprudenza amministrativa, secondo la quale “l’art. 30, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, laddove stabilisce: «La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi***

disponibili al trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.....è posta a garantire il rispetto dei nominati principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e soprattutto parità di trattamento, i quali impongono all'amministrazione procedente scelte procedurali rispondente a regole di aperta e piana logica concorrenziale e ad inverare in concreto il criterio di imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici: anche senza giungere all'applicazione dettagliata delle regole di cui al Titolo I della Parte II d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Infatti la normativa di principio di derivazione comunitaria va applicata non solo agli appalti di lavori, servizi e forniture, perché ha una valenza quasi generalizzata nel settore dei contratti pubblici; perciò l'art. 30 risponde a una progressiva assimilazione delle concessioni agli appalti al fine, di matrice europea, di vincolare i soggetti aggiudicatori a rispettare anche nelle procedure di affidamento delle prime i principi dell'evidenza pubblica comunitaria, tra cui i canoni di trasparenza invalsi nelle seconde attraverso una procedura tipica di gara, dove si impone l'esigenza che il confronto competitivo sia effettivo e leale, pena altrimenti la vanificazione delle finalità stesse del procedimento selettivo di stampo concorsuale" [cfr. Cons. Stato, C. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13.; V, 2 ottobre 2014, n. 4913; VI, 18 luglio 2014, n. 3864; 11 marzo 2015, n. 1250; 4 giugno 2015, n. 2755]. In particolare, secondo Cons. St. 3910/2015, alle concessioni di servizio si applicano i principi che governano la materia dei contratti pubblici, e ciò sia per gli obiettivi generali della normativa comunitaria, sia per l'appartenenza di appalti e concessioni allo stesso ambito oggettivo, costituito dai contratti a titolo oneroso delle amministrazioni pubbliche; le uniche deroghe consentite sono dovute alla circostanza che il concessionario non riceve un corrispettivo dall'amministrazione aggiudicatrice ma, in tutto o in parte, percepisce dagli utenti il prezzo per i servizi forniti: ciò che legittima, ad es., il ricorso a procedure semplificate cd. negoziate. *A parte questa distinzione, tuttavia, le regole generali, valide anche per le concessioni di servizi, sono quelle dettate in materia contrattuale.* Non sussistono ostacoli, dunque, all'applicazione degli artt. 72 e ss. L.F. in tema di rapporti giuridici preesistenti al fallimento e segnatamente dell'art. 81 L.F., in materia di contratto di appalto. La norma si occupa del fallimento *dell'appaltante* all'art. 81 comma 1 L.F., con riferimento al contratto di appalto di diritto privato, mentre al comma 2, ultimo periodo, accenna agli appalti di opere pubbliche, dei quali fa salva la disciplina speciale, unicamente con riferimento al fallimento *dell'appaltatore*. In altri termini, non esiste una disciplina specifica né nella legge fallimentare né nelle leggi speciali o

di settore che regoli *il fallimento dell'appaltante in relazione ai contratti di appalto pubblici o assimilati*. Ciò in quanto, evidentemente, non viene presa in considerazione oppure viene senz'altro esclusa la possibilità del fallimento di una stazione appaltante/committente/concedente pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 1 comma 1 L.F. E tuttavia, è nota la evoluzione della giurisprudenza di legittimità, che ha riconosciuto la fallibilità delle società pubbliche, con l'eccezione di quelle cd. "in house". Posto che la natura "in house" di CIRSU s.p.a. è stata esclusa dal Tribunale nella sentenza dichiarativa di fallimento, ne discende che nulla osta dal punto di vista soggettivo ad estendere ad essa la normativa fallimentare in tema di rapporti contrattuali preesistenti. Né alcun ostacolo deriva dal punto di vista *oggettivo*, dall'avere il servizio oggetto di trasferimento alla proponente natura di servizio di interesse pubblico, in quanto, come visto sopra, il rapporto che lega la proponente [e prima la concessionaria] alla pubblica amministrazione ha pur sempre natura contrattuale, *fermo restando che spetterà agli enti preposti, prima fra tutte la Regione, effettuare i controlli anche conformativi di competenza sulle modalità di espletamento del servizio, conservandosi in capo alle pubbliche autorità i poteri autoritativi connessi alla natura pubblica del servizio espletato*. La tesi dell'opponente, che fa leva sulla natura di servizio pubblico essenziale dell'attività di gestione dei rifiuti per escludere l'applicabilità nella specie della disciplina comune fallimentare in realtà prova troppo, perché se così fosse CIRSU s.p.a. non sarebbe stata fallibile e perché lo statuto dell'imprenditore commerciale è fondato sulla natura del soggetto, non su quello dell'attività esercitata. In realtà, la esclusione di almeno due delle caratteristiche proprie delle società in house [*controllo analogo; svolgimento in via esclusiva in favore dell'aggiudicante*], conducono a ritenere irrilevante anche l'aspetto obiettivo dello svolgimento di un servizio pubblico, essendo stato il rischio della interruzione del servizio risolto dalla curatela attraverso l'autorizzazione alla prosecuzione del servizio per periodi limitati [cfr. Cass. 22209/2013]. Sul punto, sembra opportuno un approfondimento. Deve infatti essere rivendicata la piena appartenenza al diritto privato del *rapporto (contrattuale) che nasce dalla concessione di lavori, così parificato all'appalto, come pure della fase prodromica alla fase pubblicistica della gara*, con tutto ciò che ne consegue in punto di natura degli atti relativi alla fase esecutiva del rapporto, successiva cioè alla aggiudicazione ed alla stipula delle convenzioni, e di giurisdizione competente a conoscere delle relative controversie [CASS. S.U., ord. 16419/2017; 15640/2017; 10705/2017]. La distinzione tra concessione ed appalto, già problematica e superata in materia di lavori pubblici, è quasi scomparsa nel diritto europeo, che parla di "contratti di concessione", dove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo, ed è scomparsa del tutto nella fase dell'esecuzione della concessione, come dimostrato dal

fatto che le relative norme della direttiva n. 23/2014 UE (art. 42 ss.) sono identiche a quelle contenute nelle direttive sugli appalti. Nè si può validamente opporre l'argomento che fa leva sulla natura autoritativa del potere concessorio, sulla base del quinto "considerando" della direttiva n. 23/2014 UE, che riconosce il diritto degli Stati e delle autorità pubbliche di decidere le modalità ritenute più appropriate per l'esecuzione dei lavori e la fornitura dei servizi, mediante esecuzione diretta o delega a terzi e definizione delle condizioni e caratteristiche dei servizi. Infatti, una volta esercitato il potere insito nella predetta decisione dell'amministrazione, è ragionevole ritenere che la successiva fase esecutiva sia, di regola, governata da principi (di diritto privato) confacenti alla natura contrattuale del rapporto e ciò anche ai fini dell'individuazione del giudice competente. Una indicazione in tal senso proviene, in via sistematica, dalla vicenda delle convenzioni urbanistiche con le quali l'amministrazione trasferisce a privati aree da essa acquisite per la realizzazione di opere di interesse pubblico. Il diritto (reale) di cui il concessionario diventa titolare trova la sua fonte nel provvedimento amministrativo, ma "poi si manifesta e vive secondo le comuni norme del codice civile". Il rapporto, che pure abbia origine in un provvedimento amministrativo, è governato nella sua fase esecutiva dal diritto privato. Nello stesso senso orientano due recenti ed interessanti sentenze delle Sezioni Unite, secondo le quali, nei rapporti in cui ricorrano promiscuamente profili di concessione e di appalto, può trovare applicazione, per la definizione della giurisdizione, il criterio della prevalenza [CASS., sez. un., 9.12.2015, n. 24824; CASS., 6.7.2015, n. 13864], apparendo così indifferente il momento "pubblicistico" rispetto a quello privatistico, trattandosi di entità *confrontabili* quando non *assimilabili od omogenee*. Autorevole dottrina, il cui ragionamento il Tribunale ritiene di seguire, ha recentemente osservato che la rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto d'appalto è connessa genericamente alla natura pubblica di una parte contrattuale, in modo più accentuato rispetto ai contratti stipulati da una P.A. in regime di diritto privato, in considerazione sia degli scopi (di interesse pubblico) dell'opera o del servizio, sia dell'incidenza della disciplina comunitaria sulla concorrenza tra le imprese che competono per l'affidamento del contratto, ai fini del corretto funzionamento del mercato. Invero, la normativa comunitaria a tutela della concorrenza riguarda la disciplina complessiva degli appalti e dei servizi pubblici sia nella fase della scelta del contraente sia in quella cronologicamente successiva dell'esecuzione. Si è rilevato che "la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, poichè la ragione dell'aggiudicazione è tradita dall'inesatta o infedele esecuzione contrattuale, non importa se per effetto di interessi collusivi tra l'aggiudicatario e la P.A., oppure per mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione contrattuale ed ancor prima per una incoerente ed inadeguata redazione

dei capitolati''. Secondo questa stessa impostazione, è nella tutela della concorrenza, a sua volta qualificata come interesse o bene pubblico, che si ritrova la ragione dei poteri attribuiti alla stazione appaltante nell'esecuzione del rapporto, aventi ad oggetto lo stesso mantenimento in vita del contratto (che può essere sciolto per decisione unilaterale della stazione appaltante), nonché il controllo e la vigilanza sul corretto adempimento da parte dell'aggiudicatario, l'attivazione delle clausole di garanzia previste contro i rischi derivanti dal mancato o inesatto o tardivo adempimento e l'adeguamento del contenuto del contratto mediante l'introduzione di varianti o modifiche. In effetti, i poteri della stazione appaltante di incidere unilateralmente sul contenuto, sulle modalità della prestazione dell'appaltatore e sulla sorte del rapporto, sono stati arricchiti dalle direttive UE del 2014. Queste, inoltre, attribuiscono all'amministrazione il potere di esigere "condizioni di esecuzione dell'appalto", cioè condizioni particolari indicate nei documenti di gara, non discriminatorie e collegate all'oggetto dell'appalto, sulla base di considerazioni legate non solo all'innovazione o di ordine ambientale e sociale, ma anche all'occupazione. E non si esclude che i valori connessi a tali considerazioni penetrino nella interpretazione del contratto, ai fini della ricostruzione *secundum legem* della comune intenzione delle parti (art. 1362 cod. civ.) e, di conseguenza, nella valutazione giudiziale circa gli adempimenti delle parti. Il riferimento alla fase dell'esecuzione del contratto è contenuto espressamente nell'art. 2 cod. app. che prevede che l'esecuzione del contratto, oltre che l'affidamento, deve garantire "la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza" e, implicitamente, nell'art. 2 cod. consumo che sancisce il diritto degli utenti "all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza". L'interesse all'esatto adempimento dell'appalto, definito con riferimento alle condizioni offerte dal partecipante alla gara risultato vittorioso, si connota di rilevanza pubblicistica anche o soprattutto perchè è conseguenza derivata dell'atto di affidamento del contratto con cui l'interesse pubblico astratto (definito dalla norma attributiva del potere) è individuato in concreto dall'amministrazione. E' pertinente il riferimento alla dottrina che ha segnalato il cambiamento di significato del principio di legalità, da intendere non più solo come formale garanzia per i privati rispetto all'esercizio di poteri (che devono essere) predeterminati da precise norme di legge, ma in senso sostanziale, come previa determinazione dei criteri di massima ovvero degli obiettivi prefissati a carico dell'amministrazione che vengono resi concreti dall'azione amministrativa, a sua volta soggetta ad un giudizio di compatibilità esplicito dal giudice con riferimento anche ai principi generali di imparzialità, trasparenza, economicità e non solo alle previsioni normative espresse. Il rispetto di questi principi diventa ulteriore parametro di legittimità dell'azione amministrativa nella quale si fa rientrare l'esecuzione del contratto. In tal

