

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE, FABRIZIO DI MARZIO e FRANCESCO MACARIO



**ESTRATTO:**

CARLO FELICE GIAMPAOLINO

Per l'applicazione analogica dell'art. 118 del codice della crisi e dell'art. 185 l. fall.  
a tutti i concordati con conversione di crediti in azioni (*debt-equity swap*)

# Indice

---

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i> . . . . .	716
<b>FEDERICO ROSELLI</b>	
<i>Lo sviluppo dell'ordinamento attraverso la giurisprudenza pratica, nel nuovo volume dell'Enciclopedia del diritto.</i> . . . . .	719
<b>ANTONIO JANNARELLI</b>	
<i>Il d.lgs. n. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura</i> . . . . .	739
<b>CARLO FELICE GIAMPAOLINO</b>	
<i>Per l'applicazione analogica dell'art. 118 del codice della crisi e dell'art. 185 l. fall. a tutti i concordati con conversione di crediti in azioni (debt-equity swap)</i> . . . . .	797
<b>FRANCESCO MACARIO</b>	
<i>Esecuzione forzata e diritto sostanziale nel pensiero di Salvatore Pugliatti: i fondamenti di un irripetibile itinerario giuridico e culturale</i> . . . . .	819
<b>ROSARIA GIORDANO</b>	
<i>Su alcune declinazioni e contraddizioni del diritto di accesso al giudice nel prisma dell'effettività</i> . . . . .	851
<b>DARIO FARACE</b>	
<i>Durata del comodato ed esigibilità dell'obbligazione restitutoria</i> . . . . .	867
<b>FABRIZIO CALISAI</b>	
<i>Intelligenza artificiale e ambiente</i> . . . . .	895

## Per l'applicazione analogica dell'art. 118 del codice della crisi e dell'art. 185 l. fall. a tutti i concordati con conversione di crediti in azioni (*debt-equity swap*)

---

Nel contesto di *restructuring* con emissione di azioni, l'art. 118 del codice della crisi e l'art. 185, comma 4, l. fall. prendono in considerazione testualmente il concordato preventivo omologato con proposta del terzo – e non del debitore – approvata dai creditori per il caso della inerzia degli organi sociali del debitore in forma societaria.

L'interpretazione della norma consente di ritenerla applicabile a tutti i concordati che prevedono l'aumento di capitale sociale del debitore o di un assuntore, anche dopo la chiusura della procedura. In tutti questi casi, i creditori hanno diritto di ricevere azioni, la deliberazione assembleare è atto a contenuto vincolato e la sostituzione degli organi prevista dall'art. 185 e dall'art. 118 codice della crisi dimostra che non si tratta né di *facere* infungibile né di esercizio di autonomia privata dei soci.

*In the context of restructuring with the issue of shares, art. 118 of the crisis code and art. 185, paragraph 4, l. bankruptcy take into consideration verbatim the arrangement with creditors approved with a proposal from the third*

*party – and not the debtor – approved by the creditors in the case of inaction of the debtor’s corporate bodies in corporate form. The interpretation of the rule makes it possible to consider it applicable to all composition with creditors that provide for the increase in the share capital of the debtor or an assuntore, even after the closure of the procedure. In all these cases, the creditors have the right to receive shares, the shareholders’ meeting resolution has a restricted content and the replacement of the bodies envisaged by art. 185 and by art. 118 of the Crisis Code shows that it is neither a question of non-fungible facere nor that it is an exercise of freedom of the shareholders.*

Sommario: 1. Il problema. La lacuna per i concordati senza proposta concorrente e per i concordati proposti nel contesto di altre procedure. – 2. Il caso dell’assunzione. – 3. Le interpretazioni estensive sinora proposte. Pretesa natura eccezionale dell’art. 185 l. fall. Pretesa infungibilità del voto del socio in assemblea nel contesto del concordato. – 4. La soddisfazione attraverso una prestazione di «dare» e non di «fare». – 5. Conclusioni sulla prestazione di «dare» e irrilevanza dell’autonomia dell’organo. – 6. Conclusioni *a majori* in relazione al concordato con assunzione (assenza del rimedio della risoluzione) – 7. Applicazione analogica successiva alla chiusura della procedura. Il rapporto tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale.

### **1. - Il problema. La lacuna per i concordati senza proposta concorrente e per i concordati proposti nel contesto di altre procedure.**

L’art. 185, comma 4, l. fall. e l’art. 118 del codice della crisi prendono in considerazione testualmente il concordato preventivo omologato con proposta concorrente del terzo – e non del debitore – approvata dai creditori per il caso della inerzia degli organi sociali del debitore in forma societaria. Tuttavia, un’interpretazione della norma impone di verificare l’applicabilità anche a quei concordati che prevedono l’aumento di capitale sociale del debitore promosso dal socio o da un soggetto terzo-assuntore (che ad es. si è obbligato a dare azioni dell’assuntore ai creditori), che presentano rischi anche maggiori di inadempimento e creditori in situazione simile di bisogno di tutela. In effetti, il canone della coerenza con l’intero sistema normativo, che trova implicita conferma nell’art. 12, comma 2, delle pre-

leggi (per la via dell'evocazione dell'*analogia legis* e dell'*analogia iuris* come strumenti per colmare le lacune), già sviluppato in epoca prerепublicana, si basa sull'art. 3, comma 1, Cost., per come letto dalla Corte costituzionale (che ne ha ricavato, come è noto, il principio di ragionevolezza).

Anche nel diritto fallimentare, le diverse riforme intervenute nel corso degli anni hanno talvolta imposto di ricorrere all'analogia per impedire trattamenti differenti di situazioni simili, che sarebbero risultati irragionevoli<sup>1</sup>. L'art. 185 l. fall. tutela le ipotesi di inerzia nel prendere deliberazioni societarie o compiere attività che sono nella sfera del debitore-persona giuridica.

La nomina del commissario con potere di esercitare il voto nell'assemblea straordinaria di società in concordato previsto dall'art. 185 l. fall. è stato introdotto espressamente per il caso delle proposte concorrenti, allorché

---

<sup>1</sup> Revisione del lavoro destinato agli Scritti in onore di Sabino Fortunato. A lungo si è sostenuto che le lacune normative in materia di votazione della proposta di concordato preventivo, relativamente alle situazioni di possibili abusi da parte del socio, che presentano profili di analogia con il caso che ci occupa, fossero colmabili in via interpretativa, mediante l'applicazione analogica di disposizioni non inerenti al concordato *de quo*. Infatti, l'art. 177 l. fall., che regola il voto nel concordato preventivo, è stato per lungo tempo disallineato rispetto alla corrispondente norma in ambito di concordato fallimentare, in quanto l'art. 127 l. fall. è stato modificato con il d.lg. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha esteso il divieto di partecipare alla votazione anche alle società controllanti o controllate dalla debitrice. Quest'ultima prescrizione non ha, tuttavia, trovato ingresso in materia di approvazione del concordato preventivo. Dunque, al fine di risolvere le situazioni di conflitto di interessi in sede di votazione della proposta di concordato, si ricorreva a due strumenti, entrambi fondati sul ricorso all'analogia.

