

Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439

REPUBBLICA ITALIANA In nome del popolo italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE I CIVILE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

CALTAGIRONE GAETANO elett.te dom.to in Roma, via Cicerone 60 c/o l'avv. Cesare Previti che lo rapp.ta e difende con l'avv. Claudio di Pietropaolo giusta procura speciale in atti

Ricorrente

contro

FALL. della Soc. di fatto tra GAETANO CALTAGIRONE, FRANCESCO BELLAVISTA CALTAGIRONE nonché dei predetti e di CAMILLO BELLAVISTA CALTAGIRONE, in proprio e in persona del Curatore Dott. Pasquale Musco elett.te dom.to in Largo Generale Gonzaga 2 c/o l'avv. Ludovico Pazzaglia che lo rapp.ta e difende giusta decreto autorizzativo del Giudice delegato

Controricorrente

ISTITUTO DI CREDITO delle CASSE DI RISPARMIO ITALIANE - I.C.C.R.I. - in persona del suo Pres. e legale rapp.te elett.te dom.to in Roma via Federico Confalonieri 5 c-o l'avv. Luigi Manzi che lo rapp.ta e difende con l'avv. Giorgio Oppo giusta procura speciale in atti

Controricorrente

e nei confronti di

CALTAGIRONE BELLAVISTA FRANCESCO e FALLIMENTO CALTAGIRONE GAETANO

Intimato

nel secondo ricorso n. 9835-88

FRANCESCO BELLAVISTA CALTAGIRONE elett.te dom.to in Roma P.zza Madonna del Cenacolo 14 c/o l'avv. Lucio V. Moscarini che lo rapp.ta e difende giusta delega in atti

Ricorrente

contro

FALL. SOC. di fatto tra GAETANO CALTAGIRONE, FRANCESCO BELLAVISTA CALTAGIRONE, nonché dei predetti e di CAMILLO BELLAVISTA CALTAGIRONE, in proprio, in persona del Curatore dott. Pasquale Musco elett.te dom.to in Roma Largo Generale Gonzaga 2 c/o l'avv. Ludovico Pazzaglia che lo rapp.ta e difende giusta delega in atti

Controricorrente

ISTITUTO DI CREDITO DELLE CASSE DI RISPARMIO ITALIANE - I.C.C.R.I. - in persona del suo Pres. elett.te dom.to in Roma Via Federico Confalonieri 5 c/o l'avv. Luigi Manzi che lo rapp.ta e difende con l'avv. Giorgio Oppo giusta procura speciale in atti

Controricorrente

e nei confronti di

CALTAGIRONE GAETANO

Intimato

avverso la sentenza della Corte di Appello di Roma del 17.4-27.10.1987;

Udita la rel. svolta dai Cons. Alfredo Rocchi e Giancarlo Bibolini;

Udito per il ric. Caltagirone Gaetano l'avv. di Pietropaolo;

Udito per il controric. fall. Soc. Caltagirone G. e Caltagirone F. l'avv. Pazzaglia;

Uditi per il controric. I.C.C.R.I. gli avv.ti Oppo e Manzi;

Udito per il ric. Francesco Bellavista Caltagirone l'avv. Moscarini;

Udito per il controric. Fallimento di Bellavista Caltagirone Francesco nonché della

Soc. di fatto tra Caltagirone G. Caltagirone Bellavista F. e Camillo Caltagirone

Bellavista gli avv.ti Oppo e Manzi;

Udito il P.M. Dr. Renato Golia che ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi.

Fatto

Il Tribunale di Roma (che già nel novembre 1979 era stato investito delle procedure per la dichiarazione di fallimento di 19 società di capitali facenti capo ai fratelli Gaetano, Francesco e Camillo Caltagirone, e che dette società aveva dichiarato fallire), iniziava d'ufficio un procedimento per la dichiarazione di fallimento dei tre fratelli in proprio, dichiarazione che avveniva con sentenza in data 15 marzo 1980. In particolare il Tribunale, puntualizzando le situazione che saranno oggetto di controversia nelle successive fasi e gradi del procedimento, evidenziava, in rito, l'avvenuto rispetto del principio del contraddittorio, in quanto gli interessati, dopo una prima comunicazione dei giudici cui era stata assegnata l'istruzione, erano stati convocati in camera di consiglio con biglietto di cancelleria, sia nella veste di soci di una ipotizzata società di fatto tra di loro, sia a titolo personale.

Nel merito, il Tribunale riteneva che ciascuno dei tre fratelli fosse imprenditore commerciale a titolo individuale, in quanto titolare di un'impresa edilizia, ed inoltre quale holding individuale, esercitando un'attività di finanziamento, di gestione e di amministrazione di un patrimonio costituito dalle società di capitali da ciascuno controllate, mediante una vera e propria osmosi di capitali formalmente intestati alle varie società partecipate, ma sostanzialmente concentrati in una sola mano per ciascun gruppo: il Tribunale affermava che ciascuna di tali imprese "pur non avendone la forma tradizionale, abbia operato alla stregua di una vera e propria holding, che di fatto ha amministrato le società di cui possedeva l'intero capitale sociale".

Infine il Tribunale riteneva che i fratelli Caltagirone avessero gestito e finanziato nel modo già delineato "diverse imprese societarie, che formalmente a ciascuno di essi facevano capo, in società di fatto tra di loro".

Di conseguenza, con la citata sentenza, i tre fratelli Gaetano Caltagirone, Francesco Bellavista Caltagirone e Camillo Caltagirone, venivano dichiarati personalmente falliti quali soci della individuata società di fatto ed inoltre in proprio, quali imprenditori individuali.

Tralasciando la posizione del sig. Camillo Caltagirone, la cui vicenda processuale non è giunta in questa fase di giudizio, si rileva che con atto di

citazione notificato il 27 marzo 1982 i signori Gaetano Caltagirone e Francesco Bellavista Caltagirone avevano proposto opposizione alla sentenza di fallimento, di cui chiedevano la dichiarazione di nullità e la revoca assumendo, in rito, che non era stato loro garantito adeguato esercizio del diritto di difesa e, nel merito, che non esistevano imprese edilizie di cui ciascuno di essi fosse titolare; che l'attività di gestione, di finanziamento, e di amministrazione del loro rispettivo patrimonio non poteva considerarsi attività di impresa commerciale, sia se svolta individualmente, sia in comune; che nei confronti della ipotetica società di fatto non era neppure ipotizzabile uno stato di insolvenza ed infine che, seppure un'insolvenza fosse stata evidenziata in una fase della vicenda, essa doveva ritenersi esclusa dalla sopravvenuta conclusione con lo I.C.C.R.I. di un pactum de non petendo, sicché il fallimento doveva essere escluso o, in alternativa, doveva esserne attribuita la responsabilità al medesimo I.C.C.R.I..

Il dibattito processuale si svolgeva in contraddittorio del fallimento costituito e dell'intervenuto I.C.C.R.I..

Il Tribunale di Roma, definendo il grado con sentenza 3 luglio 1982 n. 7469, escludeva che il sig. Francesco Caltagirone avesse mai esercitato a titolo individuale attività di costruttore edile, mentre relativamente al sig. Gaetano Caltagirone, che era stato iscritto alla C.C.I.A. come costruttore edile, riteneva ricorrere la condizione ostativa all'apertura della procedura concorsuale prevista dall'art. 10 L.F.

Riteneva, peraltro, sussistente sia la qualifica di imprenditore commerciale individuale di ciascuno in relazione alla diversa attività ascritta, qualificata come holding personale ed individuante singole imprese individuali "a latere" con funzioni ausiliarie delle imprese sociali regolari ex art. 2195 c.c., sia la società di fatto limitatamente ai due fratelli ora in esame, sia infine lo stato di insolvenza che legittimava la dichiarazione di fallimento vuoi dei singoli sig.ri Caltagirone, vuoi della individuata società di fatto tra di loro, con il conseguente rigetto dell'opposizione.

Avverso detta sentenza proponevano appello i signori Gaetano Caltagirone e Francesco Bellavista Caltagirone, i quali chiedevano dichiararsi la nullità, o la revoca, della sentenza dichiarativa di fallimento della società di fatto nonché di quello personale di ciascuno degli appellanti, con la condanna dello I.C.C.R.I., quale interveniente temeraria, il tutto allo stato degli atti o, in subordine ed occorrendo, previo espletamento dell'interrogatorio formale del curatore e del legale rappresentante dello I.C.C.R.I. o, in ulteriore subordine ed all'esito, per l'ipotesi che i fatti non fossero dimostrati, previa ammissione di prova testimoniale sui capitoli che erano dedotti in sede di conclusioni e riportati nell'epigrafe della sentenza della Corte di Appello.

La trattazione avveniva ancora in contraddittorio del fallimento, che chiedeva il rigetto dell'appello, nonché dello I.C.C.R.I. il quale, chiedendo il rigetto degli appelli e comunque di ogni domanda di merito ed istruttoria, in subordine deduceva capitoli di prova orale.

La Corte di Appello di Roma, con sentenza n. 3074 in data 27-10-87 rigettava le impugnazioni.

In particolare, e preliminarmente, la Corte di Roma riteneva che nella fase dell'istruttoria prefallimentare, non vi fosse stata violazione del diritto di difesa dei signori Caltagirone, in quanto la difesa può intendersi assicurata quando l'imprenditore sia posto in grado di conoscere i fatti che potrebbero sostanziare i presupposti richiesti dalla legge per la dichiarazione di fallimento, fatti che costituiscono, però, anche l'oggetto ed il limite del contraddittorio, da cui è esclusa la valutazione del loro significato giuridico, riservata al momento della decisione e spettante direttamente al giudice; poneva, anche, in rilievo che l'appellante aveva dimostrato di avere compreso quale era la direzione dell'indagine preliminare fatta, volta che con memoria 13 marzo 1980 aveva contrastato l'esistenza di elementi rilevatori dell'impresa individuale con scopi di finanziamento e di intermediazione.

L'analisi della Corte di Appello era, inoltre, portata sulla contestata esistenza di imprese individuali, nella titolarità dei signori Gaetano e Francesco Caltagirone e con riferimento alla posizione da ciascuno di loro assunta in relazione ai gruppi di società di capitali che ad essi facevano capo, evidenziando:

I) l'esistenza di organizzazioni personali del tutto indipendenti dagli apparati amministrativi e produttivi delle società di capitali, organizzazione che, sul piano strutturale, traevano la loro autonomia dall'appartenenza esclusiva ai singoli falliti dei fattori materiali e dalla dipendenza diretta dagli stessi del personale con mansioni amministrative e tecniche, a nulla rilevando che alcuni dei dipendenti e tecnici fossero registrati sui libri paga delle singole società di ciascun gruppo, in quanto essi erano stati assunti personalmente dai singoli appellanti ed utilizzate nell'ambito della struttura organizzativa individuale.

II) Veniva individuata ed elencata tutta una serie di attività esercitate dai singoli soci (elencazione a pag 41,43,45), della sentenza, attività per le quali era esclusa la fattispecie del socio tiranno. In particolare, individuando il socio tiranno nel comportamento abnorme del socio il quale, detenendo la totalità o la maggioranza di azioni o quote, ed agendo a mezzo degli organi sociali da lui assoggettati, utilizza l'attività di detti organi per il compimento di atti e di negozi estranei all'oggetto sociale o agli scopi fissati dall'atto costitutivo della società, ma diretti a soddisfare esigenze personali del socio, veniva ritenuto che tali caratteristiche non fossero riscontrabili nella condotta dei Caltagirone, la cui attività doveva trovare collocazione al di fuori ed al di sopra delle società controllate.

III) Veniva individuata la professionalità di detta attività nel fatto che essa era stata svolta stabilmente ed in modo continuativo, nell'arco di numerosi anni e con il sostegno degli apparati organizzativi appositamente creati.

IV) Veniva evidenziato che i falliti avevano sempre ammesso di avere agito in prima persona, spendendo i loro nomi con professionisti, fornitori, banche, proprietari di aree fabbricabili, di avere concluso tutti i contratti e di avere fatto comparire le società come parti solo in sede di formalizzazione dei negozi; di avere provveduto di persona al pagamento dei corrispettivi dovuti in forza dei contratti stipulati.