modo, l'interesse pubblico pervade la fase esecutiva, evidentemente strumentale alla corretta realizzazione dell'opera pubblica in concreto ("a regola d'arte") che, in definitiva, è l'obiettivo finale della scelta (amministrativa) di farla eseguire a una determinata impresa. Si fa strada una concezione funzionale, non più contabilistica, del contratto. In realtà, *i menzionati principi di buona fede e correttezza, trasparenza, adeguatezza, economicità, sono definiti "generalisti" perchè si applicano a qualunque soggetto, pubblico o privato, in quanto radicati nel principio fondamentale di ragionevolezza, che costituisce una tecnica di giudizio presente nel bagaglio di qualsiasi giudice, e per questo ben possono definirsi di diritto comune.* Sotto questo profilo, sarebbe vano invocare la specialità del regime giuridico, soprattutto quando detta specialità sia prevista dal codice civile. Al riguardo è significativo l'art. 140 cod. app. che prevede che le stazioni appaltanti, nel caso di risoluzione dal contratto o di fallimento dell'appaltatore, "potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori". Si sostiene e a ragione che, in deroga all'art. 1372, comma 1°, cod. civ., l'inadempimento dell'appaltatore avrebbe effetto anche nei confronti dei terzi (i partecipanti non vittoriosi alla gara), ai quali sarebbe riconosciuto un interesse qualificato e azionabile in sede procedimentale a partecipare all'attività di vigilanza da parte della stazione appaltante sull'esatto adempimento del contratto, ai fini dell'adozione del provvedimento di recesso o risoluzione che è presupposto per l'esercizio del diritto allo scorrimento della graduatoria. *Tuttavia, la rilevanza del contratto nei confronti dei terzi non è un segno inequivocabile della natura speciale del contratto di appalto con la P.A. al punto di giustificare l'attrazione nell'area del diritto pubblico, com'è dimostrato dal fatto che la possibilità che il contratto possa produrre effetto nei confronti dei terzi è ammessa dall'art. 1372, comma 2°, cod. civ. "nei casi previsti dalla legge" e l'art. 140 cod. app. è uno di questi.* Allo stesso modo, appare in linea con il diritto comune la natura dei "poteri" della stazione appaltante di modificare il contenuto del rapporto durante il periodo di validità del contratto e di provocare unilateralmente lo scioglimento dello stesso. La stipulazione del contratto (o l'aggiudicazione definitiva nel regime anteriore al cod. app.) costituisce tradizionalmente lo spartiacque - implicitamente confermato dall'attribuzione al Tribunale dell'impresa delle controversie relative ai contratti pubblici di appalto, servizi e forniture di rilevanza comunitaria - tra la fase amministrativa dell'affidamento, nella quale l'interesse pubblico si connota come interesse legittimo, e la fase esecutiva, nella quale il rapporto tra le parti è paritario ed è governato dal diritto privato, seppur parzialmente modificato da norme speciali. E, come detto sopra, il riparto della giurisdizione tra i due giudici (ordinario e amministrativo) è solo una conseguenza sul piano processuale. In realtà, lo stesso riparto della

giurisdizione non è completamente fondato sull'idea che ogni controversia che sorga in epoca successiva alla stipulazione del contratto sia sempre giustiziabile davanti al giudice ordinario e mai davanti al giudice amministrativo, a scapito del principio di concentrazione della tutela giurisdizionale. Infatti, non mancano situazioni in cui è ammessa la giurisdizione amministrativa in controversie sorte dopo che il contratto sia stato stipulato, come in tema di revisione dei prezzi, di divieto di rinnovo tacito del contratto di appalto di lavori, servizi, forniture e, soprattutto, nei casi di esercizio del potere di autotutela - seppure parzialmente vincolato - per ragioni pubblicistiche connesse a valutazioni di legittimità del procedimento e, quindi, al potere di aggiudicazione (come nel caso di recesso a causa di infiltrazioni mafiose nella società appaltatrice, mentre dovrebbe riconoscersi la giurisdizione ordinaria nei casi in cui si assuma la mancanza in concreto dei presupposti per l'esercizio del potere di recesso). Al di fuori di queste ipotesi tassative, competente a decidere sul contratto (d'appalto) stipulato e sulla sua efficacia è il giudice ordinario, al quale spetta di decidere sull'esistenza dei vizi propri del contratto stesso e sull'efficacia degli atti risolutivi emanati dall'amministrazione, seppure motivati da ragioni di interesse pubblico, nonché sull'efficacia degli atti modificativi del contenuto delle prestazioni contrattuali che siano unilateralmente disposti dalla stessa amministrazione. Di regola, nella fase esecutiva, il potere (di autotutela c.d. privatistica) di provocare la risoluzione del contratto è certamente speciale, trattandosi di una deroga all'art. 1372 cod. civ. in base al quale, in generale, entrambi i contraenti sono vincolati alle obbligazioni assunte, non potendo il rapporto essere sciolto ad nutum per volontà di una delle parti. Tuttavia, *è lo stesso codice civile che attribuisce al committente il diritto (potestativo) di recesso* e ciò si spiega in relazione alla funzione dell'appalto, mediante il quale "si tende alla produzione di un bene che deve soddisfare a particolari esigenze del committente sarebbe oltremodo antieconomico vincolare quest'ultimo al contratto anche quando la cosa da produrre o già in corso di produzione non risponda più a motivi di sua convenienza; ingiustificato rigore sarebbe tenere il committente vincolato al contratto anche quando la ricchezza che deve essere appositamente prodotta per lui non presenti più, per lui, per qualsiasi ragione, utilità sufficiente". Si è correttamente rilevato che la facoltà "di risolvere in qualunque tempo il contratto", riconosciuta all'amministrazione dall'art. 345 L. n. 2248/1865, costituisce un diritto speciale, ma non ha una natura e funzione diversa dalla facoltà di recesso prevista dal codice civile. Analogamente, è in ragione della sopra ricordata funzione dell'appalto che il committente pubblico, come quello privato, è autorizzato ad introdurre unilateralmente modifiche nel corso del rapporto. Il contratto è aperto naturaliter a fonti integrative esterne. In altri termini, *la legge attribuisce alla stazione appaltante poteri di autotutela negoziale - quindi per definizione non amministrativi - non molto*

*diversi da quelli attribuiti al committente privato, nell'ambito di un rapporto che è paritario. In realtà, deve conversi con l'argomento che l'interesse pubblico che pervade anche la fase esecutiva, in funzione della natura e destinazione finale dell'opera, non assume i caratteri dell'interesse legittimo (la cui nozione è speculare a quella di potere amministrativo) proprio perché il potere (che si ritiene) autoritativo dell'amministrazione è stato già esercitato con il provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto. E anche l'adempimento della prestazione "a regola d'arte" costituisce oggetto di un interesse negoziale della stazione appaltante come contraente. In forza del ragionamento come sopra sviluppato, appare consequenziale giungere alla conclusione che, poiché non esiste alcuna disciplina di settore che regoli specificamente il caso del fallimento dell'appaltante nei contratti ad oggetto pubblico, ne discende che la sola norma applicabile è quella di cui all'art. 81 comma 1 L.F., secondo la quale "il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie". Per quanto attiene infine alle doglianze dell'opponente in ordine alle risultanze dello stato passivo, valga il vero. Nel verbale di approvazione del progetto di stato passivo relativo ai crediti insinuati tempestivamente con annessa declaratoria di esecutività, emesso il 4.2.2016, in relazione alla posizione n. 62 CSA scarl, fol. 15-16, né i curatori né il G.D. affermano che il "valore residuo non ammortizzato" al termine della concessione debba essere posto a carico del proponente il concordato fallimentare, a carico del quale in realtà non v'è e non vi deve essere alcun obbligo al riguardo. ma è altrettanto vero che, con i verbali 5/2014 e 12/2014 del C.D.A. CIRSUS, quest'ultimo organo ha semplicemente dichiarato, rispettivamente a fol. 9-10 e 10, che "il valore residuo non ammortizzato...verrà rimborsato dall'aggiudicatario della concessione di servizi che CIRSUS SPA ovvero il Commissario unico straordinario o l'Agir di cui, rispettivamente, agli artt. 3 e 4 L.R. 36/2013, avvierà nei termini più rapidi possibile per la gestione integrata dell'intero polo impiantistico cui si riferiscono l'AIA 23/2006 e le successive". Ne consegue che il soggetto debitore non è CIRSUS s.p.a., né l'attuale proponente, quanto piuttosto il "futuro aggiudicatario" della medesima concessione di servizi da assegnare nelle forme dell'evidenza pubblica. Ovviamente, ciò sarebbe valso qualora CIRSUS s.p.a. avesse proseguito nella sua attività fisiologica. A seguito del fallimento, il subentro nelle concessioni non riguarda l'aspetto delle aggiudicazioni future, poiché la procedura concorsuale è retta da regole sue proprie, tra le quali quelle che consentono la proposizione di concordati fallimentari, senza alcun vincolo a carico dei proponenti derivante da scelte o intenti di terzi. Del resto, i verbali sono del febbraio ed agosto 2014 ed in essi*



il c.d.a. assicurava in brevissimo tempo l'assegnazione della concessione servizi. Il fallimento è intervenuto ad oltre un anno di distanza: è alla gestione CIRSU dell'epoca, dunque, che va ascritta semmai la responsabilità di non essere riuscita in oltre un anno di tempo ad aggiudicare a terzi il servizio. E nulla può essere imputato alla curatela che dunque, analogamente al G.D., nel verbale dello stato passivo, si è limitata a riportare il passo dei due verbali c.d.a. sopra citati, limitandosi, correttamente, ad escludere che l'attuale fallimento CIRSU possa essere ritenuto quale soggetto debitore verso CSA scarl per il "valore residuo non ammortizzato". In sede di concordato fallimentare non vi è alcun aggiudicatario di concessioni; vi è una proposta che prevede la cessione alla proponente di tutti i beni, mobili ed immobili, materiali ed immateriali, i diritti reali, i crediti, nessuno escluso, nonché le azioni e le somme presenti nel patrimonio della società fallita, con tutte le Autorizzazioni Integrate Ambientali da essa possedute, da volturarsi in favore della Proponente, occorrenti alla realizzazione ed alla gestione delle seguenti attività: Costruzione, implementazione e gestione della nuova discarica comunale in Notaresco (TE) Località Casette di Grasciano ("Grasciano 2"); Gestione delle linee impiantistiche (Piattaforma di tipo "A", Impianto di riciclaggio e compostaggio, Impianto di recupero/ riciclaggio/smaltimento dei beni durevoli; Chiusura e gestione post-operativa della discarica di servizio ("Grasciano 1). D'altra parte, se è vero che i due verbali 5/2014 e 12/2014 del c.d.a. di CIRSU s.p.a. non integrano, sebbene sottoscritti da CSA scarl, altrettanti atti negoziali contrattuali, per mancanza di legittimazione attiva, ben può dubitarsi della efficacia vincolante di una semplice dichiarazione negoziale unilaterale. Si tratterebbe, infatti, di un vincolo che riguarderebbe la futura attività di terzi, non direttamente coinvolti da un atto o da un contratto intercorsi inter alios. E' evidente che, in assenza di specifiche norme di legge, nessun vincolo obbligatorio può nascere a carico di terzi non interessati né consenzienti ["res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest"], ex art. 1372 c.c. Né il vincolo può nascere a carico del dichiarante, poiché esso non ha assunto alcun obbligo di pagamento, al più assicurando, nella composizione dell'allora organo c.d.a., il proprio rapido intervento per la pronta individuazione di un terzo il quale, a seguito di regolare gara ad evidenza pubblica, avrebbe dovuto sobbarcarsi l'onere di "saldare" il conto con il concessionario precedente. In ipotesi, l'aggiudicatario sarebbe potuto anche essere lo stesso CSA scarl; come si vede, dunque, da quei due verbali non può nascere alcuna obbligazione per i terzi né per lo stesso CIRSU s.p.a. verso CSA scarl. In conclusione, tanto i principi generali, quanto la normativa, di settore e di diritto comune, vigente all'atto della conclusione dei contratti-concessione di servizi e lavori pubblici, quanto quella vigente attualmente, sia di livello statale che unionista, univocamente militano nel senso che il fallimento della stazione appaltante ovvero del concedente/committente non osta allo