La prima soluzione imponeva l'applicazione dell'art. 37-*bis* l. fall., che, in relazione alle nuove designazioni di componenti dei creditori e alla richiesta di sostituzione del curatore, consente l'esclusione dal voto di quei creditori che si trovino in conflitto di interessi (v. R. SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fallimento*, 2009, IX, 1068). La seconda impostazione propendeva per la «applicazione per analogia delle esclusioni dal voto sulla proposta di concordato [in modo da] estendere al concordato preventivo l'esclusione dal voto dei crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo, espressamente disposta solo per il concordato fallimentare» (v. R. SACCHI, *Dai soci*, *cit.*, 1067). Nel 2015 (con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83), lo stesso legislatore ha recepito i suggerimenti dottrinali, estendendo l'esclusione dalla votazione della proposta di concordato di cui all'art. 177 l. fall. anche al «le società da [lla debitrice] controllate e quelle sottoposte a comune controllo».

In secondo luogo, con riferimento al trattamento concorsuale del credito del socio, è ormai consolidato l'orientamento che estende l'applicazione dell'art. 2467 c.c., in materia di postergazione dei finanziamenti dei soci a favore della società a responsabilità limitata, anche alle società per azioni (Cass. 20 giugno 2018, n. 16291, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II 199 ss.; Cass., 7 luglio 2015, n. 14056, *ivi*, 2017, IV, 409 ss.). Ciò in quanto la *ratio* della norma ne permette l'estensione a quelle ipotesi in cui, pur di fronte ad un tipo societario differente, «i soci finanziatori della s.p.a. [si trovino] in posizione concreta simile a quelle dei soci finanziatori della s.r.l.» (Cass., 20 giugno 2018, n. 16291, *cit.*, 199 ss.).

il debitore, ma in realtà il suo socio, si veda rimpiazzato nella veste di proponente il concordato dal terzo che offra condizioni migliori o diverse ai creditori che quindi approvano la proposta del terzo.

Il contesto tipico di applicazione della disposizione è quello della proposta che prevede una deliberazione di assemblea straordinaria di aumento di capitale con conversione dei crediti in partecipazioni (e cioè dei creditori in soci). Questa modifica dello statuto richiede il voto del socio di controllo, cioè di un soggetto non parte della procedura, e non obbligato alle condotte della proposta, e che è un soggetto che perde il controllo della società. Inoltre, la necessità dell'attività degli organi si può avere anche quando la proposta contiene un trasferimento dell'azienda o di specifici beni. È anche per questa ragione che, nella prassi, si chiedeva, ai fini dell'ammissibilità, la deliberazione assembleare, che tuttavia lo stesso art. 185 l. fall., che stabilisce il rimedio, spinge a non ritenere necessaria ai fini dell'ammissione.

Anche nelle procedure di concordato preventivo che prevedono la proposta concorrente del terzo e nel concordato *ex art. 4-bis* d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 poi convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39, c.d. Legge Marzano (norma che ha pressoché dettato sia l'art. 160 l. fall. – che l'art. 185 l. fall. protegge – sia l'art. 124 l. fall. sul concordato fallimentare<sup>2</sup>) il costante utilizzo di deliberazioni dell'assemblea straordinaria per emettere azioni o

---

<sup>2</sup> Ciò risulta *prima facie* dal mero raffronto delle norme, il cui testo è pressoché sovrapponibile. Ma è altresì la *ratio* sottesa al concordato c.d. speciale (dare ai creditori il valore dell'impresa e non quello ricavabile dalla liquidazione) ad accomunarli alle altre forme di concordato. La Legge Marzano ha introdotto «una forma di concordato che recepisce numerose proposte innovative [...] ampiamente riutilizzate in sede di riforma della disciplina del concordato preventivo e fallimentare» (P.D. BELTRAMI, *sub art. 4-bis*, comma 1, in *Comm. Legge Marzano* Castagnola e Sacchi, Giappichelli, Torino, 2006, 142). È generalmente riconosciuto che «[l]a nuova disciplina in tema di concordato preventivo [...] presenta notevoli analogie con il contenuto della proposta di concordato della c.d. Legge Marzano» (C. RIVOLTA-P. PAJARDI, *sub art. 160*, in *Codice del Fallimento*, a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, Giuffrè, Milano, 2009 1686). Infatti, il legislatore ha introdotto in via emergenziale la Legge Marzano al fine di mantenere in vita un'impresa in crisi finanziaria – Parmalat, appunto –, con l'obiettivo di tutelare gli interessi dei suoi creditori. Parimenti, il concordato preventivo persegue esclusivamente il fine di «mantenere in vita la struttura produttiva, se possibile, od in ogni caso risolvere la situazione di crisi» (P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *Id.*, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, 811) e, in modo simile, si è detto che il legislatore, con il concordato fallimentare, «ha auspicato il mantenimento dei complessi produttivi» (P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Il concordato fallimentare*, in *Manuale*, cit., 674). Infatti, i due tipi di concordato sono assimilabili «sotto molteplici aspetti [...] nel senso della prevenzione o della rimozione dello stato di fallimento dell'imprenditore

strumenti finanziari partecipativi consente l'attribuzione dell'attivo ai creditori, con la conversione dei crediti in partecipazioni del debitore.

Tuttavia, sussistono le condizioni – la lacuna e il bisogno di proteggere interessi omogenei – per estendere l'applicazione dell'art. 185 l. fall. alle fattispecie non espressamente contemplate, per consentire l'esecuzione del concordato ed assicurare, nel contesto concorsuale, tutto quello e proprio quello al quale il creditore – già assoggettato alla volontà della maggioranza dei creditori – ha diritto, secondo la trattativa ma efficace espressione chiovendiana.

L'applicazione analogica dovrebbe riguardare sia l'estensione ad altre fattispecie di concordato preventivo, rispetto al quale l'emissione di azioni e l'attribuzione siano esecuzioni della proposta del debitore, sia il caso del concordato che chiude l'amministrazione straordinaria. Inoltre, una volta che la procedura risultasse chiusa, e non fosse possibile adire il tribunale fallimentare ed il giudice delegato, occorre verificare se la obbligazione del proponente possa essere eseguita in forma specifica nell'ambito del processo esecutivo.

L'applicazione analogica ai casi che non contemplano la proposta del terzo riguarda quindi potenzialmente le seguenti fattispecie, le cui variabili sono la presenza o meno dell'assunzione e la presenza o meno di un tribunale fallimentare competente (in quanto la procedura può essere chiusa).

In presenza del tribunale fallimentare competente, si possono avere:

A) il concordato preventivo senza proposta del terzo, cioè una proposta nella quale il debitore si sia impegnato ad emettere azioni e strumenti finanziari, ciò che richiede la cooperazione del socio, e questo per qualche ragione non adempia (ad es. il debitore, o il socio, non vuole deliberare l'emissione di azioni per un creditore riconosciuto tale all'esito di un contenzioso);

B) il concordato preventivo con assunzione di un terzo acquirente (ad es. il socio si rifiuta di votare il trasferimento di azienda o una fusione o scissione parziale);

---

e degli effetti della relativa dichiarazione» (F. GUERRERA, *Il "nuovo" concordato fallimentare*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, V, 528).

