

INDICE

Parte Prima LE SOCIETÀ PER AZIONI BANCARIE di A.V. GUCCIONE e F. VELLA

<i>Premessa</i>	3
---------------------------	---

1

Definizione dell'attività bancaria e sistema delle fonti

1. La banca come impresa.	7
1.1. Le specificità dell'attività bancaria. La nozione di attività bancaria	8
2. L'attività bancaria come attività riservata.	9
3. La raccolta del risparmio tra il pubblico.	10
3.1. La raccolta del risparmio presso specifiche categorie individuate in ragione di rapporti societari o di lavoro	12
3.2. Casi in cui il divieto di raccolta del risparmio tra il pubblico non trova applicazione.	13
4. L'esercizio del credito.	14
5. Esercizio abusivo del credito, abusiva attività bancaria. Banca di fatto. "Shadow bank"	14
5.1. Attività bancaria abusiva. La banca di fatto	15
5.2. La <i>shadow bank</i>	16
6. La concessione abusiva del credito e rottura "brutale" del credito	17
6.1. La concessione abusiva del credito	18
6.2. L'interruzione brutale del credito.	20
7. Altre attività finanziarie, strumentali e connesse esercitabili delle banche.	22
7.1. Le altre attività finanziarie	22
7.2. Le attività connesse e strumentali.	23
8. Le nuove frontiere dell'attività bancaria. Il Fintech.	24
9. Il sistema delle fonti normative in materia di impresa bancaria	26

2

Costituzione delle società per azioni bancarie

1.	Introduzione. La forma giuridica dell'impresa bancaria	29
2.	Il problema della natura giuridica dell'autorizzazione iniziale e delle conseguenze della sua mancanza	30
3.	Le singole condizioni per l'autorizzazione: <i>a)</i> la forma giuridica dell'impresa bancaria: rinvio; <i>b)</i> la sede legale; <i>b-bis)</i> l'operatività transfrontaliera delle banche	32
3.1.	<i>Segue: c)</i> il capitale minimo	34
3.2.	<i>Segue: d)</i> il programma di attività iniziale	36
3.3.	<i>Segue: e)</i> i requisiti dei soci titolari di partecipazioni rilevanti	38
3.4.	<i>f)</i> idoneità degli esponenti aziendali	38
3.5.	<i>g)</i> l'insussistenza di legami tali da pregiudicare l'esercizio delle funzioni di vigilanza	40
4.	Il procedimento di autorizzazione	41
5.	Società già esistenti che intendono esercitare l'attività bancaria	45
6.	L'autorizzazione richiesta per l'esercizio di attività bancaria fintech	46
7.	Revoca e decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria: <i>a)</i> la revoca	49
7.1.	<i>Segue: b)</i> la decadenza	50
7.2.	<i>Segue: c)</i> la cancellazione dall'albo	51

3

Gli assetti proprietari delle banche. Le partecipazioni delle banche in altre imprese. Le partecipazioni nelle banche costituite in forma di società cooperativa per azioni

1.	Gli assetti proprietari delle banche. Introduzione e cenni sull'evoluzione della normativa in materia di partecipazioni	53
2.	L'autorizzazione all'acquisto delle partecipazioni	56
3.	La nozione di controllo	58
4.	I criteri per la valutazione dei presupposti per una sana e prudente gestione	59
5.	Le sanzioni per il mancato rispetto delle norme relative all'autorizzazione preventiva per l'acquisto di partecipazioni rilevanti	61
5.1.	L'acquisto di partecipazioni che comportano una concentrazione rilevante ai fini <i>antitrust</i>	63