V) La Corte di Roma riteneva, quindi, che le singole attività dei Caltagirone costituivano attuazione di un disegno imprenditoriale di controllo e di governo

delle società, che prescindeva dal vantaggio della singola impresa isolatamente considerata, avendo di mira il soddisfacimento della più complessa esigenza di coordinamento tecnico finanziario e della guida del gruppo, nonchè la produzione di servizi collaterali al finanziamento.

VI) La Corte citata individuava, ancora, il fine di lucro nel fatto che i Caltagirone, avvalendosi dei mezzi finanziari ottenuti con l'esercizio dell'attività economica di intermediazione nella circolazione dei capitali, incrementarono il loro patrimonio creando imprese in forma societaria produttrici di beni, e quindi di ricchezza, delle quali si assicurarono sostanzialmente l'esclusiva proprietà attribuendosi la posizione di socio unico o maggioritario.

VII) La Corte di merito evidenziava, infine, che i fratelli Caltagirone avevano beneficiato dei frutti prodotti dalle somme concesse a mutuo alle società del sistema creditizio e versate nei depositi personali in c-c, interessi notoriamente corrisposti dalle banche e della cui utilizzazione ai fini delle singole società la prova doveva essere data dai Caltagirone, ed inoltre avevano beneficiato di fondi, per notevolissimi importi, per i quali la prova della destinazione a finanziamenti sociali non era stata reperita dal curatore.

In ordine alla individuata società di fatto, la Corte di Roma richiamava il principio della sufficienza, al fine, dell'apparenza della società e della sua esteriorizzazione, in conseguenza di un comportamento dei soggetti idoneo ad ingenerare nei terzi l'opinione che essi agiscano come soci.

Detta esteriorizzazione era individuata in una serie di atti, concernenti i finanziamenti di società di capitali di cui entrambi essi erano soci, e nei quali essi si erano presentati ai terzi finanziatori con lettere intestate "Gaetano e Francesco Caltagirone costruzioni edilizie", spendendo così la loro qualità di soci.

Sul piano sostanziale, e richiamando emergenze testimoniali, si evidenziava come dal 1974, in coincidenza delle richieste congiunte di finanziamento, i due fratelli Caltagirone avevano deciso ed attuato iniziative edilizie comuni provvedendo insieme a trattare con il sistema creditizio per la concessione di finanziamenti, ad acquistare le aree fabbricabili, a costituire società a base paritaria, a consentirne il funzionamento mediante apporti consistenti nell'impiego della struttura aziendale delle imprese individuali dei falliti per fare fronte alle esigenze costruttive delle imprese comuni.

In relazione allo stato di insolvenza, la Corte di merito, rigettando l'appello, rilevava:

A) che alla data del fallimento personale, i Caltagirone erano debitori inadempienti, non solo per ingenti somme verso le banche, ma anche di modesti importi verso lo ENEL, la SIP, i dipendenti ed i fornitori;

B) l'irrelevanza, ai fini dell'insolvenza, delle eccedenze patrimoniali dell'attivo sul passivo;

C) l'irrelevanza dell'incidenza del patrimonio delle società controllate, vertendosi, nella specie, nella situazione di fallimento delle imprese individuali e della società di fatto indicata;

D) l'ininfluenza della questione attinente al "pactum de non petendo" o "pactum minus solvatur".

Di fronte alla tesi degli appellanti che attribuivano alla operatività di detti patti la funzione di fare venire meno lo stato di insolvenza, in quanto lo I.C.C.R.I. si sarebbe impegnato a finanziare ulteriormente le società per consentire loro di terminare le costruzioni incompiute, di completare il ciclo economico e, inoltre, a fornire i mezzi per tacitare gli altri creditori, la Corte di Appello evidenziava che il patto non era idoneo ad escludere l'insolvenza per la mancata partecipazione dell'intero ceto creditorio (Fisco, Enel, Sip, dipendenti, fornitori), il cui consenso era indispensabile per fare venire meno del tutto il presupposto oggettivo del fallimento, manifestato dall'esistenza di debiti scaduti ed insoluti.

Di fronte alla deduzione dell'inoperatività del patto per inadempimento dello I.C.C.R.I., la Corte di merito evidenziava l'irrilevanza, ai fini dell'insolvenza fallimentare, dell'individuazione delle cause estranee (eventuale inadempienza di terzo) in ipotesi determinatrici dell'insolvenza stessa.

In ordine alle prove orali richieste, la Corte di Roma rilevava, ancora, l'estrema genericità della articolazione dei capitoli sull'accordo, in relazione al tempo di durata del patto ed all'eventuale sua scadenza al momento della dichiarazione di fallimento, nonché l'incertezza dei soggetti che avrebbero manifestato il consenso delle banche.

Avverso la sentenza proponevano ricorso per cassazione il sig. Gaetano Caltagirone, il quale deduceva cinque motivi, ed il sig. Francesco Bellavista Caltagirone, deducendo quattro motivi, integrati da successive memorie e , per quanto attiene Francesco Bellavista C., anche da note di udienza.

Si costituivano con controricorsi, integrati da memorie, l'amministrazione fallimentare e lo I.C.C.R.I.

Diritto

Preliminarmente occorre disporre la riunione del ricorso n. 9835-88 a quello n. 9442-88, in quanto entrambi proposti avverso l'unica sentenza n. 3074-87 della Corte d'Appello di Roma.

Si da inoltre atto che il Presidente, con provvedimento 23-10-1989, ha affidato la stesura della motivazione della presente sentenza congiuntamente ai correlatori consiglieri Alfredo Rocchi e Gian Carlo Bibolini.

Con il primo motivo del ricorso n. 9442-88, il sig. Gaetano Caltagirone, denunciando la nullità della sentenza dichiarativa del fallimento per violazione degli artt. 147, secondo comma e 151 L.F., in relazione all'art. 24 Cost., nonché all'art. 156 c.p.c. e in riferimento all'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c., censura la sentenza impugnata per avere escluso la configurabilità della lesione del proprio diritto di difesa, nella fase prefallimentare, con riguardo alle contestazioni relative alle attività collaterali di impresa ascritte ad esso ricorrente, sia in prorio che come socio di fatto del fratello Francesco Bellavista Caltagirone.

In particolare il ricorrente deduce che la mancata contestazione di fattispecie quali riguardanti le imprese collaterali individuali non aventi per oggetto attività edilizia e la omologa società di fatto collaterale, la cui esistenza sarebbe stata configurata soltanto in sede di sentenza dichiarativa di fallimento, rappresenta un'aperta e palese violazione del diritto di difesa per imperfetta formazione del contraddittorio, sui punti indicati, in sede prefallimentare.

Le dette fattispecie, invero, secondo l'assunto, costituirebbero non già una diversa valutazione dei fatti contestati, ma vere e proprie ipotesi nuove, escluse dalla doverosa contestazione agli interessati nelle fase preliminare e, in ordine alle quali, appunto, la difesa di esso ricorrente, nella predetta fase, non avrebbe potuto esplicarsi.

Il motivo è infondato.

Va premesso che il principio del contraddittorio, nella prima fase della procedura fallimentare diretta all'accertamento della sussistenza o meno delle condizioni per la dichiarazione di fallimento, deve ritenersi ispirato, in sintonia con la sentenza della Corte Costituzionale n. 141-70, all'esigenza che il debitore, già nella prima fase processuale in camera di consiglio, sia informati dell'iniziativa in corso e delle circostanze idonee a sostanziare i presupposti di legge per la dichiarazione di fallimento e possa, così, contrastare, anche nei confronti dei creditori istanti, con deduzioni di fatto e con argomentazioni tecnico-giuridiche, e con l'eventuale ausilio dei difensori, la propria assoggettabilità all'esecuzione fallimentare.

Il rispetto del contraddittorio nella fase prefallimentare deve, peraltro, essere inquadrato e contenuto nella normativa dei procedimenti sommari e nell'ambito delle finalità di urgenza e tempestività cui è informata la disciplina della dichiarazione di fallimento.

Ciò posto, rilevasi come nella specie i fatti idonei a sostanziare i presupposti richiesti dalla legge per la dichiarazione di fallimento sono stati, in ogni loro concreta dimensione e storica rilevanza, ampiamente contestati agli interessati, così da far ritenere che l'intera materia del contendere – espressa nella situazioni soggettive ed oggettive rilevanti ai fini della pronuncia – è stata offerta al contraddittorio delle parti, che risulta perciò esteso a tutto il campo di indagine e di giudizio e a tutto il relativo materiale, probatorio, con la conseguente piena attuazione, al riguardo, del diritto di difesa, nei termini enunciati.

D'altronde, l'esercizio di un'impresa, individuale e sociale, collaterale all'attività delle società controllate dal ricorrente appartiene alla qualificazione dei fatti e non ad una loro diversa dimensione o configurazione reale e risulta emergere dalle stesse dichiarazioni della parte, rese nel corso del contraddittorio prefallimentare ad interpretazione dell'intera ed articolata vicenda proposta al giudizio del Tribunale.

Con il secondo motivo di ricorso proposto da Gaetano Caltagirone ed il primo motivo di Francesco Bellavista Caltagirone, si deduce la violazione degli artt. 3 c.p.p., 178, 189 276-4 comma, 352, 191 e ss e 356 c.p.c.; 174, 260 c.p.c. e 79 e 119 disp. att. c.p.c., in relazione all'art. 360 n. 3, 4 e 5 c.p.c., per inosservanza delle norme in materia di pregiudizialità di accertamenti giurisdizionali ed in tema di istruzione della causa, nonché di formazione della sentenza; difetto di motivazione su un punto decisivo della controversia.

I ricorsi sul punto attengono ad una situazione di natura squisitamente processuale e ad una vicenda verificatasi dopo l'udienza di discussione della causa in grado di appello.

La causa, infatti, era stata ritenuta per la discussione all'udienza collegiale del 10-4-1987, era stata decisa nella camera di consiglio del 17-4-1987 (tale è la

data apparente sulla sentenza) e la sentenza stessa era stata depositata il 27-10-1987.

Con istanza diretta al Presidente della seconda sezione civile in data posteriore al 17-4-1987 e con successive istanze in data 14 settembre e 8 ottobre 1987 dirette al Collegio, gli allora appellanti chiedevano che fosse rimessa sul ruolo la causa riguardante il fallimento personale dei fratelli Gaetano e Francesco Caltagirone per consentire il deposito della sentenza 14-9-1987 della Corte di Cassazione con la quale, cassando senza rinvio la ordinanza 27-12-1986 della sezione istruttoria penale della Corte di Appello, era stata data conferma alla sentenza del Giudice Istruttore Penale del Tribunale di Roma il quale aveva dichiarato l'improcedibilità nei confronti dei due fratelli Caltagirone perché i fatti accertati non costituivano il reato di bancarotta fraudolenta contestato (la formula verrà mutata, secondo le affermazioni dei ricorrenti, dalla Corte di Cassazione nell'insussistenza del fatto).

Il Presidente della Corte, respingendo l'istanza perché la decisione era già intervenuta e perché comunque il collegio non sarebbe stato ricostituibile a causa del trasferimento del consigliere Paoletta, ne disponeva la allegazione agli atti.

Proposto reclamo al Collegio contro detto provvedimento e ripetuta l'istanza alla Corte di Appello di Roma in via autonoma, la Corte stessa, con ordinanza in data 9.10-23.10.1987, aveva dichiarato inammissibile il reclamo e aveva rigettato l'istanza nel merito sotto il profilo che il Giudice Paoletta, essendo stato trasferito dall'ufficio, non poteva più prendere in esame la questione, stante il principio della immutabilità del collegio.

Nella sentenza non vi era menzione di questa collaterale vicenda processuale.

I ricorrenti, in relazione alla vicenda ora indicata, adducevano una serie di argomentazioni, così articolati:

A) la sentenza emessa in sede penale del Giudice Istruttore, una volta acquistata efficacia di giudicato, faceva stato, per cui l'accertamento in fatto compiuto dal giudice penale imponeva alla Corte di Appello civile di prendere atto di quanto accaduto e di trasferirlo nella sua conoscenza ai fini della decisione.