scioglimento della concessione contratto anche nel caso di prestazione di durata, in applicazione dell'art. 81 comma 1 L.F., scioglimento che opera di diritto e non richiede alcun ulteriore adempimento da parte del curatore. La disciplina fallimentare costituisce diritto comune che si applica alle parti del concordato a prescindere dalle problematiche relative alla evidenza pubblica, che seguiranno a conformare nella fase esecutiva del rapporto la condotta del soggetto deputato a svolgere il servizio pubblico. Nel caso che ci occupa, essendo stata presentata una proposta di concordato fallimentare approvata dai creditori, questa non sarà in alcun modo vincolata *dall'interno* ai profili pubblicistici in funzione di controllo spettanti all'autorità amministrativa, mentre il servizio pubblico così svolto sarà soggetto, come in ogni altro caso, al potere *esterno* della pubblica amministrazione, anche di natura conformativa e di controllo, che si esplicherà a prescindere dal contenuto della proposta approvata od omologata, imponendosi al privato la cui attività d'impresa risulti funzionalizzata al perseguimento di un pubblico interesse. Conclusione, questa, perfettamente collimante con quanto statuito nel decreto non più impugnabile emesso dal Tribunale di Teramo con il decreto del 9.11.2016, reso nei procedimenti di reclamo ex art. 26 L.F. riuniti n. 4/2016 e n. 5/2016 proposti da CSA scarl, che ha qualificato come di diritto privato l'attività concessoria della fallita CIRSU s.p.a., affermando l'avvenuto scioglimento ope legis delle concessioni contratto e la mancanza di ogni vincolo derivante da esse per la successiva azione, anche strategica e programmatica, dei curatori.

7.5. Nell'ottica di accertare la sussistenza di profili di abuso dello strumento concordatario ovvero di violazione di norme imperative, oltre che di valutare gli aspetti critici versati negli atti oppositivi, occorre controllare la sussistenza delle garanzie richieste dall'art. 125 comma 1 L.F., sino ad ora peraltro non censurate con altri strumenti, in presenza del voto favorevole dei creditori che, di regola è idoneo a sanare ogni precedente *irregolarità* e tenuto conto che, in ogni caso, l'indicazione delle garanzie non costituisce più un requisito di ammissibilità della proposta, della quale non integra il contenuto minimo essenziale, che seguita ad essere rappresentato dalla ristrutturazione dei debiti e dalla soddisfazione dei crediti. La proponente DECO s.p.a. ha espressamente previsto, al paragrafo 5 "Pagamenti" (pagg. 22 e 23 del testo della proposta coordinato con le modifiche apportate in data 20.20.1026), che "il trasferimento del compendio patrimoniale attivo della società fallita alla proponente avverrà automaticamente - salvo i provvedimenti meramente attuativi del G.D. o del tribunale che dovessero rendersi necessari - al momento del passaggio in giudicato della sentenza di omologa del concordato. Tuttavia, considerata l'esigenza di attivare con ogni possibile celerità la nuova discarica di "Grasciano 2" - anche in considerazione del grave ed attuale pericolo di instabilità delle scarpate di contenimento della vasca, che presentano segni evidenti di

infiltrazioni di acque meteoriche - nonchè di riattivare le altre linee produttive, al fine di evitare lo svilimento del valore dei beni, *la gestione della suddetta discarica e delle suddette linee produttive sarà trasferita alla proponente dopo l'emissione del decreto di omologa, ancorchè non passato in giudicato*, ed una volta ottenuta quanto meno la voltura dell'AIA relativa alla nuova discarica di "Grasciano 2", previa liberazione dei relativi beni da ogni vincolo e rapporto contrattuale con soggetti terzi. *Contestualmente a tale consegna, la proposta prevede che venga rilasciata alla curatela, a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi concordatari, una fideiussione a prima richiesta di prima istituzione bancaria o assicurativa, di forma e contenuto di gradimento della curatela stessa, per un importo pari all'ammontare complessivo degli obblighi concordatari nei confronti dei creditori privilegiati e dei chirografari che risultino a quella data definitivamente ammessi e non contestati.* Nel successivo paragrafo 6 "Garanzie" (pagg. 23 e 24), è poi previsto che "a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi concordatari relativi ai crediti ammessi con riserva o sotto condizione e per quelli per i quali il procedimento di verifica (sia pure in sede di opposizione, impugnazione o revocazione) sia ancora in corso, *la proponente, a richiesta dei curatori, entro sessanta giorni dalla intervenuta definitività del decreto di omologa, consegnerà alla curatela un'ulteriore fideiussione a prima richiesta, bancaria o assicurativa, di forma e contenuto di gradimento della curatela, per un importo complessivo pari al 40% delle somme eventualmente dovute per i crediti il cui accertamento sia ancora pendente.* A seguito di ciascun pagamento, i curatori autorizzeranno, su richiesta della proponente, la riduzione della fideiussione in maniera che rimanga rispettata la proporzione di cui sopra. Risulta quindi che DECO s.p.a. ha offerto due garanzie (fideiussioni bancarie o assicurative a prima richiesta); in particolare la prima, quella relativa all'adempimento degli obblighi concordatari, sarà rilasciata *prima del trasferimento del compendio immobiliare e del passaggio in giudicato del decreto di omologazione* e, precisamente, subito dopo la pronuncia del decreto di omologa e contestualmente alla consegna della discarica di Grasciano 2 e delle linee produttive. Ovviamente, come sempre in caso di grave inadempimento, qualora DECO s.p.a. non costituisca le garanzie promesse, ciascun creditore potrà chiedere, ai sensi dell'art. 137 L.F., la risoluzione del concordato.

7.6. Tra gli atti della procedura contestati dal comitato dei creditori, che sul punto ha pure richiesto apposito parere all'avv. LUIGI CESARO, legale del gruppo ZEPPIERI COSTRUZIONI s.r.l., presidente del C.d.C. [cfr. fol. 2 del verbale di riunione n. 29 del 17.5.2017], v'è stato il decreto del G.D. del 8.3.2017 che, su richiesta dei curatori ed in applicazione dell'art. 125 comma 2 penultimo periodo L.F., ha disposto la comunicazione ai creditori della proposta DECO s.p.a., esclusa dal C.d.C., nonostante l'iniziale parere negativo dello stesso comitato dei creditori. *Giova peraltro*

*ricordare che la proposta di concordato DECO s.p.a., a seguito della modifica del 20.10.2016, ha ricevuto il parere favorevole, oltre che dei curatori, anche del comitato dei creditori, che l'ha ritenuta, pertanto, conveniente rispetto alla liquidazione concorsuale, come risulta dal verbale n. 15 del 23.11.2016: detto parere costituisce condizione di procedibilità della proposta.* E tuttavia, il medesimo comitato dei creditori, pur avendo espresso parere favorevole con riguardo a tutte e tre le proposte di concordato, ha scelto, per la comunicazione ai creditori, solo quelle presentate da CSA e da DILECO, escludendo la proposta DECO senza spiegare le ragioni di una simile esclusione. L'intervento del giudice delegato riceve legittimazione dallo stesso art. 125 comma 2 penultimo periodo L.F., che espressamente, dopo avere premesso che spetta al comitato dei creditori di scegliere la proposta o le proposte più convenienti da sottoporre all'approvazione dei creditori, aggiunge che "su richiesta del curatore, il giudice delegato può ordinare la comunicazione ai creditori di una o di altre proposte, tra quelle non scelte, ritenute parimenti convenienti". E' quindi il legislatore stesso ad attribuire al G.D. un potere di valutazione e di comparazione di merito, di convenienza, e non solo di mera legittimità, delle proposte. Ciò è stato evidentemente previsto al fine di controbilanciare il potere di scelta del C.d.C., che sarebbe stato eccessivamente unilaterale, nella sostanza trasmodando in un vero e proprio diritto di veto, ammettendo un sindacato di merito da parte dell'organo giurisdizionale, unico soggetto "super partes" e terzo rispetto agli interessi delle parti coinvolte nella procedura. Del tutto erronea è al riguardo la tesi del legale del C.d.C., il quale in primo luogo richiama l'art. 125 comma 1 L.F., che non ha alcuna attinenza nel caso di specie, sostenendo che il controllo del giudice delegato è di mera legittimità; ed in secondo luogo, afferma che il G.D. avrebbe dovuto, in presenza di una carenza motivazionale, invitare il C.d.C. a procedere ad una nuova deliberazione: potere, questo sì, non previsto da alcuna norma di legge. In realtà, il G.D. ha agito, su richiesta dei curatori, al fine di consentire la deliberazione dei creditori su di una proposta che presentava un livello di garanzie e di fattibilità non inferiori a quelli che caratterizzavano le altre proposte: la sostanziale omogeneità delle tre proposte complessivamente considerate e la convenienza di esse rispetto all'alternativa liquidatoria, imponeva dunque che i creditori si esprimessero su tutte e ciascuna di esse. Il riferimento al difetto assoluto di motivazione in merito alla esclusione della proposta DECO s.p.a., integra piuttosto gli estremi del "presupposto" sulla base del quale si sono attivati prima i curatori e successivamente il G.D.; in altri termini, è stata la circostanza, contestuale alla esclusione, che ha spinto gli organi della procedura a vagliare la pari convenienza della proposta di DECO s.p.a. D'altronde, se l'intervento del G.D. non fosse stato valutato come conforme a legge, nulla avrebbe impedito agli interessati di proporre reclamo ex art. 26 L.F., come da taluno sostenuto in dottrina. Quanto al potere di intervento del G.D. al fine di

sottoporre al voto dei creditori proposte non scelte dal C.d.C., ritenute parimenti convenienti, esso sembra essere posto a tutela di interessi superindividuali, posto che il reclamo ex art. 36 L.F. da parte della proponente esclusa contro l'atto di scelta del C.d.C. avrebbe potuto investire la sola legittimità di esso, non anche il merito, stanti i limiti del rimedio impugnatorio in questione.

