

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.10-2023/CTS

LA NOMINA DELL'ORGANO DI CONTROLLO NELLE FONDAZIONI

di Daniela Boggiali

(Approvato dalla Commissione Terzo Settore il 3 marzo 2023)

Abstract

Lo studio esamina la questione del soggetto legittimato a nominare l'organo di controllo nelle fondazioni del Terzo settore e in quelle diritto comune, stante l'assenza di norme specifiche tanto nel Codice del Terzo settore, quanto nel codice civile. Si indicano, quali possibili soluzioni rimesse alla scelta dell'autonomia statutaria, quella di affidare la nomina all'organo assembleare o di indirizzo o a taluni partecipanti alla fondazione (per le fondazioni di partecipazione), al fondatore, all'organo amministrativo, a enti pubblici o a formazioni e associazioni politiche, sindacati, associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, nonché associazioni di datori di lavoro.

SOMMARIO: 1. Le norme sulla nomina dell'organo di controllo - 2. La riserva di nomina in favore del fondatore - 3. La riserva di nomina in favore di taluni partecipanti alla fondazione di partecipazione - 4. La nomina da parte dell'organo amministrativo - 5. La nomina da parte di enti pubblici e degli altri enti di cui all'art. 4, comma 2, CTS – 6. La nomina nelle fondazioni non ETS

1. Le norme del Codice del terzo settore sulla nomina dell'organo di controllo

L'art. 30 d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (d'ora innanzi CTS), che contiene la disciplina in tema di organo di controllo degli ETS, individua i casi in cui è obbligatoria la sua presenza (sempre, nelle fondazioni; al ricorrere di determinati requisiti patrimoniali e dimensionali nelle associazioni), stabilisce i requisiti soggettivi dei suoi componenti e determina le relative funzioni, ma non individua il soggetto competente a procedere a tale nomina.

Tale competenza è, peraltro, attribuita – ma soltanto nelle associazioni – all'assemblea per effetto del disposto dell'art. 25, comma 1, lett. a), CTS.

Quanto alle fondazioni dotate di organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato (c.d. fondazioni di partecipazione¹), il comma 3 dell'art. 25 CTS dispone che lo statuto può attribuire al predetto organo la competenza a deliberare sulle materie elencate nel comma 1, tra

¹ Sul tema si rinvia a MALTONI, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 13-2022/CTS, *Organizzazione delle fondazioni del terzo settore e giudizio di compatibilità della disciplina delle associazioni richiamata in alcune norme del relativo codice*, in *CNN Notizie* del 12 gennaio 2023 e in *Studi e materiali*, 2022, 215 ss.; MALTONI, *L'organizzazione delle fondazioni del Terzo settore*, in *Enti del Terzo Settore e Impresa Sociale: la nuova disciplina*, Biblioteca online della Fondazione Italiana del Notariato, 2/2019; BELLEZZA – FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006; MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazioni di partecipazione*, Quaderni della Fondazione per il Notariato, Milano 2007, 25; SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contr. e impr.*, 2020, 19 ss.

le quali figurano, appunto, la nomina e la revoca dei componenti degli organi sociali «nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore».

Tale disposizione è stata interpretata nel senso che lo statuto della fondazione di partecipazione può, ma non deve, attribuire all'organo assembleare o di indirizzo, «la competenza a deliberare su uno o più degli oggetti di cui al primo comma», fra i quali è appunto compresa la nomina degli organi sociali. Se, quindi, lo statuto di una fondazione di partecipazione non deve attribuire alla competenza assembleare o dell'organo di indirizzo la nomina dell'organo di controllo, ne consegue che tale competenza può essere assegnata ad altri soggetti, anche esterni alla fondazione medesima, secondo la configurazione tradizionale dell'ente².

Da tale disciplina emerge come, tanto nelle fondazioni a struttura tradizionale, quanto in quelle di partecipazione, l'individuazione del soggetto legittimato a nominare l'organo di controllo sia integralmente rimessa all'autonomia statutaria, venendo a tal fine in rilievo il generale disposto dell'art. 21 CTS, in base al quale l'atto costitutivo deve, tra l'altro, indicare «le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente».