Sia l'ordinanza del Pretore sia quella del Collegio, erano ritenute illegittime in quanto atti endoprocessuali, intervenuti prima della pubblicazione della sentenza, ed assertivamente si traducevano nella illegittimità della medesima, che alla vicenda ricordata ed ai provvedimenti in quella fase emessi, non fa neppure cenno. Comunque l'ordinanza collegiale che ha risolto uno specifico incidente, in quanto sia ritenuta non endoprocessuale sarebbe comunque impugnabile in via autonoma, per il contenuto sostanzialmente decisorio, ex art. 111 Cost.

B) Si deduce inoltre (a parte il rilievo che la prima istanza sarebbe stata diretta al collegio, per cui erroneamente avrebbe provveduto il presidente), l'erroneità della motivazione dell'ordinanza collegiale nel punto in cui ritenne che il provvedimento, in relazione alla disposta rimessione agli atti, fu emesso dal presidente nell'ambito di un potere amministrativo, anziché giurisdizionale.

C) Si adduce che, comunque, la pronuncia di inammissibilità del reclamo sarebbe illegittima, sia in relazione alla precedente illegittimità della pronuncia

del Presidente, sia perché trattavasi della richiesta di un provvedimento istruttorio, per cui il mezzo tipico di gravame doveva essere il reclamo.

D) Non fondata era dichiarata, infine, la motivazione, sia dell'ordinanza presidenziale, sia di quella del Collegio, e ciò perché:

1) le parti non volevano un mutamento della decisione, ma la rimessione della causa sul ruolo;

2) non era tecnicamente corretto affermare l'effetto preclusivo della già avvenuta decisione della causa, e ciò perché non vi era stata pubblicazione della sentenza, che sola poteva fare venire a giuridica esistenza il provvedimento;

3) inoltre la tesi della Corte indurrebbe una disparità di trattamento tra le parti, volta che dipenderebbe da una situazione meramente aleatoria il portare a rilevanza processuale nuovi fatti;

4) aberrante sarebbe, poi, la tesi fondamentale espressa nel provvedimento presidenziale e in quello collegiale, secondo cui la decisione in camera di consiglio, seguita dal fatto occasionale della destinazione ad altro ufficio di un membro del collegio, precluderebbe un qualsiasi riesame quand'anche fosse emerso un diverso indirizzo, anche istruttorio, mentre la diversa tesi sostenuta dai ricorrenti consentirebbe il nuovo provvedimento collegiale;

5) in via di subordine, si solleva eccezione di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 24, 101 Cost., in situazione di asserita evidente disparità di trattamento.

Tale essendo la vicenda oggetto del motivo di ricorso in esame, e tenendo conto delle deduzioni dei controricorrenti sul punto, non si ritiene che il dedotto ed articolato motivo possa trovare accoglimento.

A parte il rilievo che la sentenza del giudice istruttore penale non aveva, in quanto tale, attitudine a fare stato nel procedimento civile di opposizione alla dichiarazione di fallimento in quanto, priva dell'efficacia del giudicato formale nello stesso nello stesso giudizio in cui era stata emessa, non poteva assumere rilievo il giudicato sostanziale (vedi Cass. 15-1-62 N. 44; 12-5-62 n. 962; 14-11-75 n. 3846; 6-11-76 n. 4053; 15-7-77 n. 3191), né detta efficacia poteva conferire la pronuncia della Corte di Cassazione in sede penale;

a parte l'ulteriore considerazione che l'insussistenza di fatti penalmente rilevanti sotto il profilo dei reati fallimentari non è di per sé negatoria della sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi del fallimento;

a parte ciò, si ripete, una serie di questioni introdotte in via di ricorso e di eccezione (la necessità che la pronuncia sull'istanza avvenisse da parte del collegio, anziché del presidente; che nella redazione della sentenza si dovesse tenere conto dell'istanza, la stessa proposizione della questione di costituzionalità; la necessità dell'immediato ricorso avverso il provvedimento del presidente del Tribunale, se ritenuto decisivo, con esclusione della possibilità di reclamo) pongono preliminarmente un problema inerente alla proponibilità dell'istanza diretta dagli attuali ricorrenti prima al presidente della Corte di Appello di Roma, quindi, in via di reclamo e direttamente, alla stessa Corte di Appello.

Al quesito deve darsi risposta negativa perché con la chiusura dell'udienza di discussione viene precluso, nel nostro sistema processuale, qualsiasi rapporto

dialettico tra le parti nel grado e qualsiasi dialogo processuale tra le parti ed il giudicante, sia sotto il profilo delle attività istruttorie volte a portare a conoscenza del giudicante nuove situazioni, sia sotto il profilo della prospettazione di ragioni ed argomentazioni, ancorché volte a sollecitare l'esercizio di poteri di ufficio (p. es. la rimessione in istruttoria per nuove operazioni probatorie nella disponibilità del giudice). A queste conclusioni si perviene sia perché nessuna norma prevede un'attività processuale di alcun genere delle parti oltre l'udienza di discussione, sia perché la stessa struttura del procedimento è contraria ad una protrazione di attività processuale delle parti nei confronti dell'organo giudicante dopo l'assunzione della causa in decisione, ed inoltre perché l'ammettere una ulteriore attività processuale, sia pure per situazioni sopravvenute, sarebbe violatrice del principio del contraddittorio, volta che il giudice dovrebbe provvedere sulla sollecitazione di una parte soltanto e sulla base di nuovi elementi di conoscenza apportati unilateralmente senza contraddittorio (nella specie: l'esistenza della sentenza della Corte di Cassazione), non essendovi mezzo processuale con cui sull'istanza, e prima di provvedere, possano assumersi le deduzioni delle altre parti.

Non è consentito, in definitiva, che un giudice emetta pronuncie, sia pure di carattere procedurale ed interlocutorio e sia pure esercitando un potere discrezionale, sulla base di conoscenze di fatti non ricevute nel procedimento secondo i tempi delle acquisizioni probatorie e delle deduzioni di parte, salvo che si tratti di situazioni sopravvenute di doverosa (per il giudice) conoscibilità (lo jus superveniens).

Conseguentemente, un'attività, qual è quella posta in essere dagli attuali ricorrenti sotto il profilo dei fatti in esame, non solo è al di fuori di qualsiasi previsione di norma di rito, ma contraddice principi e strutture fondamentali del sistema processuale, per cui ogni atto di parte successivo all'udienza di discussione deve ritenersi estraneo al rapporto processuale. Da ciò la improponibilità dell'istanza che, essendo al di fuori di qualsiasi disciplina atta a richiedere un'attività del giudice, non consentiva alcuna pronuncia di merito, alcuna pronuncia che non fosse la pure e semplice improponibilità.

Sia pure mutando, quindi, la motivazione adottata dalla Corte di merito, l'improponibilità delle istanze presentate dagli attuali ricorrenti in periodo successivo all'udienza di discussione impone il rigetto del motivo nella sua globalità, assorbendosi e rendendosi irrilevante, in questa determinazione, anche la questione di illegittimità costituzionale sollevata.

Con il secondo motivo del ricorso di Francesco Caltagirone e con il terzo motivo di Gaetano Caltagirone, viene esaminata criticamente la sentenza della Corte di Appello di Roma, sotto il profilo dell'art. 360 n. 3 e 5, c.p.c., nella parte relativa all'individuazione, nell'attività svolta da ciascuno di essi, delle componenti essenziali di un'impresa individuale.

Vengono dedotti per entrambi, oltre a vizi di motivazione su elementi decisivi della controversia, la violazione degli artt. 5 e 147 del R.D. 16 marzo 1942 n. 267 (Legge Fallimentare), degli artt. 2083 e 2195 c.c. ed inoltre (per Francesco Caltagirone) dell'art. 2797 c.c., nonché di ogni altra norma o principio in tema di fallimento di società con socio sovrano, (per G. Caltagirone) in tema di

autonomia patrimoniale delle società di capitali, di individuazione di attività collaterali alla società, (per F. Caltagirone) di individuazione di attività di impresa e di qualificazione giuridica dell'attività di gestione immobiliare, di prova dell'insolvenza e comunque di suo accertamento, di efficacia vincolante di patti solutori, e no.

In fatto i ricorrenti danno per certo che ciascuno di essi (ricorso F. Caltagirone) era titolare "direttamente o indirettamente delle quote e-o azioni di un numero assai elevato di società di capitali impegnate nella realizzazione di un imponente programma di costruzioni", ovvero (ricorso G. Caltagirone) titolari "direttamente o indirettamente di un altissimo numero di quote o di azioni di società di capitali", e comunque che essi erano "gli unici beneficiari dell'azione del buon andamento delle varie iniziative edilizie poste in essere dalle singole società" (ricorso G. Caltagirone) così come viene ammesso (ancora ricorso G. Caltagirone) che l'attività svolta poteva qualificare ciascuno di essi «"al limite, come "socio dominante" o "socio tiranno" che ha degradato a mero schermo di comodo le strutture societarie"», ovvero (ricorso F. Caltagirone) come "socio sovrano".

Essi negano, tuttavia, che sulla base degli elementi acquisiti, la loro attività personale, ancorché esercitata in forma organizzata, potesse individuare le componenti essenziali della imprenditorialità, essendo l'attività rivolta essenzialmente alla ottimizzazione della redditività del loro rispettivo patrimonio, nel cui portafoglio rientravano le quote delle singole società di capitali che a ciascuno di essi facevano capo, realizzando l'interesse (ricorso F. Caltagirone) del socio sovrano di più società capitali, volto a fare prosperare le stesse e ad ottenere da esse il maggior lucro possibile.

In particolare, la contestazione della sussistenza delle rispettive imprese individuali (una volta escluso, nel corso della vicenda processuale e come ricordato in fatto, che uno di esso fosse mai steso imprenditore edile individuale e che l'altro fosse ancora soggetto a fallimento quale imprenditore edile, in virtù della condizione ostativa prevista dall'art. 10 della L.F.), viene svolta secondo alcune direttrici logiche, pressoché comuni ai due ricorrenti, anche se con differenti accentuazioni, così individuabili:

A) La sussistenza di un'organizzazione facente capo a ciascuno dei due fratelli Caltagirone non costituisce elemento distintivo dell'impresa, in quanto non operante per il perseguimento di un autonomo interesse, "ma per la questione delle partecipazioni sociali e per far sì che esse siano il più possibile redditizia" (ricorso F. Caltagirone) ed inoltre perché la disponibilità di una propria organizzazione non è sufficiente per l'affermazione di uno status di imprenditore caratterizzato dallo svolgimento di una attività economica specificamente tipizzata (ricorso G. Caltagirone), mentre le situazioni provate in causa ed enunciate nella sentenza della Corte di merito, denoterebbero soltanto l'interesse dei soci di dotarsi di una propria organizzazione, non necessariamente sinonimo di impresa, per l'ottimizzazione del reddito delle società di capitali in portafoglio (ricorso G. Caltagirone).

B) La mancanza di un fine di lucro autonomo, distinto da lucro perseguito dalle società di capitali.

In particolare (ricorso F. Caltagirone) la Corte di merito avrebbe ignorato che l'attività svolta da ciascun fratello per mezzo dei propri dipendenti e della propria organizzazione, impegnato nel reperimento di canali finanziari atti a consentire l'esecuzione del programma di costruzione delle singole società, non perseguiva un interesse autonomo proprio di un'impresa deputata allo svolgimento di tutte le attività terziarie individuate nella sentenza della Corte di merito, interesse che si concretizzasse in un rapporto di dare – avere tra il singolo ricorrente e le singole società fosse svolto a compensare detta attività terziaria. Si trattava, in effetti, di attività finalizzata alla qualifica di socio e, in definitiva, di “unico beneficiario” delle iniziative delle singole società.

Detto stato di cose era anche confermato dal fatto che non era evidenziabile una contrapposizione di interessi, che da sola avrebbe potuto giustificare la creazione della figura elaborata dai giudici di merito.