7.7. Da ultimo, ma non meno importante, occorre affrontare e risolvere la questione, sollevata da tutti gli oppositori, della legittimità delle operazioni di voto per essere risultato determinante il voto del creditore AIA spa espresso in conflitto di interessi. Deve essere premesso che il Tribunale è chiamato a giudicare del ricorso per omologa presentato da DECO s.p.a. in relazione alla proposta di concordato fallimentare risultata approvata dalla maggioranza dei creditori votanti. La richiesta di omologa presentata da DILECO s.r.l. ed avente ad oggetto la proposta da essa presentata e non votata dalla maggioranza dei creditori non può essere deliberata e deve essere dichiarata inammissibile [arg. ex art. 129 comma 2 L.F., in combinato disposto con gli artt. 125 comma 2 e 128 ultimo comma L.F., dai quali si desume che *nel caso di pluralità di proposte unica legittimata attiva a chiedere l'omologazione è la parte la cui proposta sia stata approvata dalla maggioranza dei creditori e tenuto conto che nel caso in cui la votazione non abbia premiato una proposta con la maggioranza dei voti, la procedura viene archiviata senza che possa essere stabilito alcun contraddittorio e che sia consentito alcun rimedio preventivo al provvedimento di improcedibilità*].

Nell'attuale sistema concordatario non si rileva una norma specifica che individui e tipizzi espressamente l'istituto del conflitto d'interessi, limitandosi il legislatore a dettare singole ipotesi di esclusione dal voto all'art. 127, commi 5 e 6, L.F. Conviene muovere dalla nozione generale di conflitto di interessi, in forza della quale esso si manifesta ogniqualvolta il soggetto chiamato ad agire in conformità a un interesse individuato dalla legge come meritevole di tutela si trovi ad essere portatore, per conto proprio o di terzi, di istanze ulteriori, in (quantomeno potenziale) contrasto con l'interesse protetto dalla norma. I casi paradigmatici conosciuti dal nostro ordinamento sono quelli del conflitto tra il rappresentante e il rappresentato (art. 1394 c.c.), nonché quelli che si ravvisano nel contesto societario: in particolare del socio in assemblea (artt. 2373 e 2479-ter, comma 2, c.c.) e dell'amministratore in consiglio (artt. 2391 e 2475-ter c.c.). In queste ipotesi il conflitto si traduce in una patologia del rapporto: il contratto concluso dal rappresentante controinteressato è suscettibile di annullamento, su istanza del rappresentato e a condizione che il conflitto fosse conosciuto dal terzo (o, comunque, questi potesse riconoscerlo); parimenti impugnabili sono le deliberazioni dell'assemblea o del consiglio di amministrazione assunte con il contributo dell'azionista o dell'amministratore in conflitto (ferme le speciali disposizioni in materia di *disclosure* e obblighi di motivazione di cui all'art. 2391 c.c.). Con specifico riferimento ai

concordati, fallimentare e preventivo, si è affermato che *il conflitto di interessi tra creditori si configura quando, in occasione del voto su una proposta di concordato fallimentare o preventivo, il creditore si trovi ad essere portatore di due diversi interessi: l'uno tendenzialmente comune a tutti i creditori, diretto alla migliore regolazione del dissesto e alla massimizzazione della percentuale di soddisfazione della massa, l'altro, personale del singolo creditore, non compatibile con il primo, riconducibile alla sua specifica posizione*. Ancorché la circostanza che l'adunanza dei creditori ex art. 127 L.F. sia retta dal principio maggioritario possa indurre – in astratto – ad accostarla all'assemblea dei soci di società di capitali, come detto con riguardo alla prima il legislatore ha ritenuto di non dettare alcuna norma in tema di conflitto di interessi. Com'è noto, infatti, l'art. 127, comma 5, l. fall. si limita a stabilire l'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze del coniuge del debitore, dei suoi parenti e affini fino al quarto grado, nonché dei cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato. La stessa disciplina si applica ai crediti delle società controllanti o controllate o sottoposte a comune controllo. In altre parole, si prevede soltanto l'esclusione *automatica* dal voto, oltre che del debitore (che può considerarsi *in re ipsa*), dei soggetti a lui riconducibili; e ciò allo scopo d'impedire, evidentemente, che proponente e destinatario dell'offerta vengano, di fatto, a coincidere, con conseguente "corto circuito" del meccanismo di approvazione del concordato (che si tradurrebbe, nella sostanza, nella stipulazione di un negozio dell'imprenditore con sé stesso). A tale stregua, l'unico conflitto che – stando al tenore letterale della disposizione – la legge sembra ritenere rilevante ai fini del voto nel concordato fallimentare attiene al legame tra creditore e debitore, mirandosi a impedire che chi approvi la proposta sia mosso dall'interesse di favorire l'imprenditore, anziché da quello, tipico del creditore, di aderire a una soluzione delle crisi davvero conveniente. Alla luce del quadro normativo determinato dalla riforma, si è sviluppato un ampio dibattito avente ad oggetto la possibilità di far ricorso alla disciplina del conflitto di interessi nell'ambito del concordato fallimentare [e preventivo], mutuando – nella sostanza – le regole previste per il voto dei soci nell'assemblea della società per azioni. In questa cornice, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità, la prevalente giurisprudenza di merito e una consistente parte della dottrina sono sinora addivenute alla conclusione dell'inapplicabilità della suddetta disciplina nel concordato preventivo. Tale impostazione, poggia sul presupposto che il contesto dell'adunanza è per natura dialettico e, quindi, deputato alla comparazione e, se del caso, allo "scontro" tra interessi non coincidenti: esiste sempre – per definizione – una disomogeneità tra la posizione del debitore e quella del creditore chiamati a verificare la possibilità di raggiungere un accordo, sia pure in forme peculiari, circa la rinegoziazione dell'obbligazione. Il primo mira, tanto più laddove si preveda la continuazione

dell'attività, con conseguente conservazione di una parte del patrimonio dell'imprenditore in capo al medesimo, a ottenere il consenso del secondo contenendo al massimo l'esborso; il creditore tende, al contrario, a massimizzare il proprio ricavo. L'insuperabilità del conflitto tra creditore e debitore rende dunque superflua (quando non addirittura contraddittoria) l'invocazione del conflitto d'interessi, non a caso disciplinato dal legislatore soltanto quando – come si è visto – si assegni a un determinato soggetto (il rappresentante, il socio o l'amministratore) il compito di adottare scelte idonee a perseguire un interesse terzo meritevole di tutela (rispettivamente, quello del rappresentato e della società). L'unico precedente di legittimità relativo al tema oggetto d'indagine è costituito dalla sentenza n. 3274 del 10 febbraio 2011 con la quale la Suprema Corte, in riferimento specifico al concordato fallimentare, ha categoricamente escluso la configurabilità del conflitto di interessi in ambito concordatario. Secondo la Suprema Corte, l'esistenza di una posizione di conflitto di interessi tra soggetti acquisisce giuridica rilevanza quale causa di vizio di un atto o di fonte di risarcimento del danno non in ogni caso, bensì solamente in presenza di un contrasto tra un "centro autonomo di interessi (sia esso dotato o meno di personalità giuridica) e il suo rappresentante e, dunque, quando un stesso soggetto compia un atto o manifesti una volontà rivestendo contemporaneamente due ruoli che potenzialmente potrebbero comportare scelte differenti". Precisa, inoltre, la Corte che la situazione di conflitto per essere rilevante deve essere valutata sulla base dei principi giuridici sanciti in tema di società di capitali alla luce di quanto dettato dall'art. 2373 c.c. Ne discende che un eventuale conflitto dovrà essere esaminato con riferimento "non a confliggenti interessi dei soci, bensì ad un eventuale contrasto tra l'interesse del socio e l'interesse sociale inteso come l'insieme degli interessi riconducibili al contratto di società." Sulla base di tali premesse, i giudici di legittimità affermano che in ambito concordatario "nulla di tutto questo è ravvisabile nel rapporto tra creditori uti singuli e quali appartenenti alla massa nel momento in cui si esprimono nell'ambito dell'assemblea dei votanti". Ciò per l'assorbente ragione che "il fallimento non è un soggetto giuridico autonomo " di cui i creditori siano in qualche modo partecipi e "il complesso dei creditori concorrenti viene costituito in corpo deliberante in modo del tutto casuale e involontario così che non è avvinto da alcun patto che comporti la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli". In altri termini il conflitto d'interessi presuppone che vi sia un interesse collettivo contrapposto ad un interesse individuale; l'interesse collettivo, a sua volta, richiede che vi sia un soggetto giuridico che ne sia il titolare; il fallimento o la massa dei creditori non costituiscono un soggetto giuridico autonomo che possa essere titolare di un proprio interesse. Ne consegue, secondo la Corte di Cassazione, che non è configurabile un conflitto d'interessi fra creditori nel fallimento (e nel sistema concordatario). Particolarmente rilevante, e citato da una

espressione utilizzata da Corte Cost., 22 aprile 1986, n. 102, è, inoltre, il passaggio argomentativo secondo cui ogni creditore nell'ambito della tutela del proprio credito è "homo homini lupus", potendo legittimamente valutare solo il proprio interesse e rappresentando unicamente sé stesso. In questa prospettiva *le norme previste nel sistema concordatario in merito alle esclusioni dal voto (artt. 127 e 177 L.F.) avrebbero natura eccezionale e non sarebbero* suscettibili di alcuna interpretazione o applicazione estensiva: "la partecipazione al voto è la norma, mentre l'esclusione è l'eccezione e deve essere espressamente prevista". Del resto, secondo la pronuncia in esame, un conflitto tra i creditori è interno al sistema "posto che è normale che la massa attiva sia insufficiente per il soddisfacimento integrale dei creditori e che quindi sia interesse di ciascuno di loro, al fine di garantire il proprio maggior soddisfacimento, opporsi al riconoscimento del credito altrui". Il carattere tassativo della disposizione di cui all'art. 177, comma 4, l. fall., oltre ad essere propugnato dalla Cassazione, è condiviso dalla prevalente dottrina e da ampia parte della giurisprudenza di merito [cfr. da ultimo Trib. Mantova, 7.3.2012; Trib. Milano, 18.1.2011; App. Napoli, 19.5.2009; Trib. Reggio Emilia, 1 marzo 2007]. In precedenza, anche questo Tribunale, con decreto 24 giugno 2014, ha affermato [massima] che "in sede di approvazione della proposta di concordato (sia fallimentare che preventivo) non è configurabile un conflitto di interessi tra creditori atteso che, nella fase concorsuale, non esiste un interesse del ceto creditorio, inteso come centro autonomo di imputazione, né è ravvisabile un patto tra i creditori idoneo a identificare un comune interesse, trattandosi di una sorta di "comunità involontaria". Nella motivazione della decisione, per la verità, questo Tribunale aveva anche rilevato che "le opinioni contrarie...finiscono con lo scontrarsi sempre, inevitabilmente, con il divieto per il Tribunale di sovrapporre un proprio giudizio di merito sulla esistenza in concreto di un pregiudizio per i creditori rinveniente dalla omologazione di un concordato votato da creditori in preteso conflitto di interessi. Né appare infondata la tesi che limita la possibilità di sanzionare un eventuale abuso del diritto di voto all'interno dell'adunanza dei creditori, facendo ricorso alla esclusione dal voto ovvero all'inserimento in una classe separata dei creditori in conflitto, non potendo viceversa il conflitto essere valutato e sanzionato dal Tribunale in sede di omologazione. Infine, è appena il caso di osservare come nel caso di specie un abuso del diritto di voto così come un voto in conflitto di interessi deve essere escluso, per la ragione che esso non è provato documentalmente.....non viene in alcun modo indicato in cosa consisterebbe il conflitto di interessi con la massa, in cosa la violazione del principio di buona fede oggettiva e di abuso del voto. A monte, infatti, non si è in grado di stabilire quale sia in concreto nel caso di specie l'interesse del ceto creditorio inteso come centro autonomo di interessi. E, qualora il Tribunale si cimentasse nel tentativo di stabilirlo, compirebbe certamente un atto unilaterale d'imperio,



