



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOMINE DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

01065/02

M

Oggetto

AZIONE DI  
MANLEVA

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. Angelo GRIECO - Presidente -
- Dott. Ugo Riccardo PANEBIANCO - Consigliere -
- Dott. Donato PLENTEDA - Consigliere -
- Dott. Sergio DI AMATO - Rel. Consigliere -
- Dott. Maria Rosaria CULTRERA - Consigliere -

R.G.N. 17956/99

21322/99

Cron. 2758

Rep. 295

Ud. 25/09/2001

ha pronunciato la seguente

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
UFFICIO COPIE

**S E N T E N Z A**

sul ricorso proposto da:

Richiesta copia studio  
dal Sig. IL SOLE

per diritti 3,10

il 29 GEN. 2002

IL CANCELLIERE

DE FERRARI FRANCESCO, ROMBOLINI ROBERTO, ROMBOLINI RUGGERO, in qualità di eredi di ROMBOLINI GIOVANNI,

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
UFFICIO COPIE

BACCINO ENRICO, BACCINO FRANCESCO, DE FERRARI PAOLA, DE FERRARI FRANCESCA GIUSEPPINA, DE FERRARI MARIA LUISA, elettivamente domiciliati in ROMA VIA AREZZO 38, presso

Richiesta copia studio  
dal Sig. GE

per diritti 3,10

il 29 GEN. 2002

IL CANCELLIERE

l'avvocato MAURIZIO MESSINA, che li rappresenta e difende unitamente agli avvocati TULLIO CASTELLI e GIAN MARCO BO, per il primo giusta procura speciale per Notaio Luigi Lechi di Montichiari rep. n. 97145 del 27.9.1999; per i restanti giusta procura a margine del

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
UFFICIO COPIE

Richiesta copia studio  
dal Sig. F.1

per diritti 3,10

il 29 GEN. 2002

IL CANCELLIERE

2001 ricorso;

1946

- ricorrenti -



**contro**

FALLIMENTO EDILMARE Srl, EDILIZIA CONVENTO di BORDERO MOSE' & C. Snc, LA RIVANA di BORDERO MOSE' & C. Snc in liquidazione;

**- intimate -**

**e sul 2° ricorso n° 21322/99 proposto da:**

FALLIMENTO EDILMARE Srl, in persona del Curatore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA PIERLUIGI DA PALESTRINA 63, presso l'avvocato MARIO CONTALDI, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati RENATO MOTTOLA e FRANCESCO G. DANERI, giusta mandato a margine del controricorso e ricorso incidentale;

**- controricorrente e ricorrente incidentale -**

**contro**

DE FERRARI FRANCESCO, BACCINO ENRICO, BACCINO FRANCESCO, DE FERRARI FRANCESCA GIUSEPPINA, DE FERRARI MARIA LUISA, DE FERRARI PAOLA, ROMBOLINI ROBERTO, ROMBOLINI RUGGIERO, EDILIZIA CONVENTO di BORDERO MOSE' & C. Sas, LA RIVANA di BORDERO MOSE' & C. Snc in liquidazione;

**- intimati -**

avverso la sentenza n. 529/98 della Corte d'Appello di GENOVA, depositata il 29/06/98;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 25/09/2001 dal Consigliere Dott. Sergio DI





AMATO;

udito per i ricorrenti, l'Avvocato Messina, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso principale e il rigetto del ricorso incidentale;

udito per resistente e ricorrente incidentale, l'Avvocato Mottola, che ha chiesto il rigetto del ricorso principale e l'accoglimento del ricorso incidentale;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Raffaele CENICCOLA che ha concluso per il rigetto del ricorso principale; l'assorbimento del ricorso incidentale condizionato.

#### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Francesco De Ferrari, Giovanna Rombolini, Enrico Baccino, Francesco Baccino, Paola De Ferrari, Francesca Giuseppina De Ferrari e Maria Luisa De Ferrari convenivano in giudizio la s.n.c. La Rivana di Bordero Mosè, la s.a.s. Edilizia Convento di Bordero Mosè ed il fallimento della s.r.l. Edilmare, chiedendone la condanna a manlevarli dalle conseguenze dell'azione di rivalsa promossa nei loro confronti dalle compagnie di assicurazione Assicurazioni Generali s.p.a. e Toro s.p.a.. In particolare, esponevano che essi attori avevano perfezionato con il Comune di Lavagna un piano di lottizzazione convenzionata, che prevedeva, in relazione alla



esecuzione delle opere di urbanizzazione contemplate dal piano, il rilascio di una polizza fideiussoria; che essi attori avevano successivamente ceduto alle società convenute gli immobili oggetto del piano di lottizzazione, trasferendo agli acquirenti ogni obbligo assunto con il Comune; che la polizza fideiussoria era stata offerta da Mosè Bordero, legale rappresentante della s.r.l. Edilmare, anche per conto degli originari lottizzanti; che la polizza era stata integrata con appendici con le quali i relativi obblighi venivano assunti anche dalle società convenute; che il Comune di Lavagna aveva chiesto in giudizio il pagamento della somma garantita; che le Assicurazioni Generali s.p.a. e la Toro s.p.a. avevano chiamato in causa essi attori quali originari lottizzanti; che essi attori avevano chiesto di chiamare in giudizio le odierne convenute per essere manlevati da ogni conseguenza negativa e per sentire accertare l'obbligo del fallimento della s.r.l. Edilmare, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, di eseguire le previste opere di urbanizzazione; che la chiamata in causa non era stata autorizzata e per tale ragione si era reso necessario un autonomo giudizio.

I convenuti si costituivano contestando la fondatezza della domanda; il fallimento della s.r.l. Edilmare eccepiva anche l'incompetenza del Tribunale di Chia-



vari, attesa competenza funzionale del Tribunale fallimentare.

Il Tribunale di Chiavari, con sentenza dell'8 febbraio 1995, rigettava le domande affermando che, alla stregua delle risultanze della polizza fideiussoria e delle relative appendici, le società convenute avevano assunto il debito in via solidale con Mosè Bordero, intestatario della polizza, senza obbligarsi, tuttavia, nei confronti degli attori. Questi proponevano appello, che la Corte di Genova rigettava con sentenza del 29 giugno 1998, osservando che: 1) in linea astratta e teorica sussisteva un rapporto di pregiudizialità tra l'azione di garanzia proposta dagli assicuratori (Assicurazioni Generali s.p.a. e Toro s.p.a.) nei confronti degli appellanti e la domanda di manleva oggetto del giudizio; 2) in concreto, tuttavia, indipendentemente dal verificarsi del presupposto della domanda, consistente nella condanna degli attori a tenere indenni gli assicuratori da quanto corrisposto al Comune di Lavagna, sussistevano ragioni per il rigetto della domanda di manleva nei confronti della s.n.c. La Rivana di Bordero Mosè e della s.a.s. Edilizia Convento di Bordero Mosè; in particolare, le società convenute, come aveva rilevato il Tribunale, avevano assunto il debito in solido con il Bordero e non anche in solido con



gli attori, che erano rimasti estranei alla stipulazione della polizza fideiussoria, che il Bordero aveva sottoscritto anche per loro conto, ma senza avere un potere rappresentativo tale da giustificare la spendita del loro nome; 3) quanto alle domande proposte nei confronti del fallimento della s.r.l. Edilmare, le stesse dovevano ritenersi inammissibili, prima che infondate, come ritenuto dal Tribunale, atteso che la domanda di manleva, in quanto diretta al conseguimento di un titolo da fare valere nei confronti del fallimento, non poteva sfuggire alla regola del concorso dettata dall'art. 52 l. fall. ed atteso che l'accertamento dell'obbligo di fare, pretesamente derivante dalla convenzione urbanistica, era incompatibile con il divieto di azioni esecutive dettato dall'art. 51 l. fall.