Viene ribadito, sulla stessa linea logica (ricorso G. Caltagirone), che i Caltagirone aveva agito quali portatori di un interesse che a loro compete come socie delle società di capitali, a ciascuno di essi facenti capo, essendo essi “gli unici beneficiari dell'azione e del buon andamento delle iniziative edilizie poste in essere dalle singole società”. Sul presupposto, inoltre, della caratterizzazione dell'impresa mediante il fine di lucro, proprio ed autonomo rispetto a quello delle società, si evidenzia che l'attività del socio, ancorché finanziatore delle società di cui è partecipe, in tanto può individuare un'impresa autonoma, rispetto alle predette società, in quanto si prefigga un vantaggio personale diverso e distinto da quello delle società di capitali; intanto, quindi, potrebbe individuarsi un'intermediazione nella circolazione del denaro, ovvero attività terziarie imprenditoriali, in quanto egli si prefiggesse la realizzazione di un compenso per detta attività, non essendo coerente con il concetto di impresa l'attività prestata unicamente a vantaggio delle società che per essa non versavano compenso alcuno, mirante unicamente al vantaggio patrimoniale e finanziario delle società stesse. Essi erano pur beneficiari ultimi del patrimonio sociale, senza che per questo potesse individuarsi un autonomo profitto, sia pure in prospettiva, atto ad individuare una distinta imprenditorialità rispetto alle società; senza, cioè, che si realizzasse quella autonomia funzionale e finale, costituente condizione necessaria perché si potesse configurare l'esercizio, da parte del socio delle società di capitali, di un'impresa individuale in rapporto di collaborazione con l'impresa sociale (ricorso G. Caltagirone).

Diversamente ritenendo, i giudici di merito, in particolare la Corte di Appello di Roma, avrebbero violato i principi vigenti in materia di autonomia patrimoniale delle società di capitali.

C) Sempre sulla linea della carenza di un finalità lucrativa autonoma rispetto a quella delle singole società, vengono svolte ulteriori argomentazioni dirette a negare che detta autonoma finalità possa essere individuata nelle situazioni indicate nella sentenza oggetto di ricorso, e cioè nel fatto che i falliti avrebbero tratto vantaggio personale di enorme portata economica dalla gestione degli ingenti mezzi finanziari rastrellati sul mercato creditizio, nel fatto che Gaetano Caltagirone avrebbe prelevato, a beneficio proprio e di terzi, 60 miliardi di lire dai conti correnti personali alimentati con denaro dei finanziamenti alle sue società e

che entrambi i fratelli non avrebbero “dato conto della sorte di gran parte delle somme prelevate dai mutui concessi dalla ITALCASSE”; nel fatto, infine, che i fratelli Caltagirone avrebbero percepito gli interessi sulle somme erogate alle società e depositate sui loro conti correnti bancari personali.

Sui punti ora indicati i ricorrenti lamentano che la Corte di Appello non abbia per nulla tenuto conto dell'accertamento eseguito in sede penale, ed espresso nella sentenza di proscioglimento del giudice istruttore dai reati di bancarotta fraudolenta, sentenza in via assertiva costituente giudicato a seguito della sopravvenuta sentenza della Corte di Cassazione in sede penale; sentenze con le quali venivano esclusi fatti essenziali rilevanti, non solo ai fini dei reati addebitati, ma altresì della individuazione del fine di lucro o della sua realizzazione.

D) Vengono prese, infine, in considerazione le attività espletate dai fratelli Caltagirone, così come descritte nella sentenza della Corte di Appello di Roma, negandosi che le stesse siano mai state svolte dalle singole persone fisiche in nome proprio.

Così viene negato, in linea storica, che nell'ambito di tutte quelle attività, il cui svolgimento è stato pacificamente ammesso (ricorso F. Caltagirone), il singolo ricorrente avesse mai assunto obbligazioni in proprio, traendo spunto anche da un'affermazione della stessa sentenza della Corte di Roma, secondo cui i Caltagirone facevano comparire “le società come tali solo in sede di formalizzazione dei negozi”. Situazione questa ribadita (ricorso G. Caltagirone), sostenendosi che la mancanza di un'attività negoziale in proprio nome da una parte dei soci, farebbe cadere tutta la costruzione della sentenza, rendendo evidente ai terzi che l'attività da loro personalmente svolta, ancorché in forma organizzata, attineva alla loro veste di soci delle differenti società per cui le obbligazioni non erano contratte da loro personalmente, ma dalle società.

In definitiva ed in sintesi, nelle quattro situazioni analiticamente svolte ed esposte dai ricorrenti, vengono costantemente perseguite due linee logiche fondate sulla carenza di autonomia operativa e di autonomia funzionale, e cioè:

1) la negazione, in linea storica, che l'attività da loro svolta costituisse una negoziazione distinta rispetto all'operare delle società, sostenendo per contro, che trattavasi di un'attività preparatoria, sia sul piano finanziario, sia sul piano dei diversi apporti, destinata realizzarsi negozialmente dalle singole società in proprio, a mezzo dei rispettivi amministratori. Mancanza, quindi, di un'autonomia operativa delle singole attività che, in quanto tali, sarebbero inidonee ad individuare singoli fenomeni imprenditoriali individuali, distinti da quelli delle società partecipate.

2) L'insussistenza di un autonomo scopo di lucro; posizione a sua volta articolata in due diverse modalità:

a) negazione, sul piano probatorio e storico, della sussistenza di quegli atti di distrazione personale di somme, percepite come finanziamenti alle singole società, ovvero di personale utilizzazione di interessi maturati su dette somme versate nei rispettivi conti correnti personali. Viene trovato sostegno alla posizione nella sentenza istruttoria penale di proscioglimento, nei mezzi probatori acquisiti in sede penale, e nel giudicato che su detta sentenza, e sui fatti posti a

base di essa, si sarebbe in via assertiva formato, a seguito della citata sentenza della Corte di Cassazione in sede penale.

b) Negazione che un autonomo compenso fosse previsto per le attività personalmente svolte, a carico delle singole società; conseguente negazione che, o sotto il profilo soggettivo (scopo di lucro) o sotto quello oggettivo (attitudine dell'attività a produrre un lucro) una aspettativa di lucro, distinta rispetto all'utile realizzabile dalle società partecipate, avesse sorretto o qualificato l'azione dei soci dominanti.

3) La mancanza, conseguente, di autonomia funzionale delle attività personali rispetto a quelle sociali e la carenza dei presupposti essenziali per l'individuazione di figure imprenditoriali e personali distinte rispetto alle singole imprese sociali.

Richiamati, così (nella correlazione tra i fatti esposti nelle premesse, la motivazione della sentenza della Corte di Roma e gli elementi essenziali dei ricorsi, ora riferiti), i tratti fondamentali del dibattito, svolto nelle precedenti fasi e gradi del procedimento, e puntualizzato in questa fase processuale con i ricorsi dei sigg. Francesco Bellavista Caltagirone e Gaetano Caltagirone, emerge in tutto il suo rilievo di principio, e nella sua concretezza, il problema sottoposto all'esame di questa Corte, costituente la base di tutte le soluzioni variamente prospettate e sostenute sul punto.

Si tratta di un problema articolato che attiene all'individuazione della figura del capogruppo (holding) di una serie di società di capitali; alla individuazione delle sue caratteristiche operative; all'individuazione, nelle dette caratteristiche, della sussistenza, o no, dei presupposti e delle condizioni di un'impresa, ovvero di un imprenditore, distinti rispetto alle singole società del gruppo, alla loro personalità giuridica ed alla loro autonomia patrimoniale. Si tratta, ancora, di valutare se e quali caratteristiche della Holding, eventualmente imprenditrice, che la pratica degli affari conosce prevalentemente nella figura della società – capogruppo, possano essere compatibili con la figura della persona fisica capogruppo, che possa essere per ciò stesso anche imprenditore. Si tratta, infine, di valutare se, e come, i principi ricercati possano trovare applicazione nel caso di specie.

L'indagine deve innanzi tutto prendere le mosse da alcune situazioni di fatto da ritenersi, o pacificamente ammesse dai ricorrenti, ovvero oggetto di un'indagine di fatto della Corte di merito, non contrastata in questa fase sotto il profilo della motivazione.

Deve, così, ritenersi incontroverso che ciascuno dei due fratelli Caltagirone, la cui posizione è ora soggetta ad esame, era il "sostanziale beneficiario" delle attività di uno dei due gruppi sociali, rispettivamente costituiti da 65 (per Gaetano Caltagirone) e 37 (per Francesco Caltagirone) società, partecipate "direttamente o indirettamente" (vedi le già ricordate affermazioni dei ricorsi).

Deve darsi per ammesso che ciascuno dei due fratelli disponesse di un'organizzazione stabile, di mezzi e di persone (la contestazione in ordine alla sussistenza di detta organizzazione, svolta dai ricorrenti nei precedenti gradi, non viene più ribadita in questa fase, ancorché in via interpretativa si contesti la funzione dell'organizzazione nell'ambito della tipica qualificazione di impresa), organizzazione di cui ciascuno del sig.ri Caltagirone si avvaleva per lo

svolgimento di una serie di attività elencate nella sentenza della Corte di merito (v. pag. 41, 43, 44, 45 e 47 della sentenza). Dette attività vengono dichiarate dai ricorrenti come pacificamente ammesse o, comunque, non sono contestate nella loro obiettività, ancorché oggetto di rilievo siano le modalità di espletamento (in nome proprio ovvero in nome delle società).

Dette organizzazioni e dette attività costituivano (secondo le indicazioni della sentenza di primo grado, richiamate dalla Corte di merito), due centrali operative aventi la funzione di indirizzo, di controllo e di coordinamento, ed inoltre (secondo autonoma indicazione della Corte di Roma) costituivano attuazione di un disegno di controllo e di governo delle società.

L'accento della motivazione della sentenza della Corte di Roma è stato posto, in particolare, su una serie di attività ritenute "servizi" o "attività ausiliare", non esclusa l'attività finanziaria variamente espletata vuoi con il conferimento di garanzie per favorire erogazioni finanziarie alle società, vuoi con il percepimento diretto da parte delle persone fisiche dei Sig.ri Caltagirone dei finanziamenti erogati alle singole società e da essi poi destinati alle provviste finanziarie sia delle società che ne erano beneficiarie secondo i contratti con le banche, sia di altre società di ciascun gruppo, secondo valutazioni di esigenze operate dagli stessi Caltagirone, sia di società di nuova costituzione.

Inoltre, dal richiamo da parte della Corte di merito dell'impostazione di base della sentenza resa dal tribunale di Roma in sede di opposizione alla dichiarazione di fallimento, e nella quale la posizione di ciascuno degli attuali ricorrenti viene qualificata come "holding" o capogruppo, emerge che i fratelli Caltagirone, da una parte non si limitarono a svolgere attività meramente ausiliarie all'esercizio delle imprese sociali nè, d'altra parte, si limitarono, con la disposizione delle quote e/o dell'azioni delle società di ciascun gruppo, ad esercitare i poteri corporativi ed i diritti patrimoniali che le quote o le azioni loro conferivano. Essi esercitarono una vera e propria attività di direzione strategica o di governo, del gruppo che a ciascuno dei due fratelli faceva capo, secondo piani operativi globali, cui seguivano i piani e le disposizioni finanziarie e tecniche.

L'indagine, quindi, deve essere volta a valutare il fenomeno delle aggregazioni imprenditoriali, e si svolge, da una parte, nella scelta, tra i molteplici fenomeni che il sistema dell'aggregazione delle imprese ha assunto nella pratica economica, delle situazioni più aderenti al caso di specie; dall'altra di fronte alla mancanza di una generalizzata regolamentazione normativa del fenomeno del gruppo di imprese e dell'impresa capogruppo, nella necessità di individuare quelle norme che consentano, o no, di qualificare il capo di un gruppo di imprese sociali sotto il profilo dello statuto dell'impresa.