C) il concordato fallimentare o il concordato proposto dal commissario straordinario *ex art. 4-bis* d.l. n. 347 del 2003.

Per queste ipotesi, si deve verificare se sussistano ragioni per consentire o impedire l'applicazione della disposizione alle fattispecie di proposte di concordato preventivo diverse dalla proposta concorrente del terzo, oppure alla proposta di concordato fallimentare o del commissario straordinario *ex art. 4-bis* d.l. n. 347 del 2003. Questa applicazione è relativamente estesa in quanto vi è comunque l'organo – il Tribunale fallimentare – previsto dall'art. 185 l. fall., ma nell'ipotesi senza assunzione sarebbe comunque a disposizione il rimedio della risoluzione del concordato.

Per un secondo gruppo di ipotesi – a procedura chiusa – si deve verificare se si possa ipotizzare l'applicazione degli strumenti da parte del tribunale in sede di esecuzione per quei creditori che siano stati riconosciuti tali successivamente alla chiusura. Si tratta delle seguenti ipotesi:

D) il concordato preventivo senza assunzione, nel quale ad es. il creditore sia riconosciuto tale a distanza di tempo, perché l'accertamento interviene dopo diversi anni (perché ad es. il debitore o il suo socio resistono all'adempimento spontaneo);

E) il concordato preventivo, il concordato fallimentare ed il concordato proposto dal commissario straordinario *ex art. 4-bis* d.l. n. 347 del 2003, tutti con assunzione, nei quali l'assuntore si rifiuti di attribuire le azioni o gli strumenti finanziari partecipativi (sotto l'influenza del socio di controllo che non vuole essere diluito nella società).

## 2. - Il caso dell'assunzione.

Per entrambi gli insiemi di ipotesi, il tema si pone in termini gravi nel caso dell'assunzione da parte di un terzo con una società che si impegna ad emettere azioni a favore dei creditori.

Nei casi di assunzione o di trasformazione dei crediti nel capitale dell'assuntore (come nel concordato previsto dalla Legge Marzano), si evidenzia infatti una palese lacuna normativa. Nella fattispecie di inadempimento al concordato preventivo, o al concordato fallimentare o a quello previsto nell'amministrazione straordinaria speciale introdotta dalla Legge Marzano, che prevedano l'assunzione da parte di un terzo, o l'aumento di



capitale, o la emissione di strumenti finanziari, «non è prevista alcuna conseguenza giuridica da alcuna norma appartenente al sistema», in quanto nessuna norma direttamente applicabile permette di risolvere l'ipotesi in cui l'assuntore del concordato non dia esecuzione allo stesso. In effetti, il rimedio della risoluzione del concordato non si applica ai concordati con assunzione (*ex art. 186, comma 4, l. fall.*), con la conseguenza che non rimarrebbe che un'azione risarcitoria verso l'assuntore che non adempie alla proposta, rimedio ovviamente insufficiente sul piano della tutela concreta per un creditore che abbia già subito la falciatura e la conversione ma non abbia ricevuto soddisfazione. Ne risulterebbe praticamente senza rimedio la situazione soggettiva del creditore-socio *in pectore* verso l'assuntore.

In secondo luogo, sin dalla originaria previsione nella Legge Marzano, nella quale il commissario promuove un concordato con la costituzione di un assuntore ed il commissario propone la conversione dei crediti in azioni dell'assuntore che riceve l'attivo delle società in procedura, l'assuntore può risultare un soggetto che nel tempo viene ad essere controllato da terzi diversi dai creditori (come nel caso Parmalat) e si pone il tema dell'inerzia dell'assuntore – oramai con soci del tutto nuovi – o del suo inadempimento.

Se i creditori sono diventati soci ed alcuni di essi dovrebbero divenire tali dopo l'accertamento del credito, è possibile che l'aumento di capitale a servizio della conversione di crediti contestati e poi accertati debba essere deliberato a distanza di anni e potenzialmente a procedura chiusa, ed è anche probabile che l'assuntore – anche eventualmente grazie all'inerzia del nuovo socio dell'assuntore in assemblea - non adempiano spontaneamente all'obbligo di attribuire le azioni a quei creditori.

### **3. - Le interpretazioni estensive sinora proposte. Pretesa natura eccezionale dell'art. 185 l. fall. Pretesa infungibilità del voto del socio in assemblea nel contesto del concordato.**

Con riferimento al tema dell'applicazione analogica alle proposte di concordato preventivo del debitore, senza presentazione da parte del terzo, o alle proposte di concordato nel contesto dell'amministrazione straordinaria

ria, l'applicazione estensiva dell'art. 185 l. fall. è stata sinora sostenuta sulla base di argomenti sostanzialistici, determinati cioè dalle esigenze di tutela e dall'analogia della operazione, più che dalla verifica della sussistenza delle stesse condizioni di applicazione<sup>3</sup>.

L'argomento principale contro un'applicazione analogica dell'art. 185 l. fall. è che si tratterebbe di una sostituzione eccezionale di ausiliari di giustizia che compiono atti giuridici, la convocazione per gli amministratori e la deliberazione per i soci, al posto della società debitrice. È questa che ha promesso ai creditori di compiere quegli atti strumentali all'attri-