Posto che nelle fondazioni di partecipazione è certamente ammessa, per effetto di quanto previsto dall'art. 25, comma 3, CTS, l'attribuzione della nomina dell'organo di controllo all'organo assembleare o di indirizzo, l'assenza, nel Codice del terzo settore, di ulteriori regole dispositive che individuino il soggetto competente alla nomina dell'organo di controllo impone - per le altre possibili opzioni statutarie che, senza pretesa di esaustività, verranno in seguito esaminate - un vaglio di compatibilità con la disciplina degli ETS.

2. La riserva di nomina in favore del fondatore

La possibilità per il fondatore di riservare, in suo favore, la facoltà di nomina dell'organo di controllo involge il più ampio tema dei poteri che il fondatore può esercitare sull'organizzazione e sull'attività della fondazione una volta che questa sia stata costituita.

Tale tema è stato in passato analizzato rispetto alle fondazioni "tradizionali" regolate dal codice civile e con riferimento alla facoltà per il fondatore di riservare a se stesso - e dopo la propria morte ai suoi eredi - tanto la qualità di amministratore o di membro del consiglio di amministrazione, quanto la facoltà di nomina degli amministratori successivi ai primi, pervenendosi a una soluzione affermativa³.

In linea generale, infatti, il limite all'autonomia privata negli statuti delle fondazioni è rappresentato dall'inammissibilità di clausole che riconoscano al fondatore una discrezionalità tale da revocare in dubbio la definitività dell'istituzione e l'autonomia organizzativa dell'ente⁴.

Se tale è la premessa, in una fondazione conforme al modello delineato negli artt. 14 e ss. c.c. sarebbe, allora, ammissibile una clausola statutaria che riservi al fondatore e, dopo di lui, ad altri soggetti, la nomina dei componenti del consiglio d'amministrazione, anche successivi ai primi, purché la predetta clausola detti una regola organizzativa autosufficiente che consenta di individuare i soggetti di volta in volta legittimati ad effettuare la nomina; in particolare, secondo

² MALTONI, *Organizzazione delle fondazioni del terzo settore e giudizio di compatibilità della disciplina delle associazioni richiamata in alcune norme del relativo codice*, cit., 217.

³ Risposta a Quesito n. 318-2014/I. *Fondazione di partecipazione, clausola di nomina dell'organo amministrativo*, estt. RUOTOLO - BOGGIALI, in *CNN Notizie* del 4 dicembre 2015.

⁴ ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 147.

l'indicazione fornita dalla giurisprudenza, al fine di evitare che, per effetto della sopravvenuta morte del fondatore, il rinnovo delle cariche diventi di fatto impossibile, l'individuazione dei soggetti che si sostituiranno al fondatore nella nomina degli amministratori dovrebbe avvenire già in sede clausola statutaria⁵.

Si tratta, a questo punto, di verificare se le medesime considerazioni possano valere anche per le fondazioni che intendano acquisire la qualifica di Ente del Terzo settore e soprattutto – per i fini che qui interessano - per la nomina dell'organo di controllo.

In merito a tale ultimo profilo, non è dato riscontrare la presenza, nell'art. 30 CTS, di disposizioni tali da impedire l'adozione di una clausola che riservi al fondatore e, eventualmente, ai suoi eredi la nomina dei componenti dell'organo di controllo, stante il silenzio della citata disposizione in merito all'individuazione dei soggetti competenti a procedere a tale nomina.

Né la disciplina dei requisiti soggettivi dei componenti dell'organo di controllo risulta incompatibile con la facoltà di nomina da parte del fondatore.

Il comma 5 dell'art. 30 CTS stabilisce, infatti, che ai componenti dell'organo di controllo si applica l'art. 2399 c.c. e, quindi, non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio: a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382 c.c. (interdetto, inabilitato, persona soggetta a liquidazione giudiziale, chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi); b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo; c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza; resta ferma la possibilità per lo statuto di prevedere altre cause di ineleggibilità o decadenza, nonché cause di incompatibilità e limiti e criteri per il cumulo degli incarichi⁶.