Avverso detta sentenza propongono ricorso per cassazione Francesco De Ferrari, Giovanna Rombolini, Enrico Baccino, Francesco Baccino, Paola De Ferrari, Francesca Giuseppina De Ferrari e Maria Luisa De Ferrari, deducendo sei motivi. Il fallimento della s.r.l. Edilmare resiste con controricorso e propone ricorso incidentale condizionato, deducendo un motivo. Il fallimento della s.r.l. Edilmare ha anche presentato memoria ex art. 378 c.p.c..

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**



1. I ricorsi, proposti avverso la stessa sentenza, devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 c.p.c..

Con il primo motivo i ricorrenti deducono la violazione degli artt. 295, 113 e 116 c.p.c. nonché degli artt. 2699 e 2702 c.c., in relazione all'art. 310 c.p.c.. In particolare, i ricorrenti si dolgono del rigetto dell'istanza di sospensione del giudizio, erroneamente fondata sull'assunto che la s.n.c. La Rivana e la s.a.s. Edilizia Convento non avessero assunto obbligo di manleva nei confronti dei ricorrenti; infatti, dai documenti prodotti era emerso che le società convenute avevano assunto tutte le obbligazioni di cui alla convenzione di lottizzazione, ivi comprese quelle relative al compimento delle opere di urbanizzazione, e ciò in via solidale con Bordero Mosè, il quale aveva agito anche per conto degli stessi ricorrenti. Pertanto, era possibile, benché fosse stato escluso con sentenza non passata in cosa giudicata, nel diverso giudizio tra i ricorrenti e gli assicuratori, che i primi fossero ritenuti coobbligati con il Bordero e con le società convenute, nei confronti del Comune di Lavagna e delle compagnie assicuratrici.

Con il secondo motivo, da esaminarsi congiuntamente, i ricorrenti ripropongono la violazione dell'art.



295 c.p.c. sotto il profilo della necessità di evitare contrasto di giudicati in relazione alla configurabilità di una loro responsabilità.

I motivi sono fondati nelle cause tra i ricorrenti e le società La Rivana ed Edilizia Convento. Come è noto, la necessità di sospendere un giudizio ex art. 295 c.p.c. sorge allorchè siano contemporaneamente pendenti due cause civili legate da un nesso di dipendenza, intesa nel senso di pregiudizialità logica e giuridica, che ricorre quando la definizione di una controversia rappresenti l'indispensabile antecedente logico e giuridico, da accertare con efficacia di giudicato, per la definizione dell'altra (v. *ex pluribus* e da ultimo Cass. 13 aprile 2001, n. 5533; Cass. 28 giugno 2001, n. 8819). La pregiudizialità tra il presente giudizio e quello in corso tra i ricorrenti e le compagnie di assicurazione Assicurazioni Generali s.p.a. e Toro s.p.a. è stato escluso dalla Corte di appello in base all'assunto che, come riferito in narrativa, pur dipendendo in astratto il giudizio sulle cause di manleva dalla condanna dei ricorrenti nel diverso giudizio, in concreto, indipendentemente dal presupposto della condanna nel diverso giudizio, sussistevano ragioni per escludere che le società convenute avessero assunto una qualsiasi obbligazione, e perciò anche quella di manleva,





nei confronti dei ricorrenti. Tali ragioni si fondavano sul rilievo che chi aveva offerto la polizza fideiussoria al Comune di Lavagna non aveva alcun potere di rappresentare anche i ricorrenti, che, pertanto, erano rimasti estranei alle stipulazioni delle polizze fideiussorie.

Orbene, la Corte di merito è partita dalla esatta premessa secondo cui non sussiste la necessità di sospendere il giudizio quando sia possibile definirlo, indipendentemente dalla definizione della questione pregiudiziale (nella specie la responsabilità degli attori, odierni ricorrenti, nei confronti di terzi), per la mancanza di un altro ed autonomo presupposto della domanda (nella specie l'assunzione da parte delle convenute di una obbligazione di manleva). Il diverso presupposto deve essere, tuttavia, autonomo nel senso che il suo accertamento non deve dipendere dalla soluzione della stessa questione sulla cui base deve essere risolta la questione pregiudiziale.