---

<sup>3</sup> Seppur l'art. 185 l. fall. riguardi espressamente l'ipotesi dell'inadempimento del debitore al concordato preventivo omologato in seguito alla proposta concorrente di un terzo, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza affermano che la norma si applichi estensivamente. È stata infatti sostenuta – autorevolmente, provenendo dal presidente della sezione fallimentare del Tribunale di Milano – l'estensione della norma «a qualsiasi proposta di concordato, anche a quelle formulate dallo stesso debitore», essendo la norma «finalizzata non solo alla tutela dei proponenti, ma ancor di più alla tutela della massa dei creditori» (v. F. LAMANA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Giuffrè, Milano, 2015 34 e ss.). Proprio con riferimento alla proposta di concordato proveniente dallo stesso debitore, «l'ostruzionismo dei soci rispetto all'esecuzione del concordato omologato [...] potrebbe [...] verificarsi [...] anche quando la proposta sia presentata dalla società debitrice [...] e, ove ciò accada, la ratio della norma ricorre anche in questa fattispecie» (R. SACCHI, *Le operazioni straordinarie nel concordato preventivo*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, IV 784). Anche in sede di commento dell'art. 118 del codice della crisi di impresa, che replica il testo dell'art. 185 l. fall., si è affermato che «la formula legislativa è, di per sé, alquanto generica e quindi, tendenzialmente, applicabile a tutte le possibili proposte [...] di concordato preventivo [ivi inclusa quella] con assunzione di terzo» (F. GUERRERA, *L'esecuzione 'forzata' del concordato preventivo nell'art. 185 legge fall. e nell'art. 118 del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in A. BASSI-G. BRANCADORO-C. CACCAVALE-G. DI CECCO-F. FINMANÒ-A. JORIO, V. SANTORO-P. VALENSISE (a cura di), *La nuova disciplina delle procedure concorsuali, in ricordo di M. Sandulli*, Torino, 2019 406). La norma sancisce quindi un principio generale in forza del quale «è la persona giuridica, che ha inteso avviare e proseguire la procedura concordataria, a dover eseguire puntualmente le obbligazioni previste nel piano in funzione dell'esatto adempimento della proposta che, all'esito di tale procedura, risulti essere stata approvata dai creditori e omologata dal tribunale» (N. ABBIANI, *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in *Giust. civ.*, 2016, II 386). L'apparente natura eccezionale della norma, rispetto alle regole societarie, «è destinata a venire meno sol che [...] la si cali nel contesto del diritto speciale dell'impresa societaria nella crisi concordataria, [retto dal] principio di stretta necessità che vincola il compimento degli atti esecutivi di un concordato omologato» (V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in *Riv. soc.*, 2017, I 124, nota 54, il quale propende per l'applicazione della norma nel caso la proposta di concordato provenga dal debitore e al concordato fallimentare). Quanto alla giurisprudenza, il Tribunale di Pisa ha di recente confermato la portata generale della norma, e ha applicato l'art. 185 l. fall. nell'ipotesi di mancata esecuzione di un concordato fallimentare da parte della società debitrice. È stata rilevata la simmetria tra l'impasse derivante dalla mancata esecuzione di un concordato preventivo, da una parte, e di quello fallimentare, dall'altra (Trib. Pisa, 14 novembre 2018, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II 295, con nota adesiva di S. COVINO, *L'applicazione dell'art. 185, comma 6, L. fall. alla fusione di società per azioni in concordato fallimentare*, *ivi*, 2020, II 295 ss.).

buzione delle azioni, tramite la conversione dei crediti in azioni. In altri termini, considerato il principio per il quale nessuno può essere costretto a «fare» qualcosa, la disposizione sostituisce l'attività degli organi, in modo prossimo al procedimento *ex art. 2409 c.c.*, e per questo carattere di eccezionalità deve essere esclusa l'applicazione analogica.

Al riguardo, si deve innanzitutto individuare la prestazione promessa, in luogo dell'originario credito, e poi verificare se il suo inadempimento possa determinare un rimedio specifico.

Si deve quindi osservare che, nell'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 185 l. fall., l'ingresso dei sostituti di amministratori e soci si verifica a valle di un decreto che ha omologato la proposta del debitore, come modificata dal terzo ed approvata dai creditori, proposta che contiene l'attribuzione delle azioni o altri strumenti finanziari ai creditori. Il decreto ha determinato effetti di modificazione approvati dalla maggioranza sui crediti, cioè sulla situazione soggettiva.

Occorre quindi riconsiderare se la deliberazione di aumento di capitale del debitore nel contesto della esecuzione di un concordato sia un atto di autonomia insuscettibile di esecuzione «forzata» con il rimedio dell'art. 185 l. fall.

Al riguardo, in via preliminare, possiamo escludere che sia praticabile il rimedio dell'art. 2932 c.c. La disposizione si ritiene inapplicabile alle deliberazioni societarie ed essa presenta il considerevole inconveniente di non determinare stabilmente l'effetto fino al passaggio in giudicato.

In primo luogo, occorre considerare che l'art. 185 l. fall., nel prevedere la sostituzione di un organo nominato dal tribunale (fallimentare) per compiere le attività sia dell'amministratore sia dell'assemblea, stabilisce correttamente il rapporto tra l'attività societaria necessaria per l'attribuzione e i creditori in termini che vanno oltre l'obbligazione di fare o di dare.

Se «l'attribuzione» di azioni omologata fosse un fare incoercibile, in quanto viene coinvolta la libertà (o l'autonomia) di determinarsi in un certo comportamento, l'aumento di capitale in caso di concordato preventivo non dovrebbe fare eccezione. Ed invece sia l'art. 185 l. fall., sia l'art. 118 del codice della crisi reagiscono all'abuso del debitore, il cui piano prevede l'aumento di capitale per i creditori ma che non esegua questo atto e frapponga ostacoli al piano.

Se è esplicitamente previsto, nell'art. 185 l. fall. e nell'art. 118 codice della crisi, che l'attività del debitore, *rectius* dei diversi organi del debitore, sia sostituita da quella di ausiliari, ciò rende infondata la tesi dell'infungibilità della prestazione del debitore.

Inoltre, se è previsto il rimedio per il caso nel quale il debitore si rifiuti di eseguire la proposta concorrente approvata ed omologata, a più forte ragione si deve ritenere che il rimedio sia applicabile quando il debitore si rifiuta di eseguire la sua stessa proposta. In effetti, non è possibile che sia la presenza della proposta del terzo che prevale su quella del debitore a rendere possibile un intervento altrimenti inammissibile. Dovrebbe essere semmai l'opposto: se il debitore non adempie alla sua stessa proposta è ancor più grave che non adempia all'impegno preso di deliberare l'aumento di capitale nella sua originaria proposta poi modificata dal terzo, che ha ricevuto l'approvazione.

In secondo luogo, si deve osservare che la disposizione dell'art. 185 l. fall. presuppone che il piano depositato dal debitore o una proposta del terzo approvata dai creditori siano stati omologati, e la sostituzione del commissario, a mio parere, controbilancia il vincolo dei singoli creditori rispetto alla proposta approvata dalla maggioranza di vedersi attribuire azioni.

Nel concorso, o nel concordato preventivo, la proposta omologata è atto di autonomia ma, dopo l'omologazione, la disposizione azzerava la sfera di autonomia dei soci, i quali si trovano di fatto convocati in assemblea al solo fine di «operare una mera ratifica dello “statuto” concordatario, per come cristallizzato nella proposta di concordato omologata»<sup>4</sup>.

In terzo luogo, la fungibilità della prestazione è da valutarsi alla luce dell'«interesse creditorio oggettivo, [...] nella disciplina del singolo rapporto e del suo bilanciamento con l'interesse contrapposto»<sup>5</sup>. La prestazione dovuta è infungibile solo laddove vi sia «inidoneità del comportamento di una persona diversa dal debitore a far conseguire al creditore la soddisfazione immediata e diretta dell'interesse tutelato»<sup>6</sup>, ma per il cre-

---

<sup>4</sup> S. COVINO, *L'applicazione dell'art. 185, comma 6*, cit., 315, in nota a Trib. Pisa, 14 novembre 2018.

<sup>5</sup> S. MAZZAMUTO, *sub art. 2931 c.c.*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2020 625.

<sup>6</sup> C. MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991.

ditore la condotta è del tutto secondaria, avendo interesse a ricevere le azioni.

Pertanto, non è la «natura» dell'attività – asseritamente di autonomia privata, ma che allora non dovrebbe essere mai compiuta da terzi, ciò che è negato dall'art. 185 l. fall. – ad essere di impedimento alla realizzazione della pretesa frustrata del creditore. Piuttosto, ad impedire la pretesa frustrata del creditore è la mancanza di un meccanismo processuale previsto esplicitamente per sostituire un'attività che è possibile sia svolta da chiunque sia legittimato ad esercitare i diritti nel procedimento assembleare.

