

IL TRIBUNALE DI GORIZIA

in persona dei Magistrati

dott. Nicola RUSSO

PRESIDENTE

dott.ssa Chiara CAMPAGNER

GIUDICE

dott.ssa Micol SABINO

GIUDICE relat.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

sulla richiesta di declaratoria fallimentare avanzata dal Pubblico Ministero e avente a oggetto il fallimento della "Fondazione

"Onlus" e di ".....".

Va *in limine* precisato che la richiesta di fallimento avanzata dal Pubblico ministero, riguardante, oltre ai soggetti testè elencati, anche il fallimento "di ogni altro soggetto che il tribunale accerti avere agito in nome e per conto della fondazione manifestando all'esterno la volontà dell'ente", è stata fatta oggetto di precisazione, circa quest'ultimo punto, con atto dep. in data 13.10.11, ove è specificato che la richiesta riguarda "l'ente Fondazione Onlus e quale persona fisica".

..... legale rappresentante e soggetto che ha permanentemente agito in nome e per conto dell'associazione".

Ciò detto, occorre analizzare anzitutto la ricorrenza dei presupposti per far luogo alla dichiarazione di fallimento.

A tal proposito va in primo luogo rilevato che è oggetto di contestazione, nel presente procedimento, la sussistenza della legittimazione all'iniziativa ex artt. 6 e 7 l. fall. in capo al Pubblico ministero.

Giova rammentare che attualmente, in base all'art. 7 n. 1) l. fall. - tralasciando in questa sede il n. 2) - il potere d'azione del Pubblico Ministero ricorre o allorché l'insolvenza emerge in fase di indagini condotte in sede penale o in alternativa allorché la stessa risulti dalle condotte elencate nella disposizione citata. Venendo al caso di specie, va rilevato che secondo la prospettazione allegata dal Pubblico ministero la richiesta di fallimento è stata formulata allorché l'insolvenza è emersa dalle indagini svolte nel procedimento sub. 1796/10 R.G.N.R. Tale ricostruzione trova conferma agli atti, laddove in epigrafe alla annotazione di P.G. (sub. n. 1 allegato alla richiesta di fallimento) è fatto riferimento

al procedimento come sopra rubricato. Ora, premesso che ai fini di ritenere integrato il requisito, legittimante l'iniziativa del P.M., dell'essere l'insolvenza emersa nel corso di un procedimento penale, è irrilevante sia il tipo di reato per il quale in quel procedimento si indaghi, sia la adeguatezza o meno delle indagini stesse, ivi comprese le disposte C.T.U., al tipo di reato, deve affermarsi, per quanto detto, che nel caso di specie sussiste la legittimazione del Pubblico Ministero a formulare la richiesta di fallimento con la conseguenza che la relativa eccezione deve essere disattesa.

Occorre ora passare alla valutazione della sussistenza dei requisiti cosiddetti soggettivi e oggettivi del fallimento. E' dunque necessario verificare anzitutto se sia ravvisabile in capo al soggetto *de quo* la qualità di imprenditore commerciale fallibile.

A tale proposito è opportuno osservare in via di prima approssimazione che è opinione generale che anche le fondazioni possano essere titolari di impresa commerciale. In mancanza di limiti statuari le fondazioni sono infatti libere di esercitare qualsiasi attività idonea al conseguimento dei loro scopi: normalmente si tratterà di attività non economiche, ma potrà bensì trattarsi di attività propriamente economiche, preordinate, si intende, al conseguimento degli scopi ideali della fondazione (è appena il caso di ricordare che in caso di svolgimento di attività imprenditoriale non in linea con gli scopi dell'ente i rimedi andrebbero individuati sulla scorta del ricorso al concetto di abuso della personalità giuridica ossia ricorrendo agli istituti della frode alla legge o della simulazione). Giova precisare che non è di ostacolo allo svolgimento di attività imprenditoriale il carattere di ente no-profit proprio delle fondazioni, ossia la non lucratività dello scopo delle stesse: parliamo del *non distribution constraint* che vieta la realizzazione di un profitto a vantaggio del fondatore. Tale limite non impedisce di qualificare come impresa commerciale l'attività svolta dalla fondazione poichè per ritenere sussistente un'impresa quello che deve necessariamente ricorrere è il lucro oggettivo e cioè la idoneità in sé dell'impresa a dare profitto, mentre lo scopo di lucro o lucro soggettivo non ne è requisito essenziale. Per aversi impresa commerciale occorre infatti: lo svolgimento professionale e organizzato di una attività economica; che tale attività non sia agricola; che, infine, l'attività sia