arbitrario, sovrapponendo il proprio giudizio di merito [convenienza/fattibilità economica] a quello rimesso in via esclusiva all'adunanza dei creditori". Il rischio, paventato dai fautori della tesi della irrilevanza del conflitto di interessi nella approvazione del concordato fallimentare, è di conferire rilievo all'eterogenea pluralità degli interessi particolari dei creditori (come insegna la comune esperienza, infatti, è raro ravvisare una perfetta omogeneità tra le singole posizioni dei creditori), moltiplicando le fattispecie di conflitto. E si citano aspetti quali l'interesse a non subire le revocatorie fallimentari o le azioni risarcitorie che verosimilmente sarebbero coltivate dal curatore; quello a proseguire i rapporti commerciali con l'imprenditore dopo l'omologazione o, al contrario, all'eliminazione dal mercato di un concorrente. Difetterebbe poi l'"*eadem ratio*" per applicare le regole dettate in materia di assemblea dei soci: mentre con riguardo ai soci si pone la necessità di scongiurare che gli stessi esercitino le proprie prerogative in vista di un interesse diverso da quello della società (che gli stessi sono chiamati a perseguire, se del caso antepoendolo al proprio interesse particolare, in virtù delle obbligazioni assunte con la sottoscrizione del contratto sociale), i creditori sono chiamati – ben diversamente – a valutare la convenienza della proposta, senza essere stretti dal vincolo dell'osservanza di alcun interesse terzo. In questo caso, infatti, non vi è alcuna comunione di scopo, ma unicamente un vincolo obbligatorio assunto dal debitore che, una volta divenuto tale, ha accettato di potersi liberare soltanto mediante l'esatto adempimento o, comunque, mediante una prestazione che il creditore reputi, nell'esercizio della propria discrezionalità (e fermo il principio maggioritario insito nella procedura di concordato), idoneo a raggiungere lo scopo. Nel caso che ci occupa, *due sono soprattutto i profili rilevanti ai fini di un possibile conflitto di interessi*: DECO s.p.a., è al tempo stesso creditore della fallita e proponente, sicchè, votando favorevolmente alla propria proposta, *nell'ottica contrattualistica che vede nella votazione una sorta di accettazione della proposta stessa*, agirebbe come un contraente con sé stesso, dando luogo ad un atto annullabile ai sensi dell'art. 1395 c.c., considerata quale norma in materia di rappresentanza espressione di un principio più generale di divieto del conflitto di interessi. Così espressa, tuttavia, la critica sembra provare troppo, sia perché non è dato rinvenire un principio generale che, fuori delle norme specifiche di riferimento, vieti il compimento di atti in conflitto di interessi [e d'altra parte, con riferimento specifico all'art. 1395 c.c., nel caso che ci occupa neppure sarebbero individuabili un rappresentato che subisca l'agire "sospetto" del rappresentante], sia perché lo stesso contratto con se stesso concluso da rappresentante è valido qualora, come previsto dallo stesso art. 1395 c.c., sussista autorizzazione specifica del rappresentato ovvero predeterminazione adeguata del contenuto del contratto, tale da impedire abusi del rappresentante ai danni del rappresentato [cfr. Cass. n. 6398/2011]. A questo argomento è poi possibile obiettare, ed è stato

infatti obiettato in termini convincenti, che “il voto sulla proposta di concordato non comporta la stipula di un contratto di ogni singolo creditore con il proponente, ma, semmai, con il complesso dei creditori, con l’effetto giuridico per cui il concordato omologato vincola anche i creditori dissenzienti (L. Fall., articolo 135), ossia anche quelli che non hanno aderito alla proposta” [Cass., ord. 9411/2017, punto 16]. Più in generale, *si afferma la sussistenza di conflitto di interessi in capo al proponente che sia anche creditore o che veda tra i creditori ammessi al voto, parti ad esso correlate*. Infatti, DECO s.p.a., creditore proponente che ha votato a favore della propria proposta, controlla AIA s.p.a., altro creditore votante, al 62,88%, controllo quindi rilevante ai sensi dell’art. 2359 c.c., e la circostanza non è contestata. AIA s.p.a., tra l’altro, ha anche rinunciato al privilegio pur di votare favorevolmente alla proposta DECO s.p.a. e contro la proposta di DILECO s.p.a., dimostrando così di agire in evidente conflitto di interessi. L’opponente DILECO s.r.l. fa anche rilevare che, eliminando dai crediti ammessi al voto quelli di DECO s.p.a. e AIA s.p.a., DECO s.p.a. seguirebbe sì ad avere ottenuto la maggioranza dei voti [61,88%], ma si tratterebbe di una percentuale inferiore a quella che, a quel punto, avrebbe invece ottenuto DILECO s.r.l. [63,27%]. Ed anche questi calcoli non sono stati contestati da alcuno. Osserva peraltro il Tribunale che, una volta ritenuto condivisibile il ragionamento seguito da DILECO s.r.l. in punto di prova di resistenza, nel senso dell’allargamento a valutare *non solo il superamento della maggioranza assoluta dei voti da parte di DECO s.p.a., ma, trattandosi di votazione su pluralità di proposte, anche la inesistenza di altre proposte maggiormente votate una volta depurato il meccanismo di voto da potenziali fonti inquinanti incidenti sulla regolarità dello stesso*, ovviamente questo non conduce a ulteriormente ritenere che, qualora dovesse essere riconosciuto come rilevante in sede di concordato fallimentare il conflitto di interessi, allora possa essere presa in considerazione il ricorso per omologazione che DILECO s.r.l. ha presentato *in favore della propria proposta*, oltre ad opporsi all’omologa di quella di DECO s.p.a. Giova ribadire, infatti, che in questa sede uno e uno solo è il ricorso per omologa oggetto della delibazione del Tribunale, quello presentato dalla parte che ha ottenuto il maggior numero di voto per la propria proposta secondo quanto certificato dai curatori. Considerata quindi rilevante la questione del conflitto di interessi per essere stato dimostrato che la proposta di DECO s.p.a. non supererebbe la prova di resistenza intesa *nel senso allargato come sopra descritto*, occorre verificare se possa confermarsi o meno la irrilevanza del conflitto di interessi in sede di votazione delle proposte di concordato fallimentare. In effetti, il quadro normativo come sopra delineato si è arricchito della recente riforma della Legge Fallimentare (D.L. 27 giugno 2015 n. 83), che ha apportato rilevanti modifiche all’istituto del concordato *preventivo* introducendo la facoltà per i creditori di presentare, a determinate condizioni

di seguito brevemente analizzate, una proposta di concordato concorrente a quella del debitore. Invero, ai sensi del novellato art. 163, l. fall., uno o più creditori che rappresentino almeno il 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'art. 161, comma 2, l. fall. (requisito soggettivo), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori. Prosegue la norma stabilendo che le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili qualora il professionista di cui all'art. 161, comma 3, l. fall. attesti che la proposta avanzata dal debitore assicuri il pagamento di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari o, nel caso di concordato con continuità aziendale, almeno il 30% (requisito oggettivo). Con specifico riferimento alla figura del creditore proponente il legislatore si è premurato di specificare, al comma 6 dell'art. 163 l. fall., che i creditori che presentano una proposta di concordato concorrente hanno diritto al voto sulla medesima solo ed esclusivamente se collocati in un'autonoma classe. In materia di concordato fallimentare, invece, la possibilità per il creditore di presentare una proposta è prevista, già da tempo, dall'art. 124 L.F. (a seguito della riforma di cui al D. Lgs. n. 169 del 12 settembre 2007). Tuttavia, mentre per il concordato preventivo, con la novella del 2015, sono state introdotte alcune contromisure volte ad immunizzare i possibili effetti pregiudizievoli sorti in conseguenza del conflitto di interessi tra creditori (ci si riferisce, in particolare, all'obbligo di inserire il creditore proponente in un'autonoma classe), diversamente, per il concordato fallimentare, alcun intervento è stato operato, ciò che per taluno è alla base di una evidente disparità tra i due istituti. E forse proprio questa apparente disparità di trattamento, della quale non si fa carico la dottrina che pure è attenta a tratteggiare la differenza tra la votazione delle proposte nel concordato fallimentare e quella assembleare in ambito societario, è all'origine della ordinanza della Corte di Cassazione n. 9411 del 12 aprile 2017, la quale così si esprime: "La questione sottoposta all'esame di questa Corte intende far espressamente rivedere l'unico precedente della Corte che si sia, in qualche misura, espresso sul punto, ossia la sentenza di questa stessa sezione n. 3274 del 2011, secondo cui, nel concordato, "la partecipazione al voto è la regola, mentre l'esclusione dallo stesso deve essere espressamente prevista", sulla base del presupposto, ritenuto erroneo dagli odierni ricorrenti e necessario di un ripensamento, secondo il quale il fallimento non sarebbe nè un soggetto giuridico autonomo e nè una comunità volontaria e non potrebbe dirsi esistente alcun conflitto di interessi in ambito concordatario: sia perchè la massa dei creditori non potrebbe essere personificata e sia perchè essa non potrebbe dirsi centro di imputazione di interessi. Ma – secondo il Collegio – la questione, con i ricorsi che la pongono, vanno rimessi all'esame del Primo Presidente della Corte di Cassazione perchè valuti la sua eventuale assegnazione alle Sezioni Unite Civili, per la soluzione di una