Si tratta di requisiti volti a garantire la terzietà e l'indipendenza di coloro che sono chiamati a ricoprire l'incarico e che devono essere rispettati indipendentemente da chi sia il soggetto legittimato ad effettuare la nomina; al più, laddove nel singolo caso concreto dovessero ricorrere particolari esigenze di garantire nel modo più oggettivo possibile la terzietà e l'indipendenza dell'organo di controllo scelto dal fondatore, resta pur sempre ferma la possibilità, per l'autonomia statutaria, di prevedere ulteriori cause di ineleggibilità, decadenza o incompatibilità.

Non sembra, infine, che la riserva di nomina dell'organo di controllo in favore del fondatore possa incontrare, nelle fondazioni di partecipazione, un limite nel principio di democraticità della struttura, che per le associazioni del Terzo settore è sancito dall'art. 25, comma 2, CTS, stante il disposto del successivo comma 3 dell'art. 25 CTS, che - come in precedenza rilevato – deve essere interpretato nel senso che la competenza alla nomina dell'organo di controllo può (ma non deve) essere attribuita all'organo assembleare o di indirizzo, potendo, quindi, il fondatore

⁵ Cons. Stato sez. II 1° giugno 1960 n. 148, in *Cons. Stato* 1961, I, 644.

⁶ Ai sensi del medesimo comma 5 dell'art. 30 CTS, i componenti dell'organo di controllo devono, inoltre, essere scelti tra le categorie di soggetti di cui all'art. 2397, comma 2, c.c. (e, quindi, tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro). Nel caso di organo di controllo collegiale, i predetti requisiti devono essere posseduti da almeno uno dei componenti; ove, poi, l'organo di controllo svolga anche la revisione legale dei conti, esso deve essere costituito da revisori legali iscritti nell'apposito registro)

legittimamente escludere tale competenza e attribuirlo a sé stesso e, alla sua morte, ai suoi eredi da determinare nell'atto costitutivo.

3. La riserva di nomina in favore di taluni partecipanti alla fondazione di partecipazione

Se, tanto nelle fondazioni tradizionali, quanto in quelle di partecipazione, è possibile attribuire la nomina dell'organo di controllo a un soggetto esterno, a maggior ragione risulta ammissibile nelle fondazioni di partecipazione una clausola statutaria che attribuisca la predetta facoltà a taluni partecipanti o a talune categorie di partecipanti⁷.

Si è più volte rilevato come, per effetto della previsione dell'art. 25, comma 3, CTS, nelle fondazioni la volontà del fondatore possa escludere che la nomina sia affidata all'organo assembleare o di indirizzo e come non operino i principi di democraticità, pari opportunità, eguaglianza ed elettività delle cariche sociali, espressamente richiamati dall'art. 25 comma 2 CTS per gli statuti delle associazioni, ma che non sembrano valere anche per gli enti a struttura fondazionale.

Ancora, non appare incompatibile con le norme del CTS la clausola statutaria che riconosca a taluni partecipanti o a talune categorie di partecipanti un voto maggiorato nella nomina dell'organo di controllo.

La regola dettata dall'art. 24, comma 2, CTS, secondo cui «ciascun associato ha un voto», si applica, infatti, nelle fondazioni di partecipazione, ove questa non sia espressamente derogata dallo statuto (così il successivo comma 6 dell'art. 24 CTS), il che consente, appunto, il riconoscimento a taluni partecipanti o categorie di partecipanti di un voto maggiorato nell'assunzione delle decisioni dell'organo assembleare o di indirizzo⁸.

4. La nomina da parte dell'organo amministrativo

La necessità di garantire la terzietà e l'indipendenza dell'organo di controllo non esclude, poi, l'ammissibilità di una clausola statutaria che attribuisca la competenza alla relativa nomina in capo all'organo amministrativo⁹.