Esulando, per difformità strutturale dalle situazioni in esame, sia le aggregazioni societarie su base contrattuale (i c.d. gruppi contrattuali), sia per la holding mista o per la holding di tipo industriale, la situazione di principio più adeguata al caso di specie deve essere costruita sulla base della "holding pura" o della "holding operativa" quanto meno per il carattere sintomatico che a figure di tale genere attiene, nell'ambito della individuazione o no, di un'autonoma figura imprenditoriale, proprio sotto i profili dell'autonomia operativa e funzionale, posta come elemento essenziale del dibattito di questa fase processuale.

Si intende a tale fine per “holding pura” quel tipo di aggregazione societaria che assolve una funzione puramente strumentale e che mediante il possesso di uno o più pacchetti azionari, e l’esercizio dei poteri inerenti espliciti l’attività di direzione e di controllo del gruppo. Nell’ipotesi, inoltre, in cui le aziende detenute in portafoglio siano più di una, tale tipo di capo gruppo assume di norma i tratti tipici della holding operativa la quale esplicita l’attività direttiva anche mediante l’esercizio di funzioni economiche e finanziarie nei confronti delle società possedute, ponendo così uno stretto legame tra il grado di diversificazione degli investimenti della holding ed il ruolo che questa può assumere nel coordinamento finanziario del gruppo.

La scienza economica, delle cui risultanze ci si può avvalere per descrivere il fenomeno, comunemente configura il gruppo come un’aggregazione di unità produttive, giuridicamente autonome, ma collegate sul piano organizzativo al fine di una migliore attuazione degli obiettivi perseguiti dal complesso. La direzione economica unitaria e l’autonomia formale delle imprese partecipanti al gruppo costituiscono momenti qualificanti del fenomeno. Con la direzione unitaria si consegue il risultato di imprimere unità di indirizzo e di azione alle diverse imprese aggregate; con l’autonomia formale si persegue il vantaggio di conferire all’organismo economico, unitariamente considerato, flessibilità strutturale e delimitazione dei rischi.

La direzione unitaria si differenzia dal semplice controllo, in quanto quest’ultimo costituisce una situazione potenziale di esercizio di influenza dominante, mentre per l’esistenza del gruppo è necessario l’esercizio effettivo di detta potenzialità. Inoltre la direzione unitaria del gruppo, ancorché alla sua base vi sia il fenomeno del controllo, si evolve rispetto ad esso con una diversificazione qualitativa, se non altro perché il controllo è un fenomeno che può riguardare un’unica controllante ed unica controllata, mentre la direzione unitaria del gruppo ha come caratteristica essenziale la pluralità delle controllate, coordinate dall’unica controllante in un’organizzazione imprenditoriale complessa (dal punto di vista economico).

Al riguardo non deve ritenersi che la direzione unitaria, tipica delle aggregazioni di gruppo secondo il tipo per ultimo indicato, pur non essendo oggetto di specifica previsione normativa (in quanto il nostro ordinamento sembra informato ad una visione atomistica della funzione societaria e dell’autonomia delle società quali centri autonomi di decisione), non adempie ad un funzionamento meritevole di tutela sul piano dell’economia negoziale (art. 1322 c.c.) ovvero sia contraria a regole inderogabili vigenti in diritto societario.

Sotto il primo profilo si rileva anche il modello organizzativo delineato, pur se costituisce una novità, nel suo assetto organizzativo, rispetto alla concezione atomistica dell’impresa societaria da cui muove il nostro codice civile, non solo costituisce quello generalmente attuato dai più importanti gruppi privati italiani, ma ad esso si ispira anche la struttura dei nostri gruppi pubblici, corrispondendo alle più moderne esigenze organizzative e funzionali delle imprese di grandi dimensioni in un’economia di mercato in fase avanzata. L’utilità che da esso deriva sul piano della pianificazione e dello sviluppo della produttività dell’imprese, può in linea generale fare ritenere meritevole di tutela giuridica la

sussistenza di quelle aggregazioni imprenditoriali che allo schema indicatosi uniformino; né le possibilità elusive, da valutare e sanzionare caso per caso, possono annullare l'utile funzione, nell'evoluzione di una economia avanzata, del modello strutturale ed operativo indicato.

Sotto il secondo profilo, inoltre, non deve necessariamente ritenersi che la struttura organizzativa di gruppo, secondo il tipo indicato, sia contrario a principi inderogabili del nostro ordinamento, in considerazione del fatto che il centro decisionale delle strategie, e soprattutto delle strategie finanziarie del gruppo, venga posto al di fuori delle singole società operative.

La necessità degli organi delle società operative di uniformarsi alle più generali scelte globali e gestionali di gruppo, formulate dagli organi gestori della controllante, non comporta necessariamente la subordinazione degli interessi delle controllate ad interessi a loro estranei, potendo essere gli obiettivi di gruppo perfettamente compatibili con gli interessi delle singole controllate. Queste, dalla appartenenza al gruppo vedono potenziare le loro possibilità operative, potendo essere non pochi i vantaggi che alle controllate derivano non solo sotto il profilo dell'immagine e di conseguente credito di cui le società operative possono godere sul mercato, ma anche, in forma più immediata, in termini di utilizzazione dei servizi di comune interesse e di realizzazione di economie di scala. È normale, infatti, nelle aggregazioni di gruppo che attività e prestazione di generale interesse, quali attività di studio e pianificazione, ricerche tecnologiche di mercato, pubblicità e relazioni esterne, vengono accentrate presso la controllante, senza che per questo venga meno la funzione direttiva caratterizzante la figura del gruppo.

I programmi finanziari e produttivi di gruppo vengono elaborati dalla capogruppo nella veste di titolare delle partecipazioni di controllo; le decisioni adottate a livello dell'organo gestorio della controllante vengono trasmessi, attraverso le deliberazioni assembleari, o altri mezzi meno formali, alle singole controllate, le quali sono tenute ad uniformare agli obiettivi di gruppo le loro realtà operative.

Questo modello organizzativo e strutturale non contrasta necessariamente con l'interesse delle società del gruppo, essendo necessario, perché scatti la tutela degli interessi che alla singola società fanno capo, non solo la potenzialità di un conflitto di interessi, ma l'effettività del conflitto di interessi idoneo a causare danno alla società del gruppo.

Il vincolo dell'organo amministrativo della società di gruppo, quindi, trova il limite della conformità dell'interesse sociale della società di gruppo, dovendosi i suoi amministratori astenersi dall'eseguire delibere ed indirizzi che possano danneggiare la società stessa.

Come è stato autorevolmente sostenuto, in un'organizzazione del tipo indicato, non vi è nulla di irrimediabilmente in contrasto con il vigente sistema normativo, purché si rispetti il limite che le deliberazioni esecutive non devono causare pregiudizio alle singole controllate. Il limite del vincolo, rispetto alle direttive della holding, per gli amministratori delle società controllate, quindi, sta proprio nella tutela dell'interesse della singola società, apprezzato dai suoi stessi amministratori.

Si tratta, ora, di valutare come la realtà economica della holding pura e del gruppo operativo possa inquadrarsi sotto il profilo dello statuto dell'impresa.

Indubbiamente il gruppo in quanto tale, ancorché organizzato secondo il modello descritto, non diventa un unico soggetto di diritto. I risultati della scienza economica che individuano le caratteristiche essenziali della figura nella direzione unitaria, da una parte, e nella pluralità soggettiva dall'altra, e che in questa unità direzionale nella pluralità soggettiva individuano, non solo le caratteristiche del tipo, ma i vantaggi che al gruppo in quanto tale ed alle singole società controllate possono derivarne, si coordinano, sotto questo profilo, con le qualificazioni tributarie dalla nostra legislazione societaria e di impresa. Ciascuna società controllata continua ad essere ed a esistere come società autonoma rispetto alle altre componenti del gruppo, e rispetto alla capo gruppo ciascuna è un distinto soggetto di diritto.

Il punto fondamentale della disamina si sposta, di conseguenza, sulla capo gruppo, dovendosi domandare se il soggetto holding, sia per ciò stesso (sia cioè in virtù del potere direttivo esercitato sulla base di una posizione di controllo acquisita a livello di partecipazione nelle varie società del gruppo, secondo il modello e le implicazioni indicate), a sua volta un'impresa; ovvero possa o no, essere impresa solo in virtù delle attività accessorie ed ausiliarie, che al modello normalmente attengono, ma non necessariamente ad esso ineriscono.

Si tratta, in sostanza, di rilevare se, sotto il profilo dell'impresa, la holding sia una realtà meramente economica (o, come da taluno ritenuto, una società senza impresa), risolvendosi sotto il profilo giuridico nella pluralità dei soggetti che la compongono, da considerarsi nella loro autonomia, ovvero se la stessa holding, proprio in virtù dell'attività di coordinamento e di direzione delle varie imprese controllate, si qualifichi anch'essa come impresa.

Nella letteratura giuridica, da tempo si discute sulla possibilità di riconoscere alla holding la qualità imprenditoriale, la quale richiede l'esercizio di un'attività di produzione o di uno scambio di beni o di servizi, secondo la qualificazione dell'art. 2082, in relazione alla tipologia dell'art. 2195 c.c..

È, noto, in questa direttiva, l'indirizzo secondo cui la holding, pur non esercitando direttamente alcuna attività di produzione o scambio di beni e di servizi (a parte la holding mista che qui non interessa), essa pur tuttavia realizza un'attività di partecipazione ad attività di produzione e di scambio, con la conclusione che lo scopo di partecipare ad attività imprenditoriale può essere sufficiente, non solo ai fini dell'art. 2247, ma anche a quelli dell'art. 2082 e 2195 c.c., facendo qualificare come commerciale lo scopo della società.

Correlando questo indirizzo al concetto "fase dell'attività di impresa", attingendolo dall'art. 2602 c.c., nel testo modificato dalla L. n. 377 del 1976 (laddove il consorzio tra imprenditori viene definito come l'organizzazione costituita per lo svolgimento di determinate "fasi" delle rispettive imprese), potrebbe considerarsi l'attività di direzione e di coordinamento della holding alla stregua di una fase dell'attività imprenditoriale, e potrebbe affermarsi che la holding è imprenditore in quanto professionalmente, e con adeguata organizzazione svolge (accentrandola presso di sé), una fase delle imprese esercitate dalla società

operative, ed è imprenditore commerciale qualora l'attività nel suo ciclo si inserisce abbia natura commerciale.

Peraltro, di fronte a questa costruzione, alcuni rilievi appaiono insuperabili e, cioè:

a) se una società esercita una fase dell'attività svolta da altra società, l'oggetto della prima finisce per coincidere almeno parzialmente con quello della seconda; se poi la fase esercitata dalla holding si concretizza nel governo e nella direzione dell'attività della società operativa, finisce per esservi coincidenza tra l'oggetto dei due tipi di società.

b) per l'individuazione dell'impresa commerciale non è sufficiente l'esercizio di una fase di attività qualificante, ex art. 2082 e 2195 c.c., ma l'attività in quanto tale;

c) anche nei consorzi, ciascuna delle imprese consorziate conserva la qualità di imprenditore pur esercitando direttamente alcune fasi soltanto della propria impresa, ma ciò in quanto le altre fasi dell'impresa, destinate a completare detta attività economica, sono da esse esercitate tramite il consorzio.

Peraltro, se da un lato è insufficiente ricostruire la figura imprenditoriale della holding sulla base del solo concetto di "fase" di attività, d'altro lato appare incongruo riportare l'imprenditorialità della entità dominante del gruppo, non al fattore caratterizzante il fenomeno, ma alla semplice prestazione di servizio o all'attività ausiliaria. D'altronde l'attività di coordinamento e di direzione del gruppo ben difficilmente può essere qualificata come "servizio", prodotto e scambiato, secondo la previsione dell'art. 2082 c.c., anche sotto il profilo delle attività ausiliarie che, pur frequentemente presenti nello operare della holding, non ineriscono necessariamente al fenomeno, non sono espressione essenziale del modello organizzativo e funzionale in cui l'operatività del gruppo coordinato si esplica.