questione di massima di particolare importanza, ai sensi dell'articolo 374 c.p.c., comma 2, ult. parte, sintetizzata nel ragionamento che segue. Il precedente di questa Corte appena richiamato, infatti, ha visto nascere un cospicuo dibattito dottrinale che, in misura non trascurabile, ritiene che il divieto per il proponente e i creditori "parti correlate" di votare nel concordato sia implicito nel sistema, al di là della lettera della legge, in rapporto all'interesse comune al ceto creditorio chirografario di massimizzare la percentuale di soddisfazione del proprio credito, che potrebbe essere del tutto svilita ove le "parti correlate" al soggetto proponente abbiano raggiunto la quota maggioritaria dei crediti ammessi al voto. In tal modo, emergerebbe l'interesse comune dei creditori costituito dal rispetto delle regole della concorsualità e della migliore regolazione del dissesto, con parità di condizioni fra i creditori chirografari, con la vantaggiosa valutazione comparativa della convenienza della proposta concordataria e della massimizzazione del ricavato. Cosicché il conflitto di interessi emergerebbe non solo laddove la legge ne parla espressamente ma anche in quelle situazioni in cui si dovrebbe fare applicazione delle regole civilistiche. Di contro, invece, si può osservare che il conflitto di interessi assume rilevanza solo quando sia occasionale, non quando sia necessariamente connesso ad una qualifica soggettiva del legittimato al voto. Osserva, in conclusione, il Collegio che la complessità e la rilevanza delle questioni residue, proposte con i detti quattro mezzi di cassazione (anche rispetto all'istituto del concordato preventivo), comportano, per la loro soluzione, la definizione di questioni di massima di particolare importanza, ai sensi dell'articolo 374 c.p.c., comma 2, ult. parte, che impongono la trasmissione dei procedimenti riuniti al Primo presidente per le sue valutazioni". L'ordinanza della Cassazione fa menzione dell'importante dibattito dottrinale che si è articolato negli anni sul tema del creditore proponente e del voto delle parti ad esso correlate nel concordato fallimentare ed in quello preventivo. Invero, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, sarebbe possibile applicare l'istituto del conflitto di interessi anche nel sistema concordatario e, dunque, anche in relazione alla posizione del creditore proponente il concordato. Si afferma infatti che la massa dei creditori sarebbe dotata di una sorta di soggettività giuridica e che sia possibile superare l'apparente ostacolo di ordine testuale rappresentato dalla mancanza di una norma espressa che disciplini il conflitto di interessi nell'ambito del concordato in base ad una interpretazione estensiva dell'art. 2373 c.c. e dei principi generali di buona fede e correttezza. Secondo l'orientamento in esame, se da un lato è vero che il fallimento (inteso come massa dei creditori) non è un autonomo soggetto di diritto dotato di una propria capacità giuridica come invece lo sono le società, dall'altro lato è altrettanto vero che vi sono numerosi indici giurisprudenziali che permettono di configurare il fallimento come un centro autonomo di interessi distinto da quello dei singoli componenti o come collettività organizzata, sino ad ammettere che

sussiste in capo alla massa dei creditori un interesse collettivo, che, come tale, trascende quello dei singoli creditori, con il quale, anzi, può pure entrare in conflitto. Si fa l'esempio dell'art. 40 L.F. che – in tema di composizione e nomina del comitato dei creditori – individua un interesse comune di tutti i creditori, rispetto al quale l'interesse proprio del singolo componente il comitato può porsi in conflitto; dell'art. 37-bis L.F., che disciplina la «sostituzione del curatore» ad istanza dei creditori, e prevede che «dal computo dei crediti ... sono esclusi quelli che si trovino in conflitto di interessi»; dell'art. 28, comma 3, l. fall., il quale prevede che «non poss[a] essere nominat[o] curatore ... chiunque si trovi in conflitto di interessi con il fallimento»; dell'impugnazione del provvedimento di liquidazione del compenso del curatore; dell'interesse della massa dei creditori quando occorre valutare l'opportunità della presentazione di un'azione revocatoria fallimentare da parte del curatore (cfr. Cass. SS. UU. 28 marzo 2006, n. 7028); della verifica dello stato passivo, allorché si controverta in ordine all'inopponibilità al fallimento della scrittura priva di data certa; dell'azione revocatoria fallimentare (nella valutazione dell'interesse ad agire del curatore); dell'art. 111 L.F., quando si debba stabilire se una certa spesa rientri (o meno) tra i crediti prededucibili. Ancora, in tema di concordato preventivo, quando si discute circa la sussistenza degli «atti in frode» di cui all'art. 173 L.F., idonei a revocarne l'ammissione, si ha riguardo a comportamenti lesivi non già della posizione del singolo creditore, bensì della massa, intesa nella sua connotazione di integralità dei creditori. Secondo questa interpretazione, insomma, le pretese dei creditori si pongono in contrapposizione l'una con l'altra, in modo per così dire istituzionale, solo all'atto ed in sede di verifica dei crediti (nella fase dell'ammissione, cioè); superata la quale, tuttavia, l'interesse dei creditori diventerebbe comune, estrinsecandosi nella massimizzazione della percentuale di soddisfazione del proprio credito, oltre che nella sua più rapida realizzazione. Pertanto, si osserva, se il fallimento può essere titolare di un proprio interesse nel momento in cui si decide, ad esempio, del compenso del curatore, non si comprende per quale ragione lo stesso fallimento (o la massa dei creditori) cesserebbe di essere un centro autonomo di interessi quando i creditori sono chiamati a manifestare il proprio voto sulla proposta di concordato. In una collettività di diritto privato che decide su base maggioritaria, la configurabilità di un conflitto di interessi non richiede che la collettività sia qualificabile come un soggetto giuridico autonomo titolare di un interesse, essendo sufficiente che sia individuabile un interesse tipico del gruppo in quanto tale, con cui si ponga in conflitto l'interesse atipico di un componente del medesimo gruppo come terzo estraneo. E' ben vero che la Cassazione insiste in sostanza sulla natura «adespota» dell'interesse collettivo dei creditori votanti nel concordato, il che non sarebbe ammissibile, non potendo esistere interesse senza un soggetto che ne sia titolare. Si ribatte tuttavia che anche in ambito societario, il conflitto

d'interessi del socio non richiede l'intestazione dell'interesse sociale in capo ad un autonomo soggetto giuridico, perchè il conflitto non è quello che intercorre tra l'interesse del socio e l'interesse della società in sé, quanto quello tra l'interesse esclusivo e non condiviso con gli altri di cui il socio è portatore in forza di una posizione esterna al rapporto sociale e l'interesse di cui lo stesso socio è portatore in quanto appartenente alla collettività sociale e, quindi, comune anche agli altri soci. Se si condivide, si osserva, l'approdo cui si sono attestati dottrina e giurisprudenza dominanti in tema di identificazione dell'interesse sociale ex art. 2373 c.c., viene a perdere di rilievo il problema della mancanza di soggettività della massa dei creditori. Allo stesso modo in cui l'interesse sociale va identificato con l'interesse comune dei soci in quanto partecipanti alla compagine sociale, senza alcuna intestazione di questo interesse alla società - persona giuridica, così l'interesse collettivo della massa dei creditori può essere identificato nell'interesse comune dei creditori in quanto ammessi a partecipare al concorso, senza la necessità di andare alla ricerca di un ente cui imputare il detto interesse. Si predica, quindi, l'assenza di ostacoli alla configurabilità di un interesse comune dei creditori che possa contrapporsi all'eventuale interesse individuale in conflitto del singolo creditore. Su questi presupposti logici, si afferma la legittimità di una applicazione analogica della disciplina societaria di cui all'art. 2373 c.c. all'ambito concordatario. Ed è sulla base di tali premesse argomentative che si sostiene debba essere valutato il tema della soggettività della massa dei creditori: se l'interesse sociale va identificato con l'interesse comune dei soci in quanto partecipanti alla compagine sociale (e non alla società quale persona giuridica), parimenti l'interesse collettivo della massa dei creditori può essere identificato senza che sia necessario ricercare un ente cui imputare detto interesse. Nello specifico, tale interesse comune sarebbe "rappresentato dal fatto che tutti i creditori sono attinti dalle regole della concorsualità e che, in questo contesto, ciascun creditore è consapevole che il proprio diritto è condizionato dai diritti altrui nel rapporto interno". Secondo altra prospettazione, sarebbe possibile ed utile anche in ambito concordatario applicare i principi della correttezza e della buona fede oggettiva [artt. 1175 e 1375 c.c.], dal momento che la votazione dei creditori costituisce una manifestazione della loro autonomia privata, come tale rientrando pienamente nel campo di applicazione delle predette norme [cfr. nello stesso senso, decreto Tribunale di Verona del 27 marzo 2013, in Fall., 2014]. Secondo altri, ancora, la circostanza che in tema di concordato il conflitto di interessi non sia stato tipizzato quale principio generale non deve spingere a negarne tout court l'esistenza. In termini astratti, è la regola della maggioranza, che guida ed informa (anche) il sistema della votazione della proposta di concordato - per cui il dissenziente deve accettare la decisione espressa dalla volontà dei più -, a rendere necessaria l'applicazione di meccanismi rimediali alle ipotesi di conflitti di interessi: in

presenza dei quali, la decisione assunta potrebbe atteggiarsi a prevaricazione di alcuni creditori su altri. In altri termini, si afferma, la regola della maggioranza può essere tollerata (quale eccezione al principio dell'intangibilità dell'autonomia privata) solo ove il consenso venga a formarsi intorno ad un nucleo omogeneo di interessi. Altrimenti detto, il meccanismo della maggioranza è da considerarsi legittimo soltanto in presenza di una comunanza di interessi del gruppo in cui il voto viene espresso. Il concordato, sia quello fallimentare che quello preventivo, è obbligatorio per i creditori (artt. 135 e 184 l.fall.), imponendo a tutti, anche a quelli dissenzienti, la falcidia concordataria e le altre pattuizioni espresse del concordato medesimo. L'effetto vincolante del concordato anche per i creditori dissenzienti e l'effetto invasivo che esso può avere sulla sfera giuridica di soggetti che non abbiano espresso il proprio consenso alla proposta di concordato si pongono in apparente contrasto con il principio dell'autonomia privata che presiede all'intero ordinamento giuridico. Venuto meno il controllo di convenienza del tribunale (ora solo eventuale), si ripropone, pertanto, il problema di rinvenire il fondamento giuridico e la giustificazione teorica della limitazione del principio di autonomia privata che i creditori dissenzienti soffrono per effetto dell'applicazione del principio di maggioranza nel concordato. In particolare, si sostiene allora che, al pari di quanto avviene in tutte le decisioni collettive, il principio di maggioranza sia compatibile con la tutela delle posizioni del singolo quando vengono rispettate due condizioni, rappresentate dal perseguimento di un interesse comune da parte della maggioranza e, secondo l'opinione maggioritaria, dall'osservanza del metodo collegiale. Non potrà quindi essere consentito l'esercizio del diritto di voto al soggetto che sia portatore, con riferimento alla specifica delibera, di un interesse in conflitto con quello comune agli altri partecipanti alla votazione. L'esistenza di un interesse proprio soltanto di alcuni partecipanti alla votazione rompe la comunione di interessi, perchè la decisione collettiva viene in questo modo piegata al raggiungimento non già dell'interesse comune, quanto di un interesse particolare, esclusivo ed egoistico del singolo partecipante, non condiviso e non comune agli altri. In questa prospettiva, pertanto, sia la norma dell'art. 177 l.fall., nella parte in cui esclude dal voto il coniuge ed i parenti del fallito, sia l'art. 37 bis l.fall., in tema di esclusione del componente del comitato dei creditori in conflitto, sia l'art. 2373 c.c., in tema di voto del socio nelle società per azioni, sia gli artt. 1175 e 1375 in tema di buona fede, sia le norme penali poste dagli artt. 233 e 236, comma 2, l.fall. in tema di mercato di voto (pur non applicabili analogicamente), appaiono a questa dottrina espressione di un principio più generale, che giustifica una disciplina del conflitto d'interessi anche nei concordati, pur in mancanza di un'espressa previsione normativa. In ordine alle conseguenze giuridiche del riconoscimento del divieto di conflitto di interessi in sede di votazione ex artt. 127 e 128 L.F., taluno propone l'esclusione dal