Nel caso in esame, invece, l'argomento utilizzato per escludere l'assunzione di obbligazioni da parte delle società La Rivana ed Edilizia Convento è, come risulta anche dalla memoria ex art. 378 c.p.c., presentata dal fallimento, lo stesso argomento che è stato utilizzato dal Tribunale di Chiavari con la sentenza 21

A handwritten mark consisting of a large, stylized 'X' or a similar symbol, possibly a signature or a mark of approval.



febbraio 1996, resa nella causa che i ricorrenti pretendono essere pregiudiziale, per escludere che gli stessi ricorrenti potessero considerarsi obbligati nei confronti delle compagnie di assicurazione. Da ciò discende che la soluzione della stessa questione, e cioè quella della efficacia rispetto ai ricorrenti delle stipulazioni effettuate da un terzo (Mosè Bordero) anche per loro conto, è decisiva sia nella causa indicata come pregiudiziale, al fine di accertare il presupposto della responsabilità degli attori verso terzi, sia nelle cause tra i ricorrenti e le società La Rivana ed Edilizia Convento, al fine di accertare l'assunzione da parte delle predette società di una obbligazione di manleva nei confronti degli stessi ricorrenti. Né si può sostenere, come ha fatto in sede di discussione la difesa del controricorrente, che la mancata impugnazione della sentenza di appello nella parte in cui esclude che le convenute abbiano mai assunto una obbligazione di manleva avrebbe determinato la formazione di un giudicato sul punto. Invero, con la proposta impugnazione i ricorrenti hanno contestato in radice la possibilità di decidere, affermando la necessità di una sospensione del giudizio e senza, quindi, che su di essi incombesse l'onere di contestare anche il merito della decisione, tra l'altro verosimilmente conforme ai loro interessi



nella parte in cui esclude che il terzo sia intervenuto anche in loro nome nelle ricordate stipulazioni. Pertanto, la Corte di merito ha erroneamente escluso la dipendenza in concreto tra le due controversie, nei rapporti tra i ricorrenti e le società La Rivana ed Edilizia Convento. I motivi in esame sono, invece, assorbiti, nei confronti del fallimento, dalle considerazioni svolte in relazione al terzo ed al quinto motivo.

2. Con il terzo motivo i ricorrenti lamentano la violazione degli artt. 51 e 52 l. fall., atteso che l'azione di manleva non rientrerebbe tra quelle da accertare secondo le norme sull'accertamento del passivo fallimentare ed atteso che il relativo diritto era sorto nel corso del fallimento, dopo la chiusura dello stato passivo, quando la procedura aveva revocato l'esercizio provvisorio sottraendosi così agli obblighi assunti con la convenzione urbanistica; inoltre, poiché il tribunale adito era lo stesso tribunale che aveva dichiarato il fallimento, non si poteva porre una questione di competenza.

Con il quinto motivo, da esaminarsi congiuntamente, i ricorrenti deducono violazione degli artt. 51, 52 e 90 l. fall. assumendo, da un lato, che la condanna a manlevare un soggetto e l'accertamento di un obbligo di fare non rientrano né nelle azioni esecutive individua-



li né nell'accertamento di un credito e, d'altro lato, che nella specie l'accertamento richiesto era prodromico ad una successiva ammissione al passivo e concerneva un obbligo direttamente assunto dal fallimento.