giuridicamente riferibile al soggetto che la gestisce. E soffermandosi sul primo punto, che qui più interessa, attività economica significa attività volta alla produzione o allo scambio di beni o servizi e gestita con modalità idonee a reintegrare i costi attraverso i ricavi nel lungo periodo, tendendo al pareggio di bilancio (da escludersi in caso di attività svolta istituzionalmente in perdita o gratuitamente, come la beneficenza). Il conclusione la economicità dei criteri di conduzione e non lo scopo di lucro è l'elemento comune a tutte le tipologie di impresa, con il corollario che la stessa ben può realizzarsi anche in una fondazione qualora il profitto conseguito venga destinato al perseguimento degli scopi istituzionali.

Ulteriore passaggio è che laddove l'attività svolta dalla fondazione debba qualificarsi come attività imprenditoriale commerciale, in linea di principio alla fondazione si applicherà lo statuto dell'imprenditore commerciale, compresa la assoggettabilità a fallimento. Tanto detto, occorre dunque valutare se l'attività svolta dalla "Fondazione Onlus" possa qualificarsi come impresa commerciale.

A tale quesito, quantomeno sino al momento in cui cessava l'attività in data 28.6.2010 va data risposta affermativa anzitutto con riferimento all'attività di gestione dell'Istituto. Si deve infatti ritenere che attraverso lo stesso la fondazione abbia perseguito in via principale una attività commerciale volta alla produzione di servizi. Nel nuovo statuto della fondazione approvato nel 2005 si legge invero che la stessa ha lo scopo di *"provvedere alla cura e all'accoglienza nelle proprie strutture di soggetti affetti da infermità fisiche funzionali e neuromotorie anche temporanee ovvero di minori o adulti bisognevoli di soggiorni climatici e riabilitativi nonché di promuovere e favorire ogni iniziativa volta a individuare, sperimentare applicare e diffondere metodologie innovative nell'ambito dei settori della diagnostica della cura nonché dell'assistenza e riabilitazione presso idonei centri e strutture da attivare a tali scopi anche attraverso idonee convenzioni"*.

Va pertanto concluso che la Fondazione ha senz'altro svolto attività di impresa commerciale atteso che ha utilizzato il proprio patrimonio di fondazione per esercitare in via diretta una attività

economica idonea di per sé alla realizzazione degli scopi dell'ente: ci si riferisce alla attività svolta nell'immobile di proprietà della fondazione Istituto [] che emerge dagli atti essere una struttura sanitaria erogante servizi di assistenza specialistica in regime ambulatoriale idonea a sopportare un carico giornaliero di venti pazienti. La fondazione ha operato in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale per 20 posti letto in residenza sanitaria assistenziale, a fronte dei 74 complessivamente disponibili. Ricorrono dunque in riferimento a tale attività i requisiti dell'imprenditorialità ossia la professionalità, atteso che emerge come lo svolgimento dei servizi non fosse occasionale, l'organizzazione e l'economicità della gestione, poiché la fondazione non agiva istituzionalmente in perdita né erogava gratuitamente i servizi.

Per quanto riguarda la gestione della Clinica [] occorre invece effettuare alcune precisazioni preliminari.

Per un verso va infatti in linea generale esclusa la ravvisabilità dello svolgimento di attività imprenditoriale commerciale in capo a un ente allorché lo stesso si avvalga per lo svolgimento della attività economica di un soggetto *a latere*, ossia di una impresa gemella o di una società le cui azioni o quote siano in tutto o in parte detenute dal primo. Sarà il secondo soggetto, società controllata, collegata o in altro modo connessa all'ente morale ad acquistare in tal caso la qualifica di imprenditore, atteso che l'attività commerciale svolta dal soggetto collaterale non potrà dirsi imputabile all'ente morale trattandosi di un centro di imputazione soggettivamente distinto, e ciò anche se l'ente morale benefici dei proventi del secondo soggetto utilizzandoli per i propri scopi. Per altro verso tale impianto teorico viene meno laddove la fondazione possa qualificarsi come *holding*, e sia cioè a capo del gruppo societario, e in tale veste non si limiti alla gestione conservativa dei pacchetti di controllo, ma indirizzi coordini e finanzia in modo sistematico la attività delle società partecipate svolgendo in tal modo attività imprenditoriale e non limitandosi al mero esercizio della qualità di socio. Nel caso che ci occupa deve ritenersi che la fondazione [] abbia indirizzato e finanziato sistematicamente, con metodo economico e direzione unitaria svolgendo così una attività imprenditoriale, le società [] r.l. e [] s.r.l. costituite per la gestione della clinica [] Si