voto, quindi dal calcolo delle maggioranze, dei creditori proponenti votanti in conflitto, applicando analogicamente il disposto degli artt. 127, commi 5 e 6, L.F. Detta norma, tuttavia, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, ha natura eccezionale ed è come tale insuscettibile di applicazione analogica. Si afferma anche la possibilità di applicazione analogica del principio dettato in materia societaria dall'art. 2368 c.c. La seconda soluzione che si propone per arginare il problema del conflitto di interessi consiste nell'inserimento del creditore proponente in una classe autonoma e separata. Tale rimedio consente di neutralizzare il voto del creditore rispetto agli altri che non si trovano in conflitto. Infatti, anche se il creditore in conflitto fosse titolare della maggioranza dei crediti, il suo voto sulla proposta sarebbe irrilevante ai fini del raggiungimento dei quorum dovendo la proposta essere approvata dalla maggioranza nell'altra classe (o nella maggioranza delle altre classi) dei creditori non in conflitto (cd. "creditori esterni"). A seguito della sopra citata Riforma del 2015, tale soluzione è stata ad esempio espressamente prevista dal legislatore al comma 6, dell'art. 163, L.F., in tema di concordato preventivo. Questa soluzione è preferita anche da chi ritiene che la prima rischierebbe d'incorrere in censure d'incostituzionalità per violazione dell'art. 42 Cost. Si evidenzia anche come essa vada privilegiata in quanto «se il creditore in conflitto ha interesse alla non approvazione del concordato e, quindi, vota in senso contrario, l'eventuale inserimento in una classe separata gli consentirebbe, in sede di omologazione, di sottoporre al tribunale anche il giudizio di convenienza sulla proposta concordataria, trattandosi di creditore appartenente ad una classe dissenziente (artt. 129, comma 5 e 180, comma 4, l. fall.). Diversamente, se gli viene rifiutato il voto, potrà solo chiedere al tribunale una verifica sulla regolarità della procedura». Infine, ci si chiede se la valutazione compiuta dal tribunale possa spingersi - come avviene in ambito societario ai sensi dell'art. 2373 c.c. - sino ad un apprezzamento di merito della proposta, onde accertare se quest'ultima, nonostante l'anomalia procedimentale, possa essere comunque omologata in quanto non arreca alcun danno ai creditori dissenzienti. E sotto quest'angolo visuale, ben si comprenderebbe la ragione della previsione per cui «i creditori muniti di privilegio ..., dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto...» (art. 177, comma 2, l. fall.): questi soggetti, in effetti - non essendo il concordato potenzialmente idoneo ad arrecare loro alcun pregiudizio -, si pongono su una posizione ed un piano diversi rispetto agli altri creditori che, invece, dalla proposta possano subire un danno (per effetto di una liquidazione condotta con regole diverse da quelle del fallimento). Quest'ultima soluzione, mutuata dalla applicazione analogica dell'art. 2373 c.c. (per il quale il conflitto non conduce di norma all'esclusione dal voto, ma all'annullamento della delibera se ricorre la prova del pregiudizio subito), non pare a molti commentatori che possa essere agevolmente accolta, perché in



questo modo si finirebbe per attribuire al tribunale un giudizio di convenienza apparentemente incompatibile con l'attuale sistema normativo, che non prevede controlli di merito nell'ambito dell'opposizione all'omologazione, nemmeno a tutela delle minoranze, ad eccezione della ipotesi legislativamente prevista della esistenza di classi di creditori dissenzienti e della necessità di valutare la preferibilità delle soluzioni alternative concretamente praticabili [cfr. artt. 129 comma 5 secondo periodo, 180 L.F.]. *Ma sul punto di dovrà tornare, almeno dopo quanto detto sopra a fol. 21 e ss., specialmente a fol. 25, sul tema dell'abuso dello strumento concordatario.* Ritiene il Tribunale che la disamina compiuta di tutti gli orientamenti, dottrinali e giurisprudenziali, in campo, sia stata utile al fine di decidere la complessa e delicata problematica del conflitto di interessi in sede di votazione ex artt. 177 e 178 L.F. Sembra infatti che si possano distinguere, tra le cause di rilevanza del conflitto di interessi cd. concordatario, quelle *automatiche*, contemplate dall'art. 177 ultimo comma L.F., per le quali alcuna valutazione di sussistenza in concreto del conflitto è consentita, da quelle la cui incidenza sulla regolarità del voto debba essere accertata *caso per caso*. Si può cioè convenire con certa parte della dottrina circa la *immanenza* di un *principio* desumibile dal sistema e cristallizzabile nella *inammissibilità di manifestazioni di volontà o di giudizio [votazioni] contrastanti con l'interesse tipico del gruppo di appartenenza*. Se l'interesse dei creditori nella votazione di una proposta di concordato è pur sempre omogeneo, siccome finalizzato alla massimizzazione della percentuale di soddisfazione del proprio credito, oltre che nella sua più rapida realizzazione, se dunque è questo il cd. interesse di gruppo, invariabile al variare dell'oggetto della votazione, con esso non può non trovarsi in posizione antagonistica o di conflitto l'interesse atipico di un componente del medesimo gruppo come terzo estraneo, il quale sia portatore, *in concreto e con riferimento alla specifica delibera*, di un interesse divergente da quello in quanto particolare, esclusivo ed egoistico, non condiviso e non comune agli altri. Per addivenire a questa conclusione, non è necessario fare ricorso a procedimenti analogici *in relazione a specifiche norme, la cui natura settoriale o speciale od eccezionale non consente o mal si presta a consentire operazioni ermeneutiche di quel tipo*. E' invece opportuno ed anzi necessario ricorrere ai *principi generali dell'ordinamento giuridico immanenti al sistema, rilevanti ex art. 12 comma 2 disp. prel. c.c.*, certamente desumibili anche da quelle norme di settore, come ad es. quello societario, che, singolarmente prese, non consentirebbero ragionamenti per analogia. In realtà, non è dubbio che l'interprete debba ricercare i principi generali utili alla definizione della "controversia", in mancanza di una specifica disposizione, tra quelli che governano l'autonomia privata: "i sommi valori" sono allora "quelli della libertà, uguaglianza e solidarietà ("politica, economica, sociale") e i primi principi che ne discendono sono quelli di pari autonomia dei consociati e dell'imputazione

all'agente delle conseguenze, attive e passive, del comportamento". E certamente vero che il contesto dell'adunanza dei creditori è per natura dialettico e, quindi, deputato alla comparazione e, se del caso, allo "scontro" tra interessi non coincidenti. E' altrettanto vero, ad avviso del Tribunale, che altro sono le regole dettate in materia di assemblea dei soci, vincolati dalla sottoscrizione del contratto sociale ad evitare di perseguire un interesse diverso da quello della società, laddove i creditori sono chiamati a valutare la convenienza della proposta, senza essere stretti dal vincolo dell'osservanza di alcun interesse terzo, non essendovi alcuna comunione di scopo. Ma, per un verso, non è del tutto vero che i soci non perseguano, votando in assemblea, interessi difforni da quelli associativi, militando in senso contrario ad es. *la natura e lo scopo dei cd. patti parasociali e massimamente delle cd. convenzioni di voto*; per altro verso, questa visione sembra eccessivamente legata alla primitiva fattispecie che a chiedere il concordato fallimentare fosse il debitore. Attualmente, le ipotesi più frequenti e rilevanti sono in realtà quelle in cui a presentare la proposta di concordato sia in realtà un creditore, e *nel caso di più proposte di concordato concorrenti la faccenda si complica*. Nel caso di specie, un creditore è anche il soggetto proponente il concordato e il "peso" del suo voto risulta essere decisivo non tanto per il raggiungimento della maggioranza, quanto *per la prevalenza su altra proposta concorrente*. E difatti, egli assume su di sé l'obbligo di eseguire una prestazione che il creditore reputi, nell'esercizio della propria discrezionalità - e fermo il principio maggioritario insito nella procedura di concordato - idoneo a raggiungere lo scopo. Fermo restando, per quanto detto sopra a fo. 57-58, che non sembra conferente il riferimento alla figura del contratto con se stesso, tuttavia *non sembra potersi negare che connotato alle modalità di esplicazione dell'autonomia privata sia il vincolo, rappresentato dallo scopo in vista del quale l'ordinamento giuridico mette a disposizione dei consociati determinati strumenti*; in altre parole, *l'ordinamento riconosce l'uso, non l'abuso, che il privato fa degli strumenti giuridici confezionati per il perseguimento dei suoi interessi egoistici, che devono pur sempre conformarsi, e sono dall'esterno conformati, al rispetto del principio di solidarietà*. Questi strumenti, devono essere utilizzati per il perseguimento del fine individuale del singolo, il quale però dovrà agire arrecando il minore pregiudizio possibile ai terzi: se l'autonomia privata è autoregolamentazione di privati interessi, spetta all'ordinamento riconnettere ai singoli atti di esplicazione di essa adeguati effetti giuridici legislativamente predeterminati che essa si attende; salvo negare detti effetti, quando *il concreto utilizzo degli strumenti dell'autonomia privata si svolga in contrasto con il principio di solidarietà sociale* [art. 2 Cost.] o, come recita il codice civile, persegua interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico [art. 1322 cpv. c.c.]. Sembra invero che le ipotesi di conflitto di interessi legislativamente tipizzate, ivi inclusa quella da ultimo introdotta nel 2015 all'art. 163

comma 6 L.F., siano pur sempre da ricondurre, in ultima analisi, alla piena realizzazione del principio di solidarietà sociale accolto nell'art. 2 Cost. E' questo stesso il fondamento, ci sembra, *del principio che riconosce e sanziona l'abuso del diritto* nelle sue diverse articolazioni ed applicazioni sostanziali e processuali, talora per mezzo di mere varianti nominalistiche [buona fede oggettiva; correttezza; exceptio doli generalis; divieto degli atti emulativi], che nel caso che ci occupa possiamo qualificare in termini di abuso dello strumento concordatario ed in particolare della manifestazione del voto nell'adunanza dei creditori in contrasto con l'interesse comune dei creditori alla massimizzazione della percentuale di soddisfazione del proprio credito, oltre che alla sua più rapida realizzazione. Deve essere ribadito, al fine di non incappare nell'accusa di voler "sovrapporre all'ordinamento quale esso è un diverso ordinamento che corrisponde ai desiderata dell'interprete", che nel caso di specie sussiste oggettivamente una lacuna non altrimenti colmabile se non attraverso il ricorso ai principi generali del diritto: strumento di autointegrazione ordinamentale [art. 12 comma 2 prel. c.c.], basato su un procedimento di successiva astrazione e generalizzazione di singole norme giuridiche, anche di settore, disseminate nel sistema e addirittura previste in materie analoghe come quella del concordato preventivo. *La lacuna è resa palese dalla diversa disciplina vigente non solo in settori parzialmente diversi quale quello societario, ma anche in ambiti del tutto analoghi od omogenei, come quello del concordato preventivo, che riconosce la rilevanza del conflitto di interessi in termini assai più estesi.* Non viene dunque operata alcuna "forzatura" interpretativa, se si considera che l'abuso del diritto, oltre a risultare dal sistema legislativo, è al tempo stesso applicazione diretta dell'art. 2 Cost. Come detto in precedenza, *deve essere accertato di volta in volta in concreto se vi sia stato abuso dello strumento concordatario da parte del creditore proponente DECO s.p.a. e della controllata AIA s.p.a..* In verità, applicata la prova di resistenza, nel caso specifico appare assai più rilevante la seconda situazione, posto che il credito di DECO s.p.a. ammonta a soli 43.787,56 e la sua neutralizzazione non avrebbe comunque comportato il venir meno della maggioranza dei voti seppure in concorrenza con DILECO s.r.l. Ebbene, sembra al Tribunale che *l'abuso del voto, quindi l'uso di esso in contrasto con i principi cardine del diritto concorsuale, debba sostanziarsi necessariamente in un conflitto con l'interesse comune dei creditori alla massimizzazione della percentuale di soddisfazione del proprio credito ed alla sua più rapida realizzazione.* Dunque, occorre accertare se, in concreto, in assenza di ogni automatismo che solo una disposizione di legge ad hoc potrebbe stabilire, siccome connesso in definitivo ad una responsabilità "di posizione" [creditore proponente; società controllata dal creditore proponente] e di ogni tentativo di introspezione psicologica, quindi da un punto di vista rigorosamente obiettivo, il voto favorevole del creditore proponente e della società da esso