Maggior concretezza assume il diverso indirizzo che coglie l'imprenditorialità della capogruppo nel concetto di attività mediata.

Si è già detto dalla normativa sui consorzi (art. 2602 c.c., nel testo modificato dalla Legge n. 377-76) si tragga il concetto di esercizio di "fase" dell'attività di impresa e come la spiegazione della imprenditorialità delle componenti del consorzio, operante in una struttura di coordinamento della produzione e degli scambi, possa darsi proprio con il concetto di attività esercitata in via mediata, cioè esercitata in prima persona dal consorzio, ma riflettentesi nei suoi effetti direttamente sulle consorziate.

Concetti analoghi, in tema di attività mediata, possono assumersi nel fenomeno del controllo societario, a mezzo di situazioni traibili degli artt. 2361 e 2429 bis c.c..

Per l'art. 2361 c.c., gioca la previsione del divieto di assunzione di partecipazione in altre imprese "se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo".

Dal testo normativo può dedursi una modificazione dell'oggetto della società partecipante, in quanto l'attività della società cui si riferisce la partecipazione diventi essa stessa oggetto della società partecipante. Il fenomeno della partecipazione, in sostanza, può fare sì che l'oggetto della partecipata influisca

su quello della partecipante, divenendo oggetto della stessa. Ciò significa che una data attività di produzione e scambio può integrare l'oggetto sociale, sia come oggetto immediato (società operativa), sia come oggetto mediato (holding). Il che significa, ulteriormente, che l'imprenditorialità della holding non deriva dal fatto che essa svolga l'attività di partecipazione e di coordinamento tecnico finanziario, in sé e per sé considerata, ma deriva dalla specifica attività di produzione e di scambio che formano oggetto delle società operanti ed il cui esercizio, in forma indiretta tramite la direzione ed il coordinamento ed a mazzo della partecipazione di controllo, è attuabile dalla capogruppo.

Inoltre, l'art. 2429 bis c.c., nel testo derivato dalla c.d. miniriforma del 1974, ha sviluppato il concetto, prevedendo che la relazione degli amministratori al bilancio, deve illustrare l'andamento della gestione nei vari settori in cui la società ha operato "anche attraverso altre società da essa controllate", ribadendosi la rilevanza, nel controllo societario, della operatività mediata.

Nel settore del controllo societario, quindi, che non esaurisce il fenomeno del gruppo, ma che è alla base del modello strutturale del gruppo di società, l'esercizio dell'attività di impresa in via mediata trova adeguati agganci normativi, spiegando come l'interesse e l'oggetto sociale si coordinano tra di loro: attraverso la controllata la controllante soddisfa il proprio interesse, in quanto è attraverso la controllata che essa svolge, sempre in modo mediato ed indiretto, una propria attività economica.

La capogruppo, quindi, è imprenditore, per il fatto di esercitare attività imprenditoriale nella sua completezza, in una fase in via diretta, in altra fase in modo mediato ed indiretto.

La nozione economica, inoltre, che individua nel gruppo sostanzialmente un'unica impresa articolata su più soggetti, può trovare una corrispondente qualificazione giuridica sulla base indicata, individuando nel gruppo in quanto tale un'unica impresa articolata, alla quale peraltro non corrisponde un unico imprenditore ma, mediante l'incidenza dell'attività indiretta, una pluralità di imprenditori, quanti sono i soggetti del gruppo, e tra essi la capo gruppo.

Il riflesso dell'oggetto sociale della controllata sull'oggetto della controllante, governante l'attività del gruppo, finisce per operare sia sullo scopo tecnico da questa perseguito, sia sull'interesse sociale. Ed invero, se l'impresa è un'attività (un complesso di atti diretti ad un fine) e se l'oggetto sociale è il programma tecnico dato dai soci alla società, ne risulta che lo scopo tecnico qualifica l'attività nell'ambito del programma e quindi, se compreso nelle categorie dell'art. 2195 c.c., come attività di impresa commerciale; l'interesse sociale qualifica la stessa attività come attività economica e, pertanto, ancora, come attività di impresa sotto il profilo del diverso requisito dell'economicità.

In secondo luogo, stante la stretta connessione concettuale tra oggetto sociale, scopo tecnico, interesse sociale, l'impronta dell'imprenditorialità della controllata sull'oggetto della controllante si riflette necessariamente, non solo sulla qualificazione in termini di imprenditorialità dell'attività della controllante, ma sulla qualificazione in termini di economicità della stessa attività, e sull'interesse sociale della controllante, interesse che della economicità della attività costituisce lo scopo.

Il fatto che fra l'interesse delle società operative del gruppo e l'interesse della capogruppo vi sia una situazione di coincidenza di realizzazione, è il portato tipico ed originale della partecipazione dominante esercitata con funzione direttiva e di coordinamento.

L'economicità dell'impresa, intesa come attitudine a produrre un risultato economico per chi agisce, e quindi come carattere oggettivo dell'attività inerente al metodo economico di cui la stessa è espressione, si esplica nel gruppo di società con una modalità originale che è diretta conseguenza dell'attività direttiva e di coordinamento.

Si è già indicato come, dal punto di vista della scienza dell'economia, lo scopo dell'attività direttiva e di coordinamento del gruppo deve individuarsi nella più efficiente operatività economica del gruppo nel suo insieme e, pertanto, nell'attitudine alla realizzazione di vantaggi economici del gruppo nel suo insieme e nelle sue componenti; vi è quindi nel modello operativo e strutturale del gruppo un'attitudine a produrre risultati economici che sono la diretta conseguenza proprio del fattore caratterizzante il gruppo e, cioè, nella direzione e del coordinamento unitario espletato dalla holding. Questa attitudine, costituente la ragione stessa giustificatrice della costituzione del gruppo, si riflette anche, dal punto di vista giuridico, sulla qualificazione dell'imprenditorialità della holding, consentendo di ravvisare nell'attività diretta della stessa la fonte di risultati economici che, senza detta attività direttiva, non si realizzerebbero, risultati che, in quanto tali, vanno ascritti in via diretta proprio all'operare della capogruppo. Il fatto che, poi, i risultati di detta caratteristica attitudine dell'attività diretta della capogruppo incidono sul patrimonio delle controllate, non escludono l'attribuibilità degli stessi alla capogruppo, sia in virtù della indicata derivazione diretta del fenomeno, sia in virtù della unicità dell'impresa espressa nella pluralità soggettiva degli imprenditori, che riflette automaticamente, e con immediatezza, i risultati realizzata dalla partecipante sul patrimonio della controllante.

Anche sotto questo profilo, in definitiva, sarebbe erroneo ritenere l'attitudine alla realizzazione dei risultati economici da parte della holding come inadatta alla integrazione della fattispecie imprenditoriale, in virtù del ritenuto carattere mediato della acquisizione del risultato.

Volendo ora chiarire quali caratteristiche debba avere l'azione imprenditoriale mediata, al fine evitare con qualificazioni terminologiche simili si confondano fenomeni diversi, che pure in termini di imprenditorialità indiretta sono stati espressi, si rileva:

A) Innanzi tutto, l'attività indirettamente esercitata dalla capogruppo, è un'attività direttamente, ed in nome proprio, esplicita dalle singole controllate; parallelamente, se l'attività della capogruppo integra quella delle controllate, essa è espressione diretta e personale della stessa holding. Conseguentemente, ciascuna delle entità separate esplica in nome proprio l'attività direttamente attribuitale.

Una prima caratteristica, quindi, emerge, e cioè: l'attività della holding, sia essa attività di direzione e di coordinamento in sé e per sé considerata (holding pura) sia essa l'ulteriore attività in campo finanziario ed ausiliario con cui il coordinamento si espliciti con espressioni negoziali (holding operativa), debbono

essere esplicate in via diretta e, di conseguenza, in nome proprio della capogruppo, così come l'attività di produzione e di scambio delle società operative deve essere esplicata in nome proprio delle stesse.

B) Una seconda caratteristica consiste nel fatto che l'autonomia soggettiva e patrimoniale delle singole componenti del gruppo, non solo non viene superata, ma costituisce altro momento caratterizzante del modello operativo del gruppo societario. Il fatto che nel gruppo, con deduzione delle disposizioni normative indicate, si sia giunti all'affermazione dell'unità dell'impresa esercitata anche con attività mediata, pure in presenza della pluralità di imprenditori, non giustifica il venire meno delle autonomie soggettive e patrimoniali delle singole componenti in cui il modello si articola. Conseguentemente, ciascuna società, sia essa controllata, sia essa la controllante, assume la responsabilità patrimoniale connessa alle obbligazioni effettivamente e direttamente assunte, alle attività negoziali direttamente ed in proprio come esplicate.

C) Eventuali responsabilità della holding per le obbligazioni delle società operative può tutt'al più individuarsi in base all'art. 2362 c.c., sempre la capogruppo assume la veste, effettiva ed apparente, di socia unica delle società controllate.

D) La holding, in base ai fattori indicati, si distingue dal socio tiranno, sia perché questa figura, quanto meno nella formulazione della dottrina più accreditata, è caratterizzata non da un'agire economicamente improprio ed in prima persona, o anche in prima persona, del socio dominante, ma dell'adozione in via esclusiva attraverso gli organi delle società dominate, ed inoltre dalla creazione di confusione tra i patrimoni del socio dominante e della società dominata, con la carenza, rispetto alla figura della holding, delle caratteristiche essenziali sopra indicate sub A) e C).

D'altra parte quand'anche una holding, decampando dai limiti indicati dalla figura tipizzata (tipizzata, ovviamente, dalla prassi) del gruppo, ma pur in presenza del fattore caratterizzante dell'attività di coordinamento e di direzione operata tramite il dominio delle azioni, eludesse i limiti propri dell'autonomia patrimoniale e personale delle società componenti, operando con abuso di maggioranza, con usurpazione di poteri gestori o di controllo, con inosservanza delle regole di vincolo sulla disponibilità del patrimonio sociale (tutte situazione che riscontrano nell'operare del socio tiranno), non per questo verrebbe meno l'autonomia delle componenti, dovendo dette situazioni trovare disciplina e sanzione in forme tipiche della singola attività e diverse dalla responsabilità patrimoniale per obbligazioni sociali.

E) La holding, infine, si distingue dalla pura e semplice gestione patrimoniale del portafoglio azionario, in quanto essa non si limita all'esercizio dei poteri e dei diritti che dalle azioni conseguono, ma a mezzo di detti poteri esercita l'attività caratterizzante di direzione e di governo, eventualmente anche finanziario, già descritta.

Individuati così, i fattori caratterizzanti distintivi del gruppo come impresa e della società holding come imprenditrice, non si ritiene sussistano fattori impeditivi all'estensione delle caratteristiche e delle stesse qualificazioni imprenditoriali, al capo gruppo-persona fisica.

È pur vero che, dando accoglimento all'indirizzo per ultimo richiamato, si è tratto argomento all'individuazione della società holding come imprese da norme concernenti l'oggetto sociale, e nell'impresa individuale non è richiesta l'enunciazione preventiva e la pubblicazione di un programma tecnico ed economico di azione quale componente costitutiva. È altresì vero, però, che sia nell'imprenditorialità sociale, sia nell'imprenditorialità individuale, ciò che caratterizza l'imprenditore è il genere di attività svolta e le modalità operative inerenti. Sul piano dell'attività, la direzione ed coordinamento tecnico finanziario del socio dominante il gruppo (quale fase di attività di impresa direttamente esercitata parte del socio dominante il gruppo); il riflesso dell'attività di impresa delle società operative sull'attività del capogruppo, cui danno oggetto e contenuto; l'attitudine del coordinamento del capogruppo ad operare con modalità economiche, si presentano con identiche modalità e con identiche funzioni nelle due figure della società e della persona fisica holding.

La differenza attiene essenzialmente alla prova delle varie componenti dell'impresa, non all'assenza della figura dell'impresa complessa e dell'imprenditore singolo.

Ciò premesso, si tratta di valutare se, nell'ambito degli schemi logici sopra indicati possa, nel caso di specie, essere fatta rientrare l'attività svolta dai sig.ri Gaetano Caltagirone e Francesco Bellavista Caltagirone.