Ed allora, partendo dal diritto del creditore all'attribuzione di partecipazioni (non è creditore di una specifica condotta), è ovvio che è indifferente per il creditore che ad attribuirgliela sia lo stesso debitore o altri, così come gli è indifferente che il debitore partecipi alle attività preparatorie, se non sono state eseguite, a conseguire tale risultato.

Nel caso, il debitore ha proposto ai creditori di attribuire loro azioni o strumenti finanziari, la proposta è stata ammessa, approvata a maggioranza con esdebitazione nella parte proposta ed omologata. Dal punto di vista patrimoniale, il debitore è avvantaggiato dalla conversione in partecipazioni o strumenti finanziari, in quanto elimina un debito dalla propria situazione patrimoniale <sup>7</sup>. La perdita di autonomia – nell'inadempimento alla proposta – è compensata dalla esdebitazione, nel senso che sia dal lato del debitore sia da quello del creditore vi è la soggezione ad un procedimento che affida anche ad uffici pubblici la rideterminazione della originaria obbligazione. La deliberazione dell'assemblea straordinaria, la sua convocazione e l'emissione sono allora atti giuridici di contenuto predeterminato, preparatori rispetto all'adempimento dell'obbligazione concordataria, e rispetto ai quali il debitore non dovrebbe compiere alcuna valutazione sul se e sul come. L'omologazione ha rideterminato l'obbligazione in un obbligo analogo ad una consegna. Se questo è inadempito, perché il debitore non tiene i comportamenti preparatori, il creditore ha diritto a chiedere la risoluzione, ma se la risoluzione non è disponibile, l'unico rimedio in

---

<sup>7</sup> Ad es., con specifico riferimento all'aumento del capitale gratuito, «una volta iscritta, la delibera è pienamente efficace senza che sia necessario il verificarsi di alcun fatto o atto successivo» (G. MUCCIARELLI-G. STRAMPELLI, *sub* art. 2442 c.c., in *Le società per azioni*, II, a cura di P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, Giuffrè, Milano, 2016 2663).

grado di tutelare effettivamente la situazione soggettiva del creditore è l'accesso al potere sostitutivo del tribunale fallimentare.

Peraltro, nel caso in cui la deliberazione sia stata presa dal debitore, ma l'atto dell'emissione delle azioni manchi, l'invasione nella sfera del debitore è modesta.

L'attività demandata al consiglio di amministrazione rientra in ogni caso nella fase meramente esecutiva dell'aumento del capitale e della conseguente attribuzione delle nuove azioni. Infatti, una volta conclusa la fase deliberativa, la seconda fase, in cui si verifica la materiale emissione dei titoli, ha carattere meramente esecutivo: «non è dubbio che [...] l'emissione dei titoli azionari sia atto esecutivo rispetto al procedimento che origina con l'approvazione della delibera di aumento di capitale»<sup>8</sup>. Ciò in quanto è necessario distinguere tra l'operazione di emissione globalmente intesa e la sua materiale esecuzione. In altre parole, la «volontà» di creare le azioni si esprime nel momento in cui viene adottata la relativa deliberazione societaria (e non quando è emesso materialmente il documento), in quanto sono irrilevanti a tal fine la successiva e consequenziale fase esecutiva e le vicende che la interessano.

Sul primo punto, si può quindi concludere che non è nell'infungibilità del «*facere*» che si trova l'argomento contrario all'applicazione analogica.

#### 4. - La soddisfazione attraverso una prestazione di «dare» e non di «fare».

Peraltro, l'attribuzione di azioni proposta non è nemmeno un «*facere*».

Nel contesto del concordato preventivo, se si osservano le situazioni soggettive di debitore e creditori, esse sono già state conosciute e modificate da un provvedimento giudiziario, il decreto di omologazione. Il debitore ha proposto la

---

<sup>8</sup> N. DE LUCA, *Circolazione delle azioni e legittimazione dei soci*, Torino, 2007 89; *idem*, C. ANGELICI, *La società per azioni: Principi e problemi*, I, in *Tratt. dir. civ. comm.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012 275, per il quale «momento centrale [è] quello nel quale viene adottata la relativa decisione; mentre il fatto materiale della emissione del titolo [...] rappresenta in effetti una mera attività esecutiva». Tant'è che le criticità derivanti dalle anomalie verificatesi nella fase di emissione dei titoli, qual è la emissione degli stessi titoli in misura eccedente quanto fissato dalla deliberazione (c.d. sovraemissione), vengono risolte dando rilevanza alla decisione sociale che ha dato corso all'emissione e non alle «circostanze della sua materiale esecuzione» (C. ANGELICI, *Sulla emissione dei titoli azionari*, in *Dir. banc.*, 1988, I, 50).

soddisfazione dei creditori tramite l'attribuzione di azioni, partecipazioni o altri strumenti finanziari. I creditori hanno deliberato a maggioranza che l'originario credito sia soddisfatto tramite l'attribuzione di tali beni.

Se si osserva la situazione soggettiva – nella coppia obbligazione/credito – la «soddisfazione tramite attribuzione» prevista dall'art. 160 l. fall., così come nell'art. 4-*bis* d.l. n. 347 del 2003 non richiama né un atto negoziale né una condotta (un *facere* infungibile).

Nella proposta di concordato preventivo, così come in quella dell'amministrazione straordinaria, il debitore o l'assuntore non hanno promesso un «fare» ma un «dare».

Nel contesto concorsuale, l'esecuzione coattiva ed il concorso sono gli ambiti che fanno propendere per la c.d. teoria patrimoniale dell'obbligazione, per la quale il diritto del creditore è fondato sull'interesse a ricevere un «bene» (ed è indifferente rispetto alla condotta del debitore)<sup>9</sup>.

Nel concordato c.d. Marzano, a maggior ragione, la società è stata già dichiarata insolvente, con scadenza dell'intero passivo e trasformazione in debito pecuniario, ed apertura del concorso. In questo contesto, è inconcepibile che la proposta preveda un'attività del debitore (o del commissario) o dell'assuntore, poiché essa ha ad oggetto la soddisfazione dei crediti di denaro con un diverso bene (le partecipazioni).

Nel contesto concorsuale, ove si tratta della esecuzione coattiva di una obbligazione, è evidente quindi che la condotta del debitore è irrilevante. In secondo luogo, gli artt. 124 e 160 l. fall., prima degli interventi di riforma, facevano riferimento, rispettivamente, al «pagamento dei crediti» e all'obbligo del debitore del «pagamento dei suoi debiti», presupponendo che gli obblighi sono obblighi di pagamento. Le modifiche apportate alle norme non hanno inciso su tale aspetto: il debitore continua ad essere tenuto al pagamento dei debiti, con la peculiarità che non necessariamente questa procedura determina ora la soddisfazione in termini monetari, ben potendo prevedere la soddisfazione a mezzo di beni alternativi al denaro, quali le azioni del debitore (o dell'assuntore)<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> M. GIORGIANNI, *L'obbligazione: la parte generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1951 51; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milano, 1936, 68 e 77.