La funzione di salvaguardare l'effettività della funzione di controllo sulla gestione delle attività dell'ente è, infatti, affidata alla previsione di cause di ineleggibilità e decadenza dei componenti del collegio sindacale attraverso il rinvio, contenuto nell'art. 30, comma 5, CTS, alla disciplina dettata nell'art. 2399 c.c. per i sindaci di s.p.a. Relativamente a tale disposizione, si è rilevato come l'imposizione di requisiti di idoneità riguardanti situazioni personali, l'indipendenza e la professionalità dell'esponente abbia, appunto, lo scopo di limitare i rischi derivanti dal fatto

⁷ Si esprime positivamente sulla possibilità di riservare la nomina dell'organo amministrativo a talune categorie di partecipanti MALTONI, *Organizzazione delle fondazioni del terzo settore e giudizio di compatibilità della disciplina delle associazioni richiamata in alcune norme del relativo codice*, cit.

⁸ MALTONI, *Organizzazione delle fondazioni del terzo settore e giudizio di compatibilità della disciplina delle associazioni richiamata in alcune norme del relativo codice*, cit., rileva quanto segue: «la fondazione “di partecipazione” può essere iscritta al RUNTS anche se il suo statuto disciplina l'adesione di ulteriori partecipanti, o la legittimazione al voto, o il “peso” del voto, o in generale, i profili trattati dalle norme richiamate negli artt. 23 e 24, in maniera completamente difforme, ed anche in contraddizione, con queste ultime norme».

⁹ Soluzione che, tuttavia, viene definita “di scuola” nella Nota n. 7551 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 7 giugno 2021, *Chiarimenti in merito all'organo legittimato a nominare il Presidente all'interno degli Enti del Terzo Settore ex art. 25, lett. a), Codice del Terzo settore. Richiesta parere*, ove si afferma «che in tal caso l'organo di amministrazione sarebbe chiamato a nominare il proprio controllore (e considerato il dettato dell'art. 2399 del c.c.)».

che il potere di nomina e revoca dei sindaci spetta, nelle società con modello di amministrazione tradizionale, ai soci e, quindi, a coloro che nominano e revocano gli amministratori incaricati della gestione oggetto di vigilanza¹⁰.

Vero è, poi, che l'organo di controllo è un ufficio posto a tutela di interessi anche esterni alla compagine sociale e che a tal fine il legislatore impone la sussistenza di requisiti volti a garantire l'autonomia di giudizio e l'obiettività dei soggetti che esercitano la funzione di controllo¹¹. Ciò, tuttavia, non implica la necessità che la nomina dei sindaci venga affidata a soggetti esterni alla compagine sociale, né che sussista un generale divieto – per il soggetto controllato – di nominare il proprio controllore, circostanza che, peraltro, si verifica nel sistema di amministrazione monistico delle società per azioni, nel quale l'amministrazione è esercitata dal consiglio di amministrazione, che nomina, al suo interno, il comitato che a sua volta esercita la funzione di controllo sulla gestione.

Al sistema dei requisiti di indipendenza delineato dall'art. 2399 c.c. si aggiunge – sempre a garanzia del diligente assolvimento della funzione di controllo - il regime di responsabilità per lo svolgimento dei doveri derivanti dal proprio ufficio delineato dall'art. 27 CTS, che richiama – per amministratori, direttori generali, componenti dell'organo di controllo e soggetto incaricato della revisione legale dei conti - gli artt. 2392, 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis, 2395, 2396 e 2407 c.c. e l'art. 15 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, in quanto compatibili. L'integrale rinvio alla disciplina societaria implica la responsabilità dei sindaci per l'adempimento dei loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico, per la verità delle loro attestazioni e per il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza in ragione del loro ufficio; inoltre, essi rispondono solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

Considerato che il legislatore ha predisposto, a garanzia dell'effettività della funzione di controllo affidata ai sindaci, un sistema di norme che, da un lato, impongono specifici requisiti di terzietà e indipendenza e, dall'altro lato, sanciscono una specifica responsabilità per il corretto adempimento del proprio ufficio, non sembra risultare incompatibile con la disciplina del Codice del Terzo settore l'adozione di una clausola statutaria che affidi all'organo amministrativo la facoltà di nomina dell'organo di controllo, tanto nelle fondazioni a struttura tradizionale, quanto in quelle di partecipazione.