tratta, con riferimento alle due società testè citate, di soggetti partecipati dalla fondazione inizialmente al 20% e successivamente per alcuni mesi anche, direttamente o indirettamente al 100% (all. 3 richiesta di fallimento pagg. 60 e ss.). Elementi da cui si desume la sistematicità del finanziamento e del coordinamento sono oltre al rilascio di garanzia fideiussoria in favore di un istituto di credito, l'effettuazione di attività *latu sensu* finanziarie, nonché la circostanza che la fondazione dovesse valutare e deliberare in ordine al piano per la capitalizzazione di

... srl.

Chiarito per quanto detto il carattere di imprenditore commerciale della fondazione ne consegue che la stessa è astrattamente assoggettabile a fallimento.

A tal proposito, va preliminarmente disattesa l'eccezione sollevata dalle difese relativa alla attuale pendenza della procedura di liquidazione generale della fondazione ai sensi degli artt. 14 e ss. disp. att. c.c., che sarebbe ostativa alla declaratoria fallimentare.

Tale eccezione è priva di pregio.

Invero, osta all'accoglimento della stessa la considerazione che procedimento di liquidazione delle persone giuridiche ex artt. 11-20 disp. att. c.c. da un lato, e fallimento e l.c.a., dall'altro, appaiono come procedure reciprocamente ininfluenti; sicchè l'apertura, come nel caso di specie, della liquidazione della persona giuridica non esclude la possibilità di far luogo al fallimento.

Quantò detto è motivato dalla considerazione che la liquidazione generale delle persone giuridiche non può ritenersi procedura concorsuale completamente assimilabile al fallimento e alla l.c.a. Giova a questo punto enucleare i caratteri delle procedure concorsuali propriamente dette. Essi sono: la previsione di un accertamento di una situazione di patologia; la rimessione di tale accertamento a una autorità pubblica, giurisdizionale o amministrativa; l'affidamento della gestione o del controllo sulla stessa a un organo nominato dall'autorità pubblica; il coinvolgimento dell'intero patrimonio dell'imprenditore; la collettivizzazione delle tutele e l'inibizione alla creazione di posizioni di preferenza; l'applicazione tendenziale delle regole di parità di trattamento, l'imposizione di un vincolo sui beni del debitore con formazione di una massa funzionale alla

soddisfazione dei creditori. Osservando la disciplina della liquidazione delle persone giuridiche è agevole rilevare come, mancando il rinvio da parte dell'art. 16 disp.att.c.c. (che rende applicabili alla liquidazione delle persone giuridiche molte norme della l.c.a.) all'art. 202 l.fall. ne derivi la mancanza di quella *par condicio creditorum* che solo la dichiarazione di insolvenza (presente invece in fallimento e l.c.a.) può assicurare, dando la stura alle azioni revocatorie. Dunque occorre rilevare che per un verso non è prevista per le fondazioni che svolgano impresa la sottoposizione a l.c.a. (per la quale serve una espressa previsione in tal senso, presente solo per le fondazioni liriche e per le fondazioni che siano "impresa sociale") dall'altro la liquidazione delle persone giuridiche non è assimilabile alla procedura concorsuale di l.c.a. per i detti motivi, con la conseguenza che neppure in via analogica potrà applicarsi l'art. 196 l.fall.