<sup>10</sup> Si v. P. PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Il concordato fallimentare*, in *Manuale*, cit. 673.

Ed in effetti – secondo la giurisprudenza formatasi sull’art. 160 l. fall., norma che «copia» l’art. 4-*bis* d.l. 347 del 2003 – l’attribuzione costituisce una «prestazione in luogo dell’adempimento» di cui all’art. 1197 c.c.<sup>11</sup>.

Ora, secondo alcuni, nel concordato con attribuzione di azioni o strumenti finanziari partecipativi, «l’adempimento avviene attraverso una *datio in solutum*, che [...] assicura la consegna di un determinato bene, ma non il risultato monetario finale»<sup>12</sup>. In ogni caso, se anche non si vuole ritenere che la soddisfazione avvenga tramite una *datio in solutum* – secondo alcuni un negozio a contenuto reale<sup>13</sup> – in senso strettamente civilistico, in quanto la sottoscrizione coattiva di azioni è liberata tramite compensazione del credito verso il debitore insolvente, non è dubitabile che la dazione in pagamento di azioni vede certamente il diritto del creditore fondato sull’interesse a ricevere un bene.

Pertanto, all’esito del vincolo maggioritario nei confronti della propria situazione soggettiva, il creditore ha diritto a che gli siano attribuite le azioni o gli altri beni, partecipazioni e strumenti, come previsto nell’art. 160 l. fall. e nell’art. 4-*bis* d.l. n. 347 del 2003.

## 5. - Conclusioni sulla prestazione di «dare» e irrilevanza dell’autonomia dell’organo.

La soddisfazione dell’originario credito avviene tramite una attribuzione di beni dal debitore o dall’assuntore.

Il termine «attribuzione», contenuto nell’art. 4-*bis* d.l. n. 347 del 2003, ma anche negli artt. 124 e 160 l. fall., indica il risultato dell’assegnazione di azioni (non vi è menzione né di un trasferimento di proprietà né di attività):

---

<sup>11</sup> App. Milano, 16 aprile 2019, n. 1678, disponibile in *Dejure*; Trib. Milano, 5 dicembre 2018 e Trib. Milano, 15 novembre 2018; in relazione al concordato C.M.C., Trib. Ravenna, 29 maggio 2020, disponibile su *Dejure*; Trib. Reggio Emilia, 16 aprile 2014, in *Fallimento*, 2015, I 59 ss.; in dottrina, sul caso del San Raffaele, A. BASSI, *Il concordato preventivo tra cessio honorum e datio in solutum. Il caso “S. Raffaele”*, in *Giur. comm.*, 2012, VI 837 ss., e G. D’ATTORRE, *L’attribuzione ai creditori di partecipazioni sociali tra par condicio creditorum e principio di eguaglianza tra soci*, in *Riv. soc.*, V, 2011 864: «il soddisfacimento dei creditori avviene mediante una forma di *datio in solutum*, attraverso l’attribuzione ad essi di partecipazioni sociali».

<sup>12</sup> V. M. SANDULLI, *sub art. 160*, in *La riforma della legge fallimentare*, II, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006 985.

<sup>13</sup> S. RODOTÀ, *Dazione in pagamento*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962.



il creditore è titolare del diritto a ricevere, da parte del veicolo societario, le azioni e rispetto a questo diritto la consegna delle azioni è puramente esecuzione. L'«attribuire» è un fenomeno non di passaggio di proprietà, ma di assegnazione di una partecipazione rispetto all'attivo della procedura<sup>14</sup>.

Il legislatore con «attribuire» non fa riferimento al «trasferimento di proprietà», ma ad una modalità tecnica di imputazione della partecipazione al titolare del diritto di credito concorrente. In caso di mancata esecuzione, il creditore non agirebbe quindi per far valere una pretesa al trasferimento di proprietà, ma alla sola attribuzione – da attuarsi con consegna tramite intestazione del titolo – delle azioni a cui ha diritto.

Quanto all'oggetto dell'attribuzione, si tratta di azioni del debitore o dell'assuntore. Tali beni sono infungibili rispetto alle azioni di altre società, ma ognuna di esse «fungibile rispetto alle altre» emesse dalla stessa società<sup>15</sup>.

## **6. - Conclusioni a *majori* in relazione al concordato con assunzione (assenza del rimedio della risoluzione).**

Detto che la prestazione promessa è di «attribuire» azioni o strumenti finanziari, mentre il concordato preventivo e fallimentare sono suscettibili di risoluzione *ex artt.* 137 e 186 l. fall., nel caso di assunzione, il rimedio della risoluzione non è disponibile per l'espressa previsione delle stesse disposizioni.

Come detto, non soccorre il rimedio dell'art. 2932 c.c. In primo luogo, la disposizione assume che la deliberazione sia suscettibile nell'obbligo di concludere un contratto e duplicherebbe la cognizione del tribunale sulla situazione soggettiva coinvolta, già trattata dal tribunale fallimentare ai fini del passivo o del voto (o dal tribunale ordinario in caso di contestazioni nel

---

<sup>14</sup> Il termine ricorre in relazione a poteri, competenze o diritti (si v., ad es., l'art. 1373, comma 1, c.c., per il quale «è attribuita la facoltà di recedere dal contratto») o, ancora, nell'art. 2506, comma 2, c.c., che, in materia di scissione di società, limita il conguaglio in denaro consentito al 10% del «valore nominale delle azioni [...] attribuite». Dalla lettura della relazione alla riforma del diritto societario, si evince che il legislatore ha scelto di utilizzare il termine «attribuire» invece di «trasferire», per chiarire che, in tale ipotesi, «non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni (ad esempio relative alla situazione edilizia degli immobili)». Relazione al d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6, in [https://www.fondazioneoic.eu/wp-content/uploads/downloads/2010/12/Relazione-d.lgs\\_6\\_2003.pdf](https://www.fondazioneoic.eu/wp-content/uploads/downloads/2010/12/Relazione-d.lgs_6_2003.pdf).

<sup>15</sup> G.P. LA SALA, *sub art.* 2346 c.c., in *Le società per azioni*, I, a cura di P. ABBADESSA-G.B. PORTALE, Giuffrè, Milano, 2016 469 ss.

concordato preventivo). Inoltre, la sentenza che costituisce l'ipotetico rapporto sarebbe comunque da eseguire con emissione delle azioni e soprattutto non è considerata stabile fino al suo passaggio in giudicato, per giurisprudenza pacifica.

Pertanto, nei concordati con assunzione, è certamente fondata la conclusione per la quale l'applicazione analogica dell'art. 185 l. fall. è necessitata per impedire un irragionevole trattamento (pregiudizievole).

### **7. - Applicazione analogica successiva alla chiusura della procedura. Il rapporto tra esecuzione concorsuale ed esecuzione individuale.**

Ciò detto con riferimento ai concordati nei quali vi sia ancora una procedura aperta, con un tribunale fallimentare al quale chiedere l'applicazione dell'art. 185 l. fall., occorre verificare se – a procedura chiusa – il rimedio possa essere chiesto al tribunale in sede di esecuzione del credito, nei limiti della percentuale concordataria (perché ad es. il creditore è stato accertato tale dopo la chiusura della procedura).