5. La nomina da parte di enti pubblici e degli altri enti di cui all'art. 4, comma 2, CTS

Non risulta in contrasto con le norme del Codice del Terzo settore una clausola statutaria che attribuisca la nomina dell'organo di controllo a un ente pubblico o a formazioni e associazioni politiche, sindacati, associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, associazioni di datori di lavoro.

Non sembra, infatti, che in tale eventualità possa venire in rilievo l'art. 4, comma 2, CTS, che esclude dal novero degli ETS tutti gli enti assoggettati a direzione e coordinamento o controllo da parte di una pubblica amministrazione o degli altri enti sopra elencati.

¹⁰ CAVALLI, *Il collegio sindacale*, in *Le società per azioni* diretto da Cavalli – Marulli – Silveti, Torino, 1996, 684; CUOMO, sub art. 2399, in *Le società per azioni* diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 1499.

¹¹ TANTINI, *L'indipendenza dei sindaci*, Padova, 2010, 37; CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo – Portale, Torino, 1988, 4; CAPRARÀ, *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, Padova, 2008, 241).

In merito pare opportuno precisare che se, da un lato, le relazioni di controllo e l'attività di direzione e coordinamento sono state disciplinate esclusivamente con riferimento alle forme societarie, si ritiene, dall'altro lato, che anche gli enti del primo libro del codice civile possano essere assoggettati al controllo o alla direzione altrui¹².

Senonché il Codice del Terzo settore, nell'escludere la qualifica di ETS in capo ai soggetti elencati nell'art. 4, comma 2, CTS e agli enti da questi ultimi diretti, coordinati o controllati, non ne dà, tuttavia, una definizione.

In assenza di una regolamentazione specifica, per effetto della previsione contenuta nell'art. 3, comma 2, CTS («Per quanto non previsto dal presente Codice, agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione»), la disciplina di riferimento è rappresentata dall'art. 2359 c.c., in base al quale controlla una società chi è in grado di determinare il contenuto delle delibere dell'assemblea ordinaria tra le cui competenze, come noto, è da annoverare la nomina degli amministratori, ovvero esercita su un'altra società un'influenza dominante anche in virtù di particolari vincoli contrattuali; inoltre, in base all'art. 2497-sexies c.c., si presume che, a fronte di una relazione di controllo, sussista un'attività di direzione e coordinamento¹³.

È, peraltro, discusso se tale disciplina sia suscettibile di essere integrata dalla regola dettata con specifico riferimento alle imprese sociali (che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, CTS, sono di diritto Enti del Terzo settore): per tale tipologia di enti l'art. 4, comma 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, recante la disciplina in tema di struttura proprietaria e disciplina dei gruppi, dispone che «Si considera, in ogni caso, esercitare attività di direzione e coordinamento il soggetto che, per previsioni statutarie o per qualsiasi altra ragione, abbia la facoltà di nominare la maggioranza dei componenti dell'organo di amministrazione dell'impresa sociale».

V'è chi ha rilevato come tale previsione sia applicabile in via analogica anche ai fini di effettuare la valutazione in merito alla sussistenza di un'attività di direzione e coordinamento richiesta dall'art. 4, comma 2, ETS¹⁴.

Più difficile risulta, invece, l'applicazione a tutte le fondazioni ETS della previsione contenuta nello stesso art. 4, comma 2, CTS, che riconosce la natura di ETS a «associazioni o fondazioni di diritto privato ex l.p.a. derivanti dai processi di trasformazione delle istituzioni pubbliche di assistenza o beneficenza, ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 16 febbraio 1990, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 23 febbraio 1990, e del decreto legislativo 4 maggio 2001, n. 207, in quanto la nomina da parte della pubblica amministrazione degli amministratori di tali enti si configura come mera designazione, intesa come espressione

¹² SCHIUMA, sub art. 4, in *La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al D. Lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, a cura di De Giorgi, Padova, 2007, 151; MALTONI, *I soggetti "atipici" del terzo settore ed altre questioni in tema di profili soggettivi: la nozione di controllo e di direzione e coordinamento nel CTS*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 2/2019, 14-15.