6.	Gli obblighi di comunicazione dei partecipanti al capitale delle banche	64
6.1.	Gli obblighi di comunicazione dei patti parasociali. Le disposizioni comuni agli obblighi di comunicazione.	66
7.	Le partecipazioni delle banche in altre imprese	67
8.	Le partecipazioni nelle banche costituite in forma di società cooperativa per azioni. Le disposizioni comuni: la limitazione del diritto al rimborso delle azioni	70
8.1.	Le partecipazioni nelle banche popolari: <i>a)</i> l'acquisto della qualità di socio; <i>b)</i> le azioni	72
8.1.1.	<i>Segue: c)</i> la partecipazione massima detenibile	74
8.1.2.	<i>Segue: d)</i> le azioni di finanziamento emesse dalle banche popolari	75
8.1.3.	<i>Segue: e)</i> morte, recesso ed esclusione del socio di banca popolare	76
8.2.	Le partecipazioni nelle banche di credito cooperativo: <i>a)</i> l'acquisto della qualità di socio.	78
8.2.1.	<i>Segue: b)</i> le azioni; <i>c)</i> la partecipazione massima detenibile.	79

4

Struttura patrimoniale e finanziaria

1.	La struttura finanziaria delle banche. Il principio di adeguatezza patrimoniale in generale	81
2.	Le fonti normative in materia di struttura patrimoniale delle banche e dei gruppi bancari	82
3.	Le previsioni del t.u.b. in materia di vigilanza prudenziale incidenti sul diritto societario: <i>a)</i> l'art. 53, comma 4- <i>quinqüies</i>	84
4.	<i>Segue: b)</i> le norme sulla vigilanza consolidata.	86
5.	Patrimonio netto bancario e patrimonio di vigilanza	86
6.	La capitalizzazione minima delle banche: <i>a)</i> la funzione del capitale sociale nelle banche; <i>b)</i> le fonti europee in materia di capitalizzazione minima	88
7.	<i>Segue: c)</i> il capitale minimo delle banche nel diritto italiano	89
8.	Capitale e patrimonio nelle banche e nelle società diverse da quelle bancarie.	90
9.	La composizione del patrimonio di vigilanza	92

10. <i>Segue</i> : le previsioni transitorie in materia di composizione del patrimonio di vigilanza	99
11. <i>Segue</i> : la gestione dei rischi legati al ricorso ad una leva finanziaria eccessiva	101
12. La disciplina delle riserve delle banche: introduzione e confronto con la disciplina delle riserve delle società non bancarie.	102
13. <i>Segue</i> : la riserva di conservazione del capitale.	102
14. <i>Segue</i> : la riserva di capitale anticiclica.	104
15. <i>Segue</i> : le riserve di capitale per gli enti a rilevanza sistemica globale e per gli altri enti a rilevanza sistemica	105
16. Gli strumenti innovativi di capitale, gli ibridi di patrimonializzazione e le passività subordinate di secondo livello: introduzione; gli strumenti innovativi e non innovativi di capitale	106
17. <i>Segue</i> : la disciplina generale dei prestiti obbligazionari delle banche .	107
18. <i>Segue</i> : i prestiti subordinati ed irredimibili	109
19. I <i>senior non preferred bonds</i>	110
20. Le distribuzioni ai soci e i vincoli alla luce di Basilea III: i limiti alla remunerazione del capitale investito.	111
21. <i>Segue</i> : i vincoli sul capitale sociale e le riserve nella disciplina bancaria e nel diritto comune.	113
22. Le operazioni sui fondi propri	114
23. <i>Segue</i> : il rimborso degli strumenti aggiuntivi di classe 1 o gli strumenti di classe 2	116
24. Il ruolo del capitale nel diritto societario: quali indicazioni dalla regolamentazione bancaria?	116

5

L'assemblea delle società bancarie

1. Le norme sull'assemblea delle banche in forma di s.p.a. all'interno del t.u.b.: rinvii	117
2. Le norme speciali in materia di competenza dell'assemblea: <i>a</i>) l'emissione di obbligazioni; <i>b</i>) il potere di sostituire i liquidatori nell'ambito della liquidazione ordinaria della banca	118
2.1. <i>Segue</i> : <i>c</i>) le decisioni in materia di remunerazione e di incentivazione	119
2.2. <i>Segue</i> : <i>d</i>) le modifiche del capitale sociale. I limiti alla distribuzione di utili o di altri elementi del patrimonio	121