I motivi sono infondati. Nella procedura fallimentare operano i principi del concorso formale e sostanziale, in virtù dei quali, da un lato, i creditori, fatti salvi gli eventuali diritti di prelazione, possono partecipare solo in proporzione delle rispettive ragioni (*par condicio creditorum*) alla distribuzione del ricavato fallimentare e, d'altro canto, tutte le posizioni creditorie verso il fallito sono sottoposte ad un accertamento unitario, quali che siano i titoli e quali che possano essere, in astratto, le domande proponibili. Ciò discende univocamente dagli artt. 51 e 52 e dagli artt. da 92 e ss. l. fall.. Pertanto, ogni diritto di credito, una volta dichiarato il fallimento, è tutelabile esclusivamente nelle forme previste dagli artt. 92 e ss. l. fall.. La previsione di un'unica sede concorsuale per l'accertamento del passivo comporta la necessaria concentrazione presso un unico organo giudiziario delle azioni dirette all'accertamento dei crediti e l'inderogabile osservanza di un rito funzionale alla realizzazione del concorso dei creditori. Ciò determina l'improponibilità della domanda proposta nelle



forme ordinarie

La preclusione rispetto a forme di tutela diverse da quelle dell'accertamento endofallimentare opera certamente anche nei confronti dei crediti prededucibili. Infatti, la regola dell'assoggettamento a concorso formale di "ogni credito", dettata dall'art. 52 l. fall. con nesso di strumentalità e complementarità rispetto al divieto delle azioni esecutive individuali, dettato dall'art. 51 l. fall., non consente la proposizione nella sede ordinaria di una azione di condanna (o anche di mero accertamento che risulti prodromica ad una condanna) perché "nessuna fattispecie soddisfattoria di posizioni creditorie particolari, incidente con effetto depauperatorio sul patrimonio del fallito vincolato al soddisfacimento paritetico dei creditori ... può legittimamente trovare luogo al di fuori del concorso" (così Cass. 11 novembre 1998, n. 11379). Pertanto, anche i crediti prededucibili non possono farsi valere con le forme ordinarie, essendo, invece, applicabili le norme sulla formazione del passivo (cfr., tra le tante decisioni, Cass. 22 ottobre 1984 n. 5345; Cass. 6 giugno 1989 n. 2743; Cass. maggio 1991 n. 5124; Cass. 24 marzo 1994, n. 2896; Cass. 28 ottobre 1998, n. 10759; Cass. 18 febbraio 1999, n. 1356).

Quanto, infine, alla dedotta coincidenza del tri-



bunale adito con il tribunale fallimentare, questa Corte ha chiarito (cfr. *ex pluribus* Cass. 1° agosto 1997, n. 7154; Cass. 6 dicembre 1989, n. 5401; Cass. 30 ottobre 1980, n. 5830) che le questioni concernenti la sede innanzi alla quale deve essere introdotta una pretesa creditoria nei confronti di un debitore assoggettato a fallimento, anche se spesso impropriamente formulate esclusivamente in termini di competenza, sono anzitutto questioni attinenti al rito, non implicanti affatto problemi di competenza quando il tribunale fallimentare coincide con il tribunale in sede ordinaria. In altre parole, il problema della competenza del tribunale fallimentare in ordine all'accertamento di crediti verso il fallito finisce con il rifluire nel problema del rito, che acquista rilevanza preminente ed assorbente. Pertanto, proposta una domanda tendente a far valere nelle forme ordinarie una pretesa soggetta al concorso, il giudice adito deve dichiarare, secondo i casi, l'improcedibilità o l'improponibilità della domanda, siccome proposta secondo un rito diverso da quello previsto come necessario dalla legge del concorso e, pertanto, inidonea a conseguire una pronuncia di merito (Cass. 14 febbraio 1977, n. 646; Cass. 10 agosto 1966, n. 2174). Tale inidoneità è definitiva e non può essere superata né dalla coincidenza del tribunale fallimentare con il



tribunale adito nelle forme ordinarie, né dal fatto che, comunque, è stata raggiunta la finalità di assicurare il contraddittorio tra le parti. La proposizione, infatti, dell'azione in una forma diversa da quella prevista come necessaria ed obbligatoria dalla legge del concorso non consente di raggiungere il risultato avuto di mira dall'attività svolta. La dichiarazione di improcedibilità o improponibilità della domanda va, pertanto, fatta prima ed indipendentemente dal rilievo della eventuale incompetenza. Si tratta, come è evidente, di una *exceptio litis ingressum impediens* concettualmente distinta da una eccezione di incompetenza, con la quale, per quanto detto, può anche non coesistere. Da ciò consegue, inoltre, che la relativa questione non soggiace alla preclusione prevista dall'art. 38, 1° comma, c.p.c. (nella formulazione in vigore dopo il 30 aprile 1995) e può essere eccepita o rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