¹³ Peraltro, di quest'ultima attività manca una puntuale definizione anche nello stesso codice civile; per approfondimenti si rinvia a VALZER, sub art. 2497, in *Le società per azioni* diretto da Abbadessa – Portale, Milano, 2016, 3008 ss.; CARIELLO, *Direzione e coordinamento, di società e di responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1231 ss.; TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, 63 ss.; SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 165 ss.

¹⁴ MALTONI, *I soggetti "atipici" del terzo settore ed altre questioni in tema di profili soggettivi: la nozione di controllo e di direzione e coordinamento nel CTS*, cit., 15.

della rappresentanza della cittadinanza, e non si configura quindi mandato fiduciario con rappresentanza, sicché è sempre esclusa qualsiasi forma di controllo da parte di quest'ultima»¹⁵.

Sulla questione è intervenuta la nota direttoriale del 4 marzo 2020, *Codice del Terzo settore. Articolo 4, comma 2. Direzione, coordinamento e controllo degli enti del Terzo settore. Prime indicazioni*, che qualifica espressamente come tassative le ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 4 CTS (oltre alle associazioni o fondazioni di diritto privato ex Ipab, possono acquisire la qualifica di ETS i soggetti operanti nel settore della protezione civile e i corpi volontari dei vigili del fuoco delle Province autonome di Trento e di Bolzano e della Regione autonoma della Valle d'Aosta). Circostanza, questa, che di per sé potrebbe portare a escludere un'eventuale rilevanza, per gli enti diversi dalle ex Ipab, del fatto che la nomina, da parte di un ente pubblico, degli amministratori abbia natura di mera designazione, intesa come espressione della rappresentanza della cittadinanza, e non di mandato fiduciario con rappresentanza.

Ciò posto, il dubbio se sussista o meno una relazione di controllo o un'attività di direzione e coordinamento da parte degli enti elencati nell'art. 4, comma 2, CTS nei confronti di un ETS concerne principalmente la possibilità, per i predetti enti, di incidere sulla nomina della maggioranza dell'organo amministrativo.

Difficilmente, invece, il riconoscimento del potere di nomina dell'organo di controllo in capo ai soggetti ex art. 4, comma 2, CTS può di per sé costituire indice di una forma di controllo tale da implicare l'esclusione della qualifica di ETS. Attraverso, infatti, la nomina dei sindaci i predetti soggetti hanno il potere di individuare i soggetti incaricati delle funzioni di vigilanza sull'operato dell'organo amministrativo ad essi demandate dall'art. 30 CTS, ma non di incidere direttamente sull'assunzione delle scelte gestionali in ordine all'amministrazione dell'ente del Terzo settore.

Sembra, quindi, ammissibile la clausola statutaria che attribuisca la nomina dell'organo di controllo a un ente pubblico o a formazioni e associazioni politiche, sindacati, associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, associazioni di datori di lavoro, fermo restando che ai fini della sussistenza di una relazione di controllo tale da escludere la qualifica di ETS ai sensi dell'art. 4, comma 2, CTS occorrerà poi di volta in volta valutare le specifiche circostanze del singolo caso concreto, desumibili dal complesso delle regole statutarie di ciascun ente e dall'effettivo atteggiarsi delle relazioni intercorrenti con i predetti soggetti: nella citata nota direttoriale del 4 marzo 2020, si afferma, infatti, che «se la *ratio* della disposizione di cui all'art. 4, comma 2, del CTS, è quella di precludere l'adozione della qualifica di ETS ad enti equiparabili ai c.d. soggetti "esclusi", in ragione di una effettiva commistione nella *governance* o nei processi gestori e decisionali, per altro verso deve considerarsi ammissibile la possibilità per le amministrazioni pubbliche e per gli altri enti esclusi dalla qualifica di ETS di partecipare alle organizzazioni del Terzo settore, purché tale partecipazione non si traduca nell'esercizio da parte dei soggetti "esclusi" di un'influenza dominante sull'ETS, né nella disponibilità da parte degli stessi della maggioranza dei voti nelle sedi deputate ad adottare decisioni determinanti ai fini dell'amministrazione e della gestione dell'ente».