Sul punto, si è già rilevato come la sussistenza di un'organizzazione operativa è, in questa fase, incontrovertibile, così come non è stata oggetto di specifica contestazione la professionalità, affermata dalla sentenza della Corte di merito e costituente requisito condizionante la figura dell'imprenditore, da valutare in termini oggettivi come potenzialità di durata, che suppone nell'innesto dell'attività in un'organizzazione stabile e che suppone la capacità dell'impresa di vivere e durare. La protrazione per danni dei tipi di attività individuati dalla Corte di Roma, sono sul piano probatorio adeguata dimostrazione del requisito in esame.

Si tratta, però, di esaminare come la Corte di merito abbia evidenziato l'attività dell'imprenditore capogruppo, e l'economicità della stessa (e questi sono i punti essenziali alla cui valutazione è mirata tutta la precedente disamina).

La Corte di Roma, nel descrivere le varie attività svolte dai ricorrenti, ha ben evidenziato, come già ricordato, che essi svolgevano una funzione di indirizzo, di controllo, di coordinamento, costituente attuazioni di un indirizzo di controllo e di governo delle società di ciascun gruppo. Sul piano motivazione, peraltro, questo fattore, pur accertato nella sua obiettività, non sembra sia stato valorizzato ai fini dell'imprenditorialità; non sembra sia entrato come componente nello schema dell'impresa, dalla Corte di merito pur affermato, ma individuato più che altro nelle attività accessorie; sembra, in definitiva, che proprio l'attività nella quale si individua la caratteristica precipua del gruppo di società, costituisca un elemento esistente, affiancato alle attività accessorie di imprese fatte rientrare nelle categorie dell'art. 2195 c.c., senza rientrare nella struttura dell'impresa e della figura dell'imprenditore-holding.

Orbene, nell'individuazione del tipo imprenditoriale, delle due, l'una: o si individua l'imprenditore holding persona fisica sulla base dei poteri di direzione e coordinamento esercitati dal socio dominante, come fase di una più ampia

attività di impresa esercitata dalle società operative che da contenuto ed oggetto alla stessa attività direttiva, ed allora occorre individuare le caratteristiche essenziali sopra enunciate con riferimento alle società holding; ovvero si individua l'imprenditorialità della holding sulla base dei servizi e delle attività accessorie, in quanto l'attività di direzione strategica del gruppo non abbia le caratteristiche sopra enunciate ai fini del riconoscimento dell'imprenditorialità, ed allora si pongono altri problemi per individuare il criterio dell'economicità dell'attività.

Sotto il primo profilo, indubbiamente l'attività svolta dai sig.ri Caltagirone decampa dalle semplice gestione dei loro patrimoni e, proprio in virtù della direzione strategica dei due gruppi societari, ha l'attitudine, secondo il modello operativo sopra illustrato, per le società – holding, ad integrare la figura dell'imprenditore, purché, peraltro, essa (e le attività connesse sul piano finanziario), abbia le caratteristiche già sopra enunciate e sintetizzate; purché, in particolare, detta attività sia stata svolta da ciascun capogruppo in nome proprio e presenti l'obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici per il gruppo e per le sue componenti operative, connessi in maniera essenziale all'attività direttiva in quanto tale, nel senso che senza detta attività dette funzioni di economicità del gruppo non sarebbero altrimenti ipotizzabili. Sotto tale profilo, non concludente è l'affermazione che lo scopo degli attuali ricorrenti era solo quello di ottimizzare l'utile nella gestione del loro patrimonio, nel cui portafoglio esistevano le quote o le azioni delle controllate; attraverso lo schema dell'unicità dell'impresa e della pluralità degli imprenditori, già illustrato, quella forma di godimento dei pacchetti di quote o di azioni, non limitata all'esercizio dei poteri corporativi ed all'esercizio dei diritti patrimoniali, ma evoluta, tramite detti poteri, nell'ingerenza direttiva delle società dominate, costituirebbe una modalità di godimento non incompatibile con la figura della persona fisica holding ed imprenditore. In presenza dei requisiti indicati, della partecipazione dominante, dell'organizzazione stabile e della professionalità, la figura della holding – imprenditore individuale ben sarebbe ipotizzabile ed il riflesso delle attività delle società operative sull'oggetto dell'attività diretta delle holding consentirebbe il superamento della fondamentale eccezione svolta dai ricorrenti, concernente la asserita mancanza di un utile autonomo delle holding, così come consentirebbe di superare la asserita violazione della autonoma personalità e dell'autonomia patrimoniale delle società dominate.

Però, proprio su questi due punti, che attengono a requisiti essenziali della figura dell'imprenditore, vi è nella sentenza oggetto di ricorso carenza motivazione, e talora contraddittorietà.

È stato, infatti, asserito nella sentenza della Corte di Appello, che Gaetano e Francesco Caltagirone avevano esercitato in nome proprio le attività evidenziate ed integranti l'impresa capogruppo; è stato anche precisato, però, che gli organismi della società "intervenero solo al momento della redazione dei contratti in forma pubblica o comunque scritta" (v. sentenza C.A., pag. 43), ed inoltre (pag 44 sentenza citata) che i Caltagirone, per loro ammissione non contraddetta in sentenza, facevano "comparire le società come parti solo in sede di formalizzazione dei negozi". Il che significa, in buona sostanza, che proprio

quelle attività negoziali eminenti nelle quali la direzione strategica dell'attività produttive ed il coordinamento finanziario delle stesse, veniva esercitata, non era svolta dai sig.ri Caltagirone in nome proprio, ma dalle società stesse in nome proprio ed a mezzo dei loro amministratori. Con ciò sfumerebbe (sul piano della motivazione e con la non evidenziazione concreta degli atti, e della autonoma e diretta imputazione ai capogruppo degli atti in cui la affermata direzione strategica dei gruppi si sarebbe esercitata), l'autonomia della funzione direttiva direttamente attribuibile ai capogruppo, ancorché coordinabile con le attività operative delle società.

È carente, poi, la evidenziazione della attitudine alla economicità dell'attività direttiva e strategica dei soggetti holding, di quella attitudine oggettiva di detta attività a produrre utili risultati economici ad esso direttamente connettabili e non altrimenti ipotizzabile in assenza dell'attività qualificante indicata.

Sotto il secondo profilo, qualora l'attività direttiva non entri nello schema organizzativo dell'imprenditore capogruppo per non avere le caratteristiche essenziali indicate, ma l'imprenditorialità dello stesso si individui solo in collaterali attività di servizi ed accessorie, queste distinte attività debbono a loro volta essere espressione diretta e personale del soggetto cui la qualifica imprenditoriale si intenda attribuire, ed inoltre l'attitudine dell'economicità di detta attività deve essere individuata in via autonoma, indipendentemente dall'economicità dell'attività delle società che solo lo schema organizzativo della holding sopra illustrato, (con l'incidenza dell'attività direttiva, cui l'attività delle società conferisce caratteristica di economicità e di attitudine imprenditoriale sotto il profilo della produzione e dello scambio di beni), consente di connettere all'interesse sociale delle società del gruppo.

Anche sotto questo profilo, pertanto, la già rilevata contraddittorietà della motivazione in ordine all'espletamento in forma diretta e personale delle singole attività, assume rilievo facendo svanire uno degli elementi fondamentali individuanti l'impresa autonoma e l'imprenditore singolo. Di conseguenza, non essendo consentito correlare l'economicità dell'azione dei soci dominanti con l'interesse sociale perseguito dalle società, in mancanza della ricostruzione dell'imprenditorialità sulla base dello schema organizzativo della holding e dell'unicità di impresa correlata alla pluralità dei soggetti imprenditori, non si vede dove possa essere ricercata la caratteristica economicità dell'attività dei soci, autonoma rispetto a quelle delle società, qualora non risulti che le prestazioni dei soci richiedessero corrispettivi, salvo ricollegarsi a questi atti di sostanziale appropriazione dei finanziamenti fatti dalle banche alle società, o dei frutti di dette provviste dalle banche fornite.

Peraltro, anche a tale proposito vi è una carenza di motivazione, incidente su punto essenziale della controversia. È indubbiamente erroneo, quanto sostenuto in via principale dai ricorrenti, in ordine all'incidenza di un supposto giudicato penale sul giudizio civile (come è già stato evidenziato in relazione al primo motivo di Francesco Caltagirone e sul secondo di Gaetano Caltagirone), per la carenza, in una sentenza istruttoria penale di proscioglimento, dell'attitudine a divenire giudicato sostanziale. Certo è però che detta sentenza istruttoria era stata oggetto di produzione in giudizio; certo è però che detta sentenza era il

risultato di accertamenti di fatto eseguiti dal giudice istruttore penale; certo è, inoltre, che detti accertamenti incidono sulla sussistenza di situazione la cui rilevanza, sotto il profilo della bancarotta fraudolenta, non era disgiunta da quella delle circostanze in cui si vide la realizzazione di un utile imprenditoriale da parte dei soci dominati dei rispettivi gruppi. La completa omessa valutazione, non del giudizio del giudice istruttore, ma degli elementi probatori in quel giudizio emergenti costituisce un'omissione incidente su situazione essenziale che oggetto del mezzo di ricorso e non può non essere rilevata in questa fase del giudizio.

Sotto tutti i profili indicati, pertanto, la sentenza merita rilievo e gli atti debbono essere inviati alla Corte di Appello di Roma per un nuovo esame della situazione che si attenga ai principi enunciati.

Il giudice di rinvio, nella valutazione delle situazioni oggetto di dibattito sul punto ora in esame, si atterrà in particolare ai seguenti principi:

A) l'attività di reazione strategica o di governo di ciascun gruppo di società affermata come sussistenza nella sentenza della Corte di Roma oggetto dei ricorsi, in tanto ha l'attitudine a qualificare ciascuna persona fisica capogruppo come imprenditore individuale, in quanto in essa si individuino le seguenti condizioni:

1) gli atti, soprattutto negoziali, nei quali la direzione del gruppo si esplica, devono essere posti in essere dal capogruppo in nome proprio;

2) detta attività, astrattamente e aprioristicamente considerata, deve avere l'attitudine a produrre un incremento di risultati economici del gruppo nel suo insieme e nelle sue componenti, risultati che appaiano diretta derivazione dell'attività di governo e che non altrimenti siano ipotizzabili in assenza dell'attività qualificante indicata; questa situazione essenziale dovrà essere valutata alla luce di tutti gli elementi probatori offerti.

B) Nell'ipotesi in cui, invece, l'attività direttiva, per mancanza di d citati requisiti essenziali, non entri in gioco quale fatto re unificante l'impresa, nella pluralità dei soggetti imprenditori e come tale non determini di per sé lo schema organizzativo dell'imprenditore capogruppo, l'analisi dell'imprenditorialità dello stesso, sulla base delle sole attività collaterali di servizio ed accessorie dovrà individuare le seguenti caratteristiche essenziali:

1) gli atti debbono essere ancora espressione diretta e personale del soggetto della cui imprenditorialità si tratti;

2) l'attitudine dell'economicità di detta attività deve essere individuata in via autonoma, indipendentemente dall'economicità dell'attività delle società che solo lo schema organizzativo della holding di cui al punto A) consente di connettere all'interesse del capogruppo e deve essere valutata nella completezza dei mezzi probatori offerti.

Con il quarto motivo del ricorso di Gaetano Caltagirone e con il terzo di Francesco Caltagirone, si deducono, sotto il profilo della società di fatto holding che fra i due fratelli sarebbe esistita, la violazione delle stesse norme di cui al precedente motivo, oltre alla violazione di ogni altra norma e principio in tema di società di fatto, dei suoi requisiti e di accertamento dell'esistenza, nonché in tema di fallimento di società di fatto in relazione all'art. 360, n. e 5 c.p.c..

L'estensione alla società di fatto holding di tutti i rilievi già svolti sul punto precedente, consente di accogliere il motivo per quanto di ragione, superando, sul piano dell'economia della sentenza, gli ulteriori rilievi inerenti alla sussistenza della società di fatto in quanto tale.