Il tema coinvolge il delicato rapporto tra titolo formatosi contro il debitore, opponibile alla procedura o all'assuntore, e il decreto di omologa.

In primo luogo, con riferimento al debitore o all'assuntore della Legge Marzano, non sussistono dubbi per considerare che il titolo formatosi contro il debitore *medio tempore* sia suscettibile di fondare l'esecuzione forzata a procedura chiusa. Con riferimento al debitore, è ovvio che le azioni ordinarie proseguono durante il concordato e che quindi un creditore che venga riconosciuto tale, anni dopo l'esecuzione del concordato e la chiusura della procedura, abbia diritto a ricevere le azioni o gli strumenti finanziari partecipativi.

Con riferimento all'assuntore della Legge Marzano, è pacifico che l'assuntore succede nella stessa posizione del debitore *ex art. 111 c.p.c.*<sup>16</sup> e che

---

<sup>16</sup> Con specifico riferimento all'assuntore della Legge Marzano, in dottrina si individuano «elementi favorevoli alla tesi per cui l'assuntore succederebbe al debitore – già dall'emana-zione della pronuncia –, con applicazione dell'art. 111 c.p.c.» (P.D. BELTRAMI, *sub art. 4-bis*, in *Comm. Legge Marzano* Castagnola e Sacchi, *cit.* 205). Ciò in quanto nell'ipotesi di concordato nel contesto di una procedura di insolvenza con liberazione del fallito «obbligato resta soltanto l'assuntore» (A. BONSIGNORI, *Il concordato fallimentare*, in *Comm. l. fall. Scialoja-Branca, Art. 124-141*, a cura di F. BRICOLA-F. GALGANO-G. SANTINI, Bologna-Roma, 1977 193), al quale

possano darsi opposizioni allo stato passivo o altri accertamenti del credito a distanza di anni dalla chiusura della procedura. Per effetto dell'impegno assunto verso i creditori con la sottoscrizione della proposta di assunzione, oltre ad accollarsi tutti i debiti facenti capo alle società debentrici originarie, l'assuntore tipicamente propone il soddisfacimento dei creditori chirografari nella stessa proposta di concordato con l'attribuzione delle azioni, che è il cuore della soddisfazione offerta ai creditori.

Inoltre, con specifico riferimento all'assuntore del concordato previsto nella Legge Marzano, sarebbe pura finzione considerarlo estraneo rispetto alla proposta, perché l'assuntore è costituito dal commissario straordinario, al fine di attribuire una frazione del capitale ai creditori in cambio del trasferimento dell'attivo all'assuntore. In altri termini, si fraziona l'attivo senza liquidarlo, trasferendolo alla società le cui partecipazioni sono attribuite ai creditori.

Infatti, non si tratta nel caso di un terzo che corre il rischio del concordato – secondo la tradizionale configurazione dell'assunzione del terzo come operazione aleatoria<sup>17</sup> alla quale sono inapplicabili i rimedi contrattuali della risoluzione e rescissione. Nel caso, l'assuntore è una sorta di *good company*, una persona giuridica costituita dal commissario straordinario in modo da erigere la massa dei creditori ad assuntore destinatario del «buono» derivante dalla prosecuzione dell'impresa. Questo è quanto previsto dall'art. 4-bis, comma 1, lett. c-bis, d.l. n. 347 del 2003: l'assuntore è una società costituita dal commissario straordinario al fine di convertire la massa creditoria in capitale di rischio.

Detto che il terzo-assuntore nel concordato Marzano è un debitore, il fatto che la sentenza che omologhi il concordato sia provvisoriamente esecutiva deve significare anche che tale sentenza permetta azioni esecutive contro l'assuntore.

Invero, l'assuntore, secondo una ordinanza della Corte Costituzionale relativa a Parmalat, è destinatario diretto, ai sensi dell'art. 111, comma 4,

---

«può essere attribuita la qualifica di successore a titolo particolare del fallito» (G. MINUTOLI, *sub* art. 1241. fall., in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017 1742). Pertanto, non v'è dubbio che «da successione a titolo particolare [...] si [abbia] sicuramente nell'ipotesi di liberazione del fallito» (v. A. BONSIGNORI, *Op. cit.*, 195).

<sup>17</sup> Cass., 24 aprile 1963, n. 1080, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1384.

c.p.c., degli effetti delle decisioni che hanno come parte la società in procedura<sup>18</sup>. Infatti, l'applicazione degli artt. 477, comma 1, e 111, comma 4, c.p.c. consente al creditore che abbia ottenuto un titolo esecutivo di azionarlo sia nei confronti del soggetto debitore ivi indicato sia nei confronti dei suoi successori, siano essi successori a titolo particolare o a titolo universale<sup>19</sup>.

Ciò detto sulla soggezione del debitore e dell'assuntore all'azione esecutiva derivante da un titolo esecutivo correttamente formatosi, ai fini della esecuzione verso un assuntore o un debitore non adempimenti, lo stesso credito è stato modificato dal decreto di omologazione e la situazione soggettiva del creditore riguarda l'attribuzione di azioni o strumenti finanziari partecipativi.

La decisione di omologazione accerta che si sono verificate le condizioni per sostituire le originarie obbligazioni con le obbligazioni contenute nella proposta di concordato.

In primo luogo, l'effetto della decisione di omologazione è sostanziale ed extra-concorsuale. Infatti, la giurisprudenza consente di «far valere l'effetto esdebitatorio o comunque soddisfacitivo mediante opposizione esecutiva»<sup>20</sup>, in quanto si afferma che «gli effetti del concordato possono essere fatti valere in sede soddisfacitiva, anche con l'opposizione all'esecuzione»<sup>21</sup>. In particolare, «al fine di calcolare l'esatta entità del credito [...] in sede di

---

<sup>18</sup> Corte cost., 21 aprile 2006, n. 172, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1638.

<sup>19</sup> L'art. 477 c.p.c. riconosce espressamente efficacia esecutiva al titolo nei confronti degli eredi, ma dev'essere coordinato con la lettera dell'art. 111 c.p.c., secondo cui «da sentenza pronunciata contro [il dante causa] spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare». Si ritiene, dunque, non vi sia alcuna ragione per escludere l'estensione dell'efficacia esecutiva del titolo anche ai successori a titolo particolare. Come rilevato da autorevole dottrina «si [deve] riconoscere che la portata dell'art. 477 includ[e] anche i successori a titolo particolare» (C. MANDRIOLI, *In tema di rapporti tra estensione soggettiva del giudicato e estensione soggettiva del titolo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, III, 1985, 472; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2019 49 ss.), in quanto «se concentriamo l'attenzione sul singolo obbligo, [...] non c'è alcuna diversità tra successione a titolo universale [...] e qualunque altra ipotesi di successione nell'obbligo» (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Giuffrè, Milano, 2017 48 ss.).