Il rigetto del terzo e del quinto motivo assorbe il quarto motivo, con cui i ricorrenti hanno dedotto violazione dell'art. 184 c.p.c., in relazione alla mancata acquisizione del fascicolo fallimentare, pretesamente necessaria per accertare, ai fini della proponibilità della domanda nei confronti del fallimento, l'anteriorità della esecutività dello stato passivo ri-



spetto al momento nel quale era sorta l'obbligazione.

4. Con il sesto motivo i ricorrenti deducono la violazione degli artt. 90, 91 e 92 c.p.c., lamentando che la Corte di appello non aveva compensato le spese di giudizio pur avendo rilevato d'ufficio l'inammissibilità delle domande nei confronti del fallimento. Il motivo è inammissibile. Infatti, la valutazione dell'opportunità della compensazione totale o parziale delle spese processuali, sia nell'ipotesi di soccombenza reciproca sia in quella della ricorrenza di altri giusti motivi, rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito e non richiede specifica motivazione, restando perciò incensurabile in sede di legittimità il mancato esercizio di tale potere, ancorchè non sorretto da alcuna motivazione (v. *ex pluribus* e da ultimo, Cass. 10 agosto 1998, n. 7822; Cass. 17 giugno 1999, n. 5984).

5. Con il ricorso incidentale subordinato il fallimento della s.r.l. Edilmare deduce la violazione dell'art. 90 l. fall. ed il vizio di motivazione, assumendo che la Corte di appello avrebbe dovuto, comunque, rigettare la domanda in quanto all'esercizio provvisorio non poteva essere collegato un automatico subentro del curatore negli obblighi assunti dalla fallita società con la convenzione urbanistica stipulata con il





comune di Lavagna. Il ricorso è assorbito dal rigetto del ricorso principale nei confronti del fallimento.

**P.Q.M.**

riunisce i ricorsi; accoglie i primi due motivi del ricorso principale, rigetta il terzo ed il quinto motivo, dichiara inammissibile il sesto motivo nel rapporto tra i ricorrenti principali ed il fallimento della s.r.l. Edilmare; dichiara assorbiti il quarto motivo, il sesto motivo nei rapporti tra i ricorrenti principali e le società La Rivana ed Edilizia Convento, nonché il ricorso incidentale; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Genova anche per le spese del giudizio di cassazione tra i ricorrenti e le società La Rivana ed Edilizia Convento; condanna i ricorrenti in solido al rimborso, in favore del fallimento della s.r.l. Edilmare, delle spese di giudizio liquidate, quanto agli onorari, in lire 16.000.000 e quanto agli esborsi in lire 543.000.

109T	129,11
450T	51,65
TOT.	180,76

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della Corte di Cassazione il 25 settembre 2001.

Il Consigliere estensore  
Sergio Di Amato

Il Presidente  
Angelo Grieco

*Sergio Di Amato*

*Angelo Grieco*

**DEPOSITATA IN CANCELLERIA**

**Depositato in Cancelleria**  
" **29 GEN. 2002**  
**IL CANCELLIERE**

**IL CANCELLIERE**  
Luisa Passinetti

*Luisa Passinetti*

**AGENZIA DI RENDICONTI E INDIRIZZI**  
2001  
Verdare 3  
180222  
CANTU' (VA)  
CANTU' (VA)  
CANTU' (VA)  
CANTU' (VA)

*[Handwritten signature]*