Con il quinto motivo del ricorso proposto da Gaetano Caltagirone, ed il quarto del ricorso di Francesco Bellavista Caltagirone, si deduce la violazione, sotto diversi profili, di tutte le norme ed i principi enunciati nei precedenti motivi nonché l'omessa motivazione su un punto decisivo della controversia.

Benché il motivo sia rubricato, nella fattispecie dell'art. 360 n. 5 c.p.c., sotto il profilo dell'omessa motivazione, lo svolgimento logico delle deduzioni coinvolge anche situazione di insufficienza motivazionale, alle quali il ricorso deve, nella sua globalità, ritenersi esteso.

Con il mezzo in esame, entrambe i ricorrenti ripropongono l'esame dell'efficacia, ai fini dell'esclusione dello stato di insolvenza (sia di loro personalmente, sia della società di fatto tra di loro accertata giudizialmente), della convenzione, variamente qualificata "pactum de non petendo" o "pactum minu solvendo", che sarebbe intervenuta tra essi stessi nonché le società da essi controllate, da una parte, e le banche costituenti la massima parte del ceto creditorio (e tra esse precipuamente lo I.C.C.R.I.), dell'altra.

Il patto, che secondo i ricorrenti, aveva superato la fase delle semplici trattative o accordi di massima ed era giunto a quella della conclusione negoziale e, da parte di alcune banche, a quella dell'esecuzione iniziale (e le cui caratteristiche erano state specificate nell'articolazione dei capitoli di prova orale), il patto si ripete, è stato ritenuto dalla Corte di merito irrilevante al fine di escludere lo stato di insolvenza, sulla base dell'unico rilievo che non tutti i creditori vi avevano aderito.

L'irrilevanza della situazione pattizia, così dedotta, ai fini dell'accertamento del presupposto oggettivo del fallimento, si rifletteva poi, secondo la Corte di merito, nella irrilevanza dei capitoli di prova orale volti alla dimostrazione della avvenuta stipulazione del patto stesso; capitoli ritenuti inoltre, generici sia sul punto della scadenza del "pactum de non petendo" in riferimento alla data della dichiarazione del fallimento, sia in ordine alla qualifica ed ai poteri delle persone che, per conto dei singoli membri del ceto creditorio bancario, avrebbero partecipato alla convenzione negoziale.

In particolare, per i ricorrenti, l'argomentazione della Corte di merito secondo cui la convenzione, recante l'implicita pattuizione della rinuncia temporanea al soddisfacimento dei criteri maturati, non concreterebbe un regolamento stragiudiziale dell'insolvenza idoneo a precludere la dichiarazione di fallimento a causa della mancata partecipazione dell'intero ceto creditorio, sarebbe "a dir poco superficiale", e l'errore compiuto dalla Corte di Appello consisterebbe, per l'appunto, "nell'aver ritenuta necessaria l'adesione dell'intero ceto creditorio, che invece non doveva essere prestato" ai fini dell'esclusione dell'insolvenza.

Eguale sottoposti a censura sono gli apprezzamenti di genericità del patto, evidenziano che le condizioni precise emergevano sia da atto scritto prodotto, sia dai capitoli di prova orale articolati.

Il motivo è fondato.

Alcune delle puntualizzazioni logiche svolte dalla Corte di Appello di Roma nell'accertamento del presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento, sono corrette in linea di principio.

Esatto è infatti il rilievo, già espresso dal Tribunale e confermato dalla Corte di merito, della irrilevanza di uno stato patrimoniale caratterizzato dalla eccedenza delle poste attive su quelle passive, ai fini dell'insussistenza dell'insolvenza, quando l'incapacità di adempimento regolare, e quindi a scadenza e con mezzi normali, delle obbligazioni assunte si esprima comunque sul piano della carenza di liquidità.

L'unitarietà e globalità della situazione economica dell'impresa indubbiamente implica correlazione tra la situazione patrimoniale e finanziaria della stessa, nel senso che una situazione patrimoniale ben coordinata con i cicli economici e finanziari equilibrati è alla base della solvibilità costante. D'altro canto, l'indice dell'ordinaria capacità operativa dell'impresa non è espresso solo dall'equilibrio patrimoniale, incidendo su di esso il coordinamento tra cicli produttivi e finanziari atti a mantenere l'equilibrio delle componenti aziendali.

Così, mentre una situazione patrimoniale grandemente scompensata in senso negativo può essere di per sé causa ed indice di definitiva crisi dell'impresa, ancorché non ancora manifestata con inadempienze, per contro una situazione patrimoniale attiva, costituita da beni di non facile né rapida liquidabilità in riferimento a cicli finanziari aziendali, non è di per sé impeditiva del verificarsi di uno squilibrio finanziario non superabile con mezzi ordinari nei termini ragguagliati all'ordinaria scadenza dei debiti; non impedisce, cioè, la definitività dell'insolvenza, la cui manifestazione avvenga essenzialmente sul piano finanziario.

Esatto è anche il rilievo della Corte di merito secondo cui il sistema concorsuale non lascia spazio alle indagini sulle cause dell'insolvenza, in quanto agli specifici fini dell'apertura di una procedura concorsuale assume rilievo l'obiettivo incapacità dell'imprenditore di adempiere, non già la genesi della crisi, per cui in sede fallimentare è priva di significato ogni indagine diversa da quella diretta ad accertare, su un piano effettuale ed oggettivo, il sussistere dell'insolvenza.

L'unico rilievo dell'eventuale esistenza del pactum de non petendo attiene, non alla causa dell'insolvenza, ma all'esistenza dell'insolvenza stessa.

In presenza, peraltro, di altri crediti scaduti non adempiuti per incapacità economica maturata, l'universalità soggettiva, oltre che oggettiva, caratterizzante la concorsualità sistematizzata esclude la rilevanza al fine di una situazione singola non idonea ad incidere, in quanto tali, nel quadro generale dell'insolvenza coinvolgente la globalità dei creditori.

Esatto è anche, in linea di principio, l'ulteriore rilievo della Corte di merito che un pactum de non petendo può non essere idoneo ad escludere lo stesso di insolvenza se ad esso non aderiscano tutti i creditori, purché, però, si precisino i presupposti di detta affermazione, se ne ricerchi il fondamento e i limiti di operatività.

Il c.d. "Pactum de non petendo", infatti, realizza, sul piano sostanziale, un accordo finalizzato alla dilazione dei termini di scadenza di un credito, eventualmente già scaduto o anche a scadere. Esso, incidendo sul credito fatto

da un soggetto ad altro, attiene a materia perfettamente disponibile e come tale non sussistono, in linea di principio i limiti alla sua validità.

Il patto, quindi, incide direttamente sull'inadempienza, escludendola, e si riflette sull'insolvenza se ed in quanto detta inadempienza sia determinante al fine di delineare detto stato imprenditoriale.

Nulla esclude, pertanto, che pur in presenza del patto che precluda l'inadempienza nei confronti di alcuni creditori, l'insolvenza pur tuttavia persista o in virtù del dissesto patrimoniale atto a rendere comunque definitiva l'impotenza finanziaria dell'imprenditore, o in considerazione di altre situazioni debitorie, estranee al patto e a loro volta scadute e non soddisfatte a termine.

Ciò che, peraltro, assume rilievo al fine è, non una pregressa situazione deficitaria che eventualmente proprio in virtù del patto sia da considerare risolta, ma la persistenza di un'insolvenza al momento della pronuncia sulla situazione fallimentare. L'insolvenza, infatti, costituisce presupposto della procedura fallimentare, se ed in quanto sussista o persista al momento della pronuncia sulla instaurazione della procedura esecutiva concorsuale.

Nella specie la Corte di Roma ha rilevato come già nel 1977 – inizi del 1978 gli oppositori, per loro stessa ammissione, si erano trovati nella assoluta impossibilità di adempire le obbligazioni contratte verso le banche e terzi, a causa della mancanza di liquidità e del blocco del credito, puntualizzando che i Caltagirone, oltre alla imponente esposizione debitoria verso le banche, erano esposti anche per modesti importi verso altri creditori (ENEL. SIP, dipendenti, fornitori).

All'analisi della situazione verificata nel 1977 – inizi 1978, peraltro, non è seguito un esame altrettanto puntuale della situazione esistente al momento della pronuncia di fallimento, in presenza di un'ipotesi di dilazione pattizia dei creditori bancari di cui era stata offerta la prova ed in considerazione del fatto che i creditori estranei alla convenzione dilatoria era portatori di situazioni attive di entità relativamente limitata.

Era, dunque, necessario accertare se, in presenza di un'ipotesi dilatoria (proprio ai fini di evidenziarne l'incidenza nella situazione in esame e la rilevanza della relativa articolazione probatoria), i debiti residui, la cui entità era limitata per indicazione della stessa Corte di merito erano idonei ad evidenziare la persistenza di uno stato di insolvenza al momento della decisione del fallimento o no.

L'insolvenza è stata dichiarata essenzialmente sulla base della carenza di liquidità conseguente al venir meno alla fine del 1977, inizi 1978, del credito bancario. Altro è però la carenza di liquidità manifestatasi nel 1977 con riferimento all'imponente esposizione bancaria altra potrebbe essere la situazione di liquidità nell'ipotesi della dilazione dell'esposizione verso le banche, costituenti la massima parte del passivo. Vi può essere, infatti, carenza di liquidità in presenza di un'elevata esposizione debitoria, in una prima fase, e sufficiente liquidità in una seconda fase allorché i debiti scaduti o in scadenza vengano ridotti a limitata entità, a seguito dell'operatività della dilazione convenzionale.

In presenza, quindi, di una accertata carenza di disponibilità liquide risalenti ad anni anteriori e ragguagliata ad una notevole entità del passivo costituito in massima parte da debiti verso le banche, e in presenza di una ipotesi di pactum de non petendo coinvolgente la massima parte dei crediti, non è sufficiente affermare, come nella sentenza oggetto del ricorso, l'irrelevanza della dilazione convenzionale al fine dell'accertamento dell'insolvenza, o della sua insussistenza, per il puro e semplice fatto che il patto non coinvolgeva tutti i debitori. Al contrario, di fronte ad un fatto di tal genere occorre ulteriormente accertare l'attualità della sussistenza o no, dell'insolvenza o deducendola dalla globalità della situazione patrimoniale dell'imprenditore, o analizzando l'attuale rapporto tra fonti di liquidità ed entità residua di debiti scaduti. Solo se questa indagine, condotta nell'una o nell'altra delle modalità consentite ed indicate, desse esito negativo, potrebbe affermarsi la puntuale persistenza di uno stato di insolvenza.

Sta di fatto che un'indagine di tale genere coinvolgente un punto essenziale della controversia, è carente nella specie e su tale punto il motivo di ricorso trova accoglimento.

D'altronde, la situazione illustrata non può essere superata comunque dall'affermata inammissibilità dell'articolazione probatoria con cui si vorrebbe dimostrare la più volte citata convenzione comprendente i pactum del petendo, volta che insufficienza di motivazione si ravvisa sia nella sommaria affermazione della genericità dei capitoli in ordine al termine di durata della pattuizione, poiché dal capitoli di prova una durata in relazione all'operatività di un pieno economico volto al compimento delle opere edili in corso, è pur espresso sia in relazione alla qualifica delle persone tra cui il patto sarebbe intervenuto ed ai loro poteri, senza neppure l'indicazione della avvenuta, o no, puntuale contestazione delle controparti sul punto.

P.Q.M

La Corte;

riunisce al presente ricorso il ricorso n. 9835-88.

Rigetta il primo ed il secondo motivo del ricorso n. 9442-88, nonché il primo motivo del ricorso n. 9835-88.

Accoglie il terzo, il quarto per quanto di ragione ed il quinto motivo del ricorso n. 9442-88.

Accoglie il secondo, il terzo per quanto di ragione ed il quarto motivo del ricorso n. 9835-88.

Cassa la sentenza impugnata e rinvia ad altra sezione della Corte di Appello di Roma, anche per le spese.

Roma, 23 ottobre 1989