Diversamente, l'eccezione relativa all'essere il fallimento impedito dal decorso di oltre un anno dalla cessazione dell'attività imprenditoriale è fondata. La ratio della norma dell'art. 10 l.fall. (il quale stabilisce che "gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese") è infatti quella di impedire che una volta cessata l'attività di impresa questa possa essere dichiarata fallita senza limite temporale. Nulla dice la norma citata in relazione alle imprese di fatto - come appunto è la fondazione che eserciti attività imprenditoriale, atteso che è pacifico che la stessa non sia stata concepita fra i soggetti imprenditori di diritto (tant'è che il legislatore ne ha disciplinato la vita solo nel libro I del codice civile relativo alle persone giuridiche). A tal proposito appare evidente come il legislatore né nella legge fallimentare né nel codice civile abbia dettato la disciplina della fondazione esercente attività commerciale. Ciò posto, deve tuttavia ritenersi che la regola del termine annuale di fallibilità sia espressione di un principio generale volto a operare un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza della certezza del diritto e l'esigenza di tutela del creditore, nonché a scongiurare il deplorabile esito che il ritardo con il quale il fallimento venga sollecitato possa implicare la inutilità della procedura per l'eventuale disgregazione dell'impresa nel frattempo intervenuta. La circostanza che nella legge fallimentare non siano regolate le imprese di fatto non può giustificare soluzioni paradossali come quelle che

vorrebbero mai decorrenti i termini fissati con riferimento agli adempimenti pubblicitari nel registro delle imprese. Per quanto detto il nodo da sciogliere è dunque quello relativo alla individuazione del *dies a quo* di decorrenza dell'anno nei casi in cui manchi l'iscrizione nel registro delle imprese. Detto termine iniziale potrà allora coincidere o con la effettiva cessazione della attività di impresa (nel senso che nel periodo in questione non siano state compiute attività economiche o commerciali intrinsecamente identiche a quelle poste in essere nell'esercizio dell'impresa stessa) o con il momento in cui la cessazione dell'attività sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o comunque sia dimostrato che sia stata dagli stessi conosciuta. Nel caso in esame, in data 28.6.2010 la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia ha disposto l'estinzione della Fondazione subordinandone l'efficacia all'esito del provvedimento di competenza del Tribunale ex art. 30 c.c., il quale in data 16.7.10 nominava i commissari liquidatori ex art. 30 c.c. e ex art. 11 e ss. Disp.att. c.c. Con l'estinzione non si verifica il venir meno dell'ente morale, che sopravvive ai fini della liquidazione, ma cessa l'attività. E' dunque decorso più di un anno (peraltro già la stessa richiesta di fallimento è stata depositata oltre l'anno, ossia il 25.7.11) dalla cessazione dell'impresa. Peraltro, in relazione all'attività imprenditoriale di gestione dell'Istituto è agevole rilevare che in tal caso la cessazione dell'attività fosse avvenuta in occasione dell'affitto della azienda alla società s.r.l. in data 24.6.10 (pagg. 1267 e ss. all. n. 3 alla richiesta di fallimento) e dunque ancor prima del provvedimento di estinzione succitato. D'altra parte anche a volere accedere alla teoria dell'impresa ed. fiancheggiatrice e quindi a voler ritenere che l'attività imprenditoriale sia esercitata da un soggetto composito risultante dalla sommatoria del patrimonio e dei soggetti che di quel patrimonio si avvalgono quale schermo per mascherare la loro attività imprenditoriale si evidenzia che nel caso di specie il provvedimento con cui è stata determinata l'estinzione con apertura della fase di liquidazione ha comportato l'irrimediabile venir meno di quel soggetto imprenditoriale residuando la sola persona giuridica-fondazione deprivata della sua funzione di schermo anzidetta, sì che tale ipotesi ben può essere assimilata a quella di cui all'art. 11 l.fall. in quanto a tutti gli effetti non vi era più

Usp

un imprenditore ben oltre l'anno prima del ricorso. Per quanto detto non può essere pronunciato il fallimento della fondazione.

Nulla sulle spese atteso che la domanda è stata presentata dalla parte pubblica.

P.Q.M.

Visti gli artt. 1 e 22 l.fall,

rigetta il ricorso.

Si comunichi

Gorizia, 17.11.11

Il giudice est.



Il Presidente



Depositate nella Cancelleria del Tribunale
di Gorizia, oggi 18 NOV. 2011

IL CANCELLIERE
(Gabriella STEFANIA MARRO)