¹⁵ In altri termini, alle ex Ipab viene riconosciuta la qualifica di ETS, nonostante i componenti dell'organo amministrativo vengano nominati da pubbliche amministrazioni, perché in tal caso il legislatore valuta espressamente tale nomina non come esercizio di una forma di controllo sull'ente, bensì come mera designazione che costituisce espressione della volontà della cittadinanza.

6. La nomina nelle fondazioni non ETS

Sebbene il codice civile non contempli l'obbligo, per le fondazioni non ETS, di dotarsi di un organo di controllo, nulla impedisce la presenza, anche in tale tipologia di enti, di un organo diverso da quello amministrativo incaricato di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione per effetto di scelta dell'autonomia statutaria¹⁶ o perché imposto da apposite normative locali o di settore¹⁷.

In tale evenienza, ove non sia diversamente disposto da eventuali normative locali o di settore, si ritiene che le possibili opzioni statutarie esaminate con riferimento alle fondazioni ETS valgano anche per le fondazioni che non accedono alla disciplina del Terzo settore, in quanto le ragioni che giustificano le conclusioni cui si è in precedenza pervenuti hanno carattere sistematico e non riguardano soltanto gli ETS.

In assenza, quindi, di norme speciali che dispongano diversamente per singole fattispecie, non si ravvisano ostacoli alla possibilità di adottare clausole statutarie che riconoscano la legittimazione alla nomina di tale organo di controllo in capo al fondatore, all'organo assembleare o di indirizzo (ove presente), a taluni partecipanti alla fondazione, allo stesso organo amministrativo¹⁸, a enti pubblici¹⁹ o a formazioni e associazioni politiche, sindacati, associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, nonché associazioni di datori di lavoro.

¹⁶ Così DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, 75, il quale precisa che la previsione di ulteriori organi nella fondazione di diritto comune è rimessa all'autonomia privata e non costituisce requisito per il riconoscimento della stessa.

¹⁷ A titolo esemplificativo, la presenza di un organo di controllo è obbligatoria:

- nelle fondazioni bancarie ex art. 4 d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, che ne affida la nomina all'organo di indirizzo;
- nelle fondazioni universitarie ex art. 7 d.p.r. 24 maggio 2001, n. 254, nella forma di collegio dei revisori legali dei conti che svolge le funzioni previste dal codice civile per il collegio sindacale e in tale tipo di fondazioni, secondo quanto previsto dall'art. 19, comma 4, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, le modalità di nomina, la composizione, la competenza e il funzionamento del collegio sono stabiliti dai singoli statuti, ma almeno due componenti titolari del collegio sono nominati dalla fondazione su designazione del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero dell'università e della ricerca;
- nelle fondazioni lirico-sinfoniche ex art. 14 d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, che ne affida la nomina al Ministro del tesoro di concerto con l'autorità di Governo competente in materia di spettacolo;
- nella Scuola nazionale di cinema ex art. 5 d.lgs. 18 novembre 1997, n. 426, che affida allo statuto il compito di determinare la composizione, le competenze e le modalità di nomina del collegio dei revisori (lo statuto a sua volta dispone che due membri effettivi e due membri supplenti sono designati dal Ministro per i Beni e le attività Culturali, un membro effettivo e un membro supplente sono designati dal Ministro dell'Economia e delle Finanze);
- nell'Istituto per il dramma antico ex art. 4 d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 20, i cui componenti sono nominati con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, su designazione del Ministro dell'economia e delle finanze.

¹⁸ Così IORIO, *Persone giuridiche*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Cendon, Torino, 2000, 76, che giustifica la facoltà di nomina dell'organo di controllo da parte dell'organo amministrativo in ragione della "posizione sovrana" da quest'ultimo assunta in seno alla fondazione (in senso contrario, Cons. Stato 1° giugno 1960, n. 148).

¹⁹ IORIO, *Persone giuridiche*, cit., 76, osserva come tale scelta statutaria sia volta a rafforzare l'autonomia dei sindaci rispetto all'organo amministrativo.