Il Tribunale di Parma in un altro giudizio che ha visto coinvolta la controparte Parmalat S.p.A.: «se il successore è intervenuto in giudizio la sentenza lo vincola in quanto parte, mentre se non è intervenuto l'art. 111 ultimo comma c.p.c. estende eccezionalmente il limite soggettivo dell'art. 2909 c.c.» (Trib. Parma, 6 dicembre 2006, in *Giur. merito*, IV, 2007, 1135).

<sup>20</sup> F.S. FILOCAMO, *sub art.* 184, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007 1469.

<sup>21</sup> V. Cass., 25 maggio 2021, n. 14363, in *Dejure*.

opposizione all'esecuzione [...] [è necessario tenere conto dell'importo dell'intero credito indicato nel titolo esecutivo] applicando su tale importo complessivo la falcidia concordataria»<sup>22</sup>.

Per tale ragione, già prima delle riforme che hanno interessato le procedure concorsuali, si riteneva che se la fase concordataria si è esaurita, è corretta l'iniziativa del creditore che, in forza della sentenza esecutiva, promuove l'espropriazione forzata nei confronti del debitore, dell'assuntore o del garante<sup>23</sup>. Infatti, il creditore rimasto insoddisfatto, *in toto* o parzialmente, rispetto a quanto dovutogli in adempimento della proposta avrà diritto di agire in giudizio, ed anche in sede esecutiva, ove già avesse un titolo formatosi verso l'originario debitore, al quale subentra *ex art. 111 c.p.c.*, per ottenere il riconoscimento delle sue ragioni, «essendo tuttavia certo che la sentenza di condanna, o il pagamento coattivo, non potranno riguardare le somme non più ottenibili per effetto della falcidia, che può costituire oggetto di eccezione (c.d. eccezione di concordato) in ogni grado di giudizio»<sup>24</sup>.

Pertanto, è pacifico che l'omologazione determina effetti sulle situazioni soggettive del debitore, che può liberarsi secondo determinate condizioni, e dei creditori, che sono tenuti a rispettare le condizioni del concordato. In secondo luogo, il decreto di omologazione costituisce anche il titolo del trasferimento dei beni a favore dell'assuntore. Si ritiene quindi che la decisione di omologazione, ormai passata in giudicato, rispetto alla obbligazione debitore-creditore ha effetti costitutivi ed essa, come ogni sentenza costitutiva passata in giudicato, è perfettamente suscettibile di una esecuzione forzata<sup>25</sup>.

In terzo luogo, è evidente che dal divieto di proseguire le azioni esecutive

---

<sup>22</sup> Cass., 22 dicembre 2006, n. 27489, in *Dejure*; già Cass., 4 febbraio 1980, n. 770, in *Giur. comm.*, 1981, II 262 e ss., affermava che «gli effetti del [concordato] rimasti estranei alla materia controversa nel giudizio di accertamento, possono essere opposti [...], ove il creditore stesso intimi precetto per l'intero ammontare per il quale ha ottenuto la pronuncia di condanna, in sede di opposizione all'esecuzione».

<sup>23</sup> G. LO CASCIO, *L'accertamento e l'adempimento delle obbligazioni nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 1993, IX, 2067.

<sup>24</sup> M. PERRINO, *sub art. 184 l. fall.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2017 2539.

<sup>25</sup> L. SALVATO, *Questioni in tema di conversione del credito in capitale di rischio nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, I, 68.

individuali, proprio della procedura di amministrazione straordinaria, del fallimento e del concordato preventivo, e dalla successiva promessa di attribuzione satisfattiva delle azioni o degli strumenti finanziari discende l'esigenza di esecuzione della sentenza di omologazione del concordato, nell'interesse dei creditori.

Per tale ragione, se si considera il principio generale per il quale «[l']esigenza di esecuzione [può] risultare, quanto alle sentenze costitutive, dal contenuto stesso della sentenza e dalla funzione che il titolo è destinato a svolgere»<sup>26</sup>, l'effetto costitutivo della decisione di omologazione sull'obbligazione, sentenza provvisoriamente esecutiva, è idonea a fondare l'esecuzione per la condanna alla consegna di azioni, in quanto nel provvedimento di omologazione può ravvisarsi «una condanna implicita all'esecuzione del piano»<sup>27</sup>.

Ciò detto in termini generali, se il tribunale competente è quello della esecuzione, poiché la procedura è chiusa e non può essere riaperta per far dichiarare la risoluzione del concordato, si tratterà di una esecuzione per consegna.

---

816

Tale rimedio (e cioè l'applicazione degli strumenti dell'art. 185 l. fall., anche a procedura chiusa) sussiste sia nel caso di assunzione sia nel caso di debitore che si rifiuta di votare il proprio aumento di capitale. Teoricamente, il caso diverso dall'assunzione dovrebbe essere assistito dal rimedio della risoluzione. Tuttavia, nel caso di procedura chiusa, ove il creditore sia accertato a distanza di anni, è praticamente impossibile chiedere la risoluzione del concordato per quell'inadempimento, in quanto la conversione dei crediti in azioni è già avvenuta con riferimento agli altri creditori e l'aumento di capitale ha determinato effetti reali non eliminabili.

Pertanto, si deve dunque riconoscere al creditore il diritto di perseguire sia il debitore sia l'assuntore con l'azione esecutiva che aveva nei confronti del debitore con le modificazioni della prestazione derivanti dalla sentenza di omologazione del concordato. Affinché tale azione esecutiva possa efficacemente soddisfare l'interesse del creditore concordatario, è possi-

---

<sup>26</sup> V. Cass., 26 gennaio 2005, n. 1619, richiamata da A. AUDINO, *sub* art. 180, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013 1202.

<sup>27</sup> T.E. CASSANDRO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Tratt. procedure concorsuali* Apice, III, Torino, 2011 410; A. AUDINO, *sub* art. 180, cit. 1202.

bile e necessaria, per ragioni di economicità e di coerenza, l'applicazione dell'art. 185 l. fall. nei casi in cui l'assuntore si sia impegnato ad attribuire azioni proprie al creditore <sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Detto che si è correttamente osservato che i destinatari della previsione contenuta nell'art. 185 l. fall. sono «il debitore [...] o l'assuntore» (M. VANZETTI, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2017, II, 546), è anche da condividere quindi che visto che la norma «pone [...] a carico del debitore una obbligazione di *facere* [...] [e indica] una possibile attuazione coattiva di quel che il debitore avrebbe dovuto fare e non ha fatto» (G. TARZIA, *Intervento di terzi, proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2020, X, 1293), l'art. 185 l. fall. sia espressione di un principio «generale in materia di esecuzione del concordato» (R. BROGI, *L'esecuzione del concordato preventivo nel codice della crisi*, in *Fall.*, 2020, X, 1324), in coerenza con «la locuzione generica "esecuzione del concordato", con ciò confermando inequivocabilmente che si tratta di una norma non limitata all'ambito delle proposte concorrenti» (T. IANACCONE, *Le offerte concorrenti*, in *Giur. it.*, 2017, II, 514).