controllata, il secondo dei quali determinante per l'approvazione della proposta, abbia generato un risultato peggiorativo rispetto a quello che avrebbero consentito le alternative concretamente praticabili. *In caso di parità di risultato, non soltanto l'art. 129 comma 5 secondo periodo L.F., ma anche il principio del minimo sacrificio possibile dei terzi, devono indurre a escludere la fattispecie abusiva.* Con il che, si chiude il cerchio relativamente al discorso avviato a fol. 25 [paragrafo 7.1.], quando, in applicazione diretta del divieto dell'abuso dello strumento concordatario e quindi in deroga all'art. 129 comma 5 secondo periodo L.F., si era testualmente affermato: "*Osserva il Tribunale che l'accertamento dell'assenza di finalità abusive può essere ragionevolmente e congruamente perseguito, tra l'altro, controllando se vi sia uno scostamento macroscopico tra la proposta da omologare, i presumibili risultati della liquidazione e le garanzie offerte.* Ciò che potrebbe determinarsi quando vi sia una irragionevole od enorme sproporzione, in danno del fallito, fra il soddisfacimento offerto ai creditori col concordato ed il patrimonio dell'insolvente stesso, *vieppiù se confrontato con il risultato conseguibile attraverso la liquidazione fallimentare o anche con l'espropriazione forzata individuale.* Sicchè il proponente "abuserebbe" del potere concessogli dalla legge di regolare i propri interessi con lo strumento del concordato (vincolante per tutti i creditori), utilizzandolo per scopi ulteriori e, secondo taluni, illegittimi o comunque non "autorizzati" dalla norma positiva (nella specie gli artt. 124-129 l.fall.); con ciò procurando al debitore un sacrificio eccessivo e non giustificato dalla ratio legislativa. Il ragionamento qui seguito sembra essere ulteriormente rafforzato dalle norme dettate in materia di esecuzione forzata e dagli insegnamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, richiamati da Cass. 2674/2012 e 16738/2011". Neppure sembra ultroneo ravvisare un aggancio del ragionamento che si è venuti sviluppando nella tesi, esposta a fol. 65, secondo la quale sarebbe possibile una valutazione compiuta del tribunale che si spinga ad apprezzare il merito della proposta, onde accertare se quest'ultima possa essere comunque omologata in quanto *non arrechi alcun danno ai creditori dissenzienti*; con la precisazione che questa operazione interpretativa è resa possibile non già applicando per analogia la norma di cui all'art. 2373 c.c., in realtà non consentita, **sibbene quale diretto corollario del sindacato spettante al Tribunale in materia di abuso del diritto.** Ebbene, come analiticamente dimostrato dai curatori della relazione del 10.11.2016, attentamente condotta per simulazioni, la sola alternativa concretamente praticabile, la liquidazione fallimentare, determinerebbe un soddisfacimento dei creditori notevolmente inferiore a quello assicurato dalla proposta di concordato DECO s.p.a., così come compendiato nella tabella che segue:

|   | <b>% soddisfacimento<br/>concordato<br/>fallimentare DECO</b> | <b>range di<br/>soddisfacimento<br/>presumibili risultati<br/>della liquidazione</b> |
|---|---|--|
| <b>spese procedura</b>                            | 100%  | 100%   |
| <b>creditori privilegiati e<br/>prededucibili</b> | 100%  | dal 100% al 28,8%  |
| <b>creditori chirografari</b>                     | 33%   | dal 35% a zero%  |

Non diversamente, la tempistica liquidatoria, pari ad almeno 36/48 mesi “in un’ottica ottimistica”, non è comparabile con quella, assicurata dal proponente, di novanta giorni della definitività del decreto di omologazione, ovvero dallo scioglimento della riserva per i crediti ammessi con riserva. *In concreto*, dunque, deve escludersi che le posizione di creditore proponente votante ovvero di società votante controllata dal creditore proponente abbia determinato una violazione delle regole di massimizzazione del profitto o delle utilità ritraibili dai creditori e men che meno una dilatazione dei tempi di soddisfacimento dei crediti concorsuali. Parimenti e quale corollario, anche a comprova, nessun danno o pregiudizio di natura patrimoniale risulta essere stato arrecato ai creditori. Nessun sacrificio eccessivo e non giustificato dalla “ratio” legislativa è stato imposto. Nessuno scostamento macroscopico vi è stato tra la proposta da omologare, i presumibili risultati della liquidazione e le garanzie offerte. In pratica ed in altri termini, nessuna rilevanza può essere attribuita al potenziale conflitto di interessi del creditore proponente e della società da esso controllata: nella sostanza, anzi, deve affermarsi che detto conflitto di interesse non appare sussistente ovvero che non si è tradotto da potenza in atto. Per inciso, la sola alternativa ulteriormente praticabile, stante l’ostacolo della prova di resistenza, è quella rappresentata dalla proposta di DILECO s.r.l. La quale prevede una percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari appena superiore a quella offerta da DECO s.p.a. [35 contro 33%], per il resto offrendo una tempistica sovrapponibile, mentre le garanzie *promesse* [non già fornite] da DECO s.p.a. si lasciano nettamente preferire, laddove questa assicura il rilascio di *fideiussione a prima richiesta di prima istituzione bancaria o assicurativa per un importo pari all’ammontare complessivo degli obblighi concordatari nei confronti dei creditori privilegiati e dei chirografari che risultino a quella data definitivamente ammessi e non contestati* ed ancora, a garanzia dell’esatto adempimento degli obblighi concordatari relativi ai crediti ammessi con riserva o sotto condizione e per quelli per i quali il procedimento di verifica (sia pure in sede di opposizione, impugnazione o revocazione) sia ancora in corso, *un’ulteriore fideiussione a prima richiesta, bancaria o assicurativa, di forma e contenuto di gradimento della curatela, per un importo complessivo pari al 40% delle somme*

*eventualmente dovute per i crediti il cui accertamento sia ancora pendente*, a fronte della garanzia promessa [non già fornita] di deposito di una somma di 500.000,00 E. assicurata da DILECO s.r.l. Non è dubbio, quindi, che i margini di preferibilità dell'una o dell'altra proposta siano minimi e sempre opinabili, il che è più che sufficiente per escludere ogni profilo abusivo, nell'ottica fatta propria dal Tribunale e sopra più volte ricordata ed esposta.

8. La proposta di DECO s.p.a., approvata dai creditori con la maggioranza più alta, contiene la richiesta di disporre la sospensione della liquidazione dell'attivo fallimentare, a pena di revoca della proposta di concordato. La richiesta deve essere evidentemente accolta in questa sede, poiché l'omologa della proposta di concordato fallimentare apre una fase inconciliabile con l'alternativa liquidatoria e resa necessitata dal programma contenuto nella proposta stessa, salvo le eventuali attività urgenti, anche liquidatorie, che dovessero rendersi necessarie, utili od opportune alla migliore valorizzazione e conservazione dei valori dell'attivo. Tali attività verranno effettuate, previa comunicazione alla proponente, con l'autorizzazione espressa e sotto il controllo dei competenti organi del fallimento. Non è necessaria la nomina di uno stimatore ex art. 124 comma 3 L.F., poiché la proposta prevede l'integrale soddisfacimento dei creditori privilegiati ammessi. Se è vero inoltre che risulta pendente opposizione allo stato passivo da parte del creditore CSA in merito ad un privilegio credito del concessionario verso il concedente, conseguente alla scadenza e/o risoluzione della concessione, è altrettanto vero che esso comunque sarebbe postergato nella graduazione rispetto alle pretese creditorie, capienti, per le quali è previsto l'integrale pagamento.

9. In conclusione, la proposta di concordato approvata dai creditori e presentata da DECO s.p.a. può, dunque, essere omologata. All'esito della disamina come sopra condotta dal tribunale, non sono risultate integrate violazioni di norme imperative nè di norme procedurali, ovvero integrate fattispecie abusive.

10. Le spese del procedimento devono essere regolate secondo il criterio della soccombenza. Le parti opponenti devono quindi essere condannate in solido alla refusione delle spese di giudizio in favore di DECO s.p.a. che, in assenza di note spese, si liquidano in E. 6.000,00, oltre il 15% per spese generali e accessori di legge, se dovuti.

P.Q.M.

Il Tribunale di Teramo, definitivamente pronunciando nel procedimento per omologa del concordato fallimentare proposto da DECO s.p.a. - P.I. 01253610685 - in persona del legale rappresentante p.t., relativo alla procedura 91/2015 RG FALL., nei confronti della massa dei creditori, in persona dei curatori, così decide:

DICHIARA INAMMISSIBILE

la domanda di omologa presentata da DILECO s.r.l., nelle persone dei legali rappresentanti.

#### OMOLOGA

il concordato fallimentare proposto da DECO s.p.a. - P.I. 01253610685 - in persona del legale rappresentante p.t.

#### DISPONE

che i pagamenti avvengano secondo le modalità indicate nella proposta concordataria, alla quale si rinvia anche per quanto riguarda la cessione alla proponente, nei tempi e nei modi indicati nella proposta e previa esecuzione dei pagamenti e delle sistemazioni di competenza della proponente, delle azioni di massa autorizzate dal G.D., di tutti i beni, mobili ed immobili, materiali ed immateriali, i diritti reali, i crediti, nessuno escluso, nonché le azioni e le somme presenti nel patrimonio della società fallita, con tutte le Autorizzazioni Integrate Ambientali da essa possedute, da volturarsi in favore della proponente, occorrenti alla realizzazione ed alla gestione delle attività indicate nella proposta

#### CONDANNA

gli oppositori alla rifusione in solido delle spese di giudizio in favore di DECO s.p.a., che si liquidano in E. 6.000,00, oltre il 15% per spese generali e accessori di legge, se dovuti.

#### DISPONE

che il presente decreto sia comunicato e pubblicato ai sensi dell'art. 17 L.F.

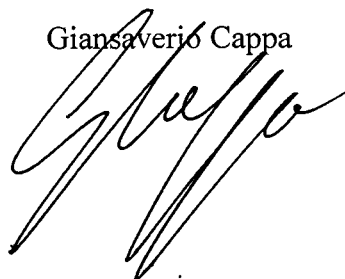
Teramo, 19.7.2017

Il Giudice del. rel. ed est.

Dott. Giovanni Cirillo

Il Presidente

Giansaverio Cappa



TRIBUNALE DI TERAMO  
Depositato in Cancelleria il 28 LUG 2017



L'impiegato addetto  
Funzionario Giudiziario  
Ferdinando Di Silvestre