3. Le norme speciali sul procedimento assembleare: *a)* il potere della Banca d'Italia di ordinare la convocazione e quello di convocare direttamente l'assemblea; *b)* i divieti di voto; *c)* le condizioni per l'iscrizione delle deliberazioni nel registro delle imprese; *d)* l'invalidità delle deliberazioni 124

6

Amministrazione e controllo delle società bancarie

1. Il sistema delle fonti. L'approccio del legislatore del testo unico e delle autorità di vigilanza 127
2. Le definizioni rilevanti ai fini della ricostruzione della disciplina comune ai diversi sistemi di amministrazione e controllo 130
3. La scelta del sistema di amministrazione e controllo: il "progetto di governo societario". L'informativa al pubblico 134
4. Gli organi di amministrazione della società: *a)* la necessaria distinzione tra organo di gestione ed organo con funzione di supervisione strategica 136
5. *Segue: b)* Il sistema delle deleghe. 139
6. I componenti non esecutivi ed indipendenti dell'organo di supervisione strategica 141
7. I comitati interni all'organo di supervisione strategica 143
8. Il presidente degli organi con funzioni di supervisione strategica e di gestione 145
9. Numero e procedimento di nomina e revoca dei componenti degli organi con funzioni di supervisione strategica e di gestione. 146
10. Gli organi di controllo della società: *a)* la struttura; *b)* i requisiti dei componenti (rinvio) 148
11. *Segue: c)* le competenze; *d)* funzionamento e poteri. 149
12. Numero e procedimento di nomina e revoca dei componenti degli organi con funzioni di controllo. La presidenza dell'organo di controllo 151
13. I requisiti degli esponenti aziendali nel testo unico bancario 152
- 13.1. La disciplina dei requisiti degli esponenti aziendali nell'art. 26 t.u.b. *ante* d.lgs. 72/2015 154
- 13.2. La disciplina dei requisiti degli esponenti aziendali *ex art.* 26 t.u.b. *post* d.lgs. 72/2015 e nel d.m. 169/2020 158

13.2.1.	La possibilità di previsioni statutarie più stringenti ed il rapporto con altre fonti in materia. L'ambito di applicazione del d.m. 169/2020. I requisiti di onorabilità e di correttezza.	160
13.2.2.	I requisiti di professionalità	162
13.2.3.	I criteri di competenza per gli esponenti aziendali. . .	164
13.2.4.	I criteri di adeguata composizione collettiva degli organi	165
13.2.5.	I requisiti di indipendenza. Il dovere di agire con indipendenza di giudizio	166
13.2.6.	La disponibilità di tempo. I limiti al cumulo degli incarichi.	169
13.2.7.	Le speciali disposizioni applicabili alle banche che adottano il sistema dualistico o il sistema monistico. .	170
13.2.8.	La valutazione dell'idoneità e la pronuncia della decadenza	171
14.	I requisiti e gli altri obblighi di idoneità degli esponenti aziendali nelle disposizioni di vigilanza: <i>a)</i> il problema del coordinamento con i requisiti ed obblighi <i>ex art.</i> 26, comma 3, t.u.b. <i>post</i> d.lgs. 72/2015; <i>b)</i> le regole comuni agli esponenti aziendali.	173
15.	<i>Segue: c)</i> i requisiti dei componenti degli organi con funzioni di supervisione strategica e di gestione; <i>d)</i> i requisiti dei componenti degli organi di controllo	175
16.	Gli obblighi degli esponenti aziendali nel caso di operazioni in conflitto di interessi.	176
17.	Le "obbligazioni" degli esponenti bancari.	177
18.	Le società bancarie e la disciplina delle operazioni con parti correlate.	183
18.1.	La disciplina di diritto comune: l'art. 2391- <i>bis</i> c.c	184
18.2.	Le operazioni con parti correlate nella del. Consob n. 17221 del 12 marzo 2010	185
18.3.	La disciplina delle attività di rischio e dei conflitti di interessi nei confronti di soggetti collegati nelle Disposizioni di vigilanza.	187
18.3.1.	Le procedure deliberative per il compimento di operazione con soggetti collegati	189
18.3.2.	Gli ulteriori presidi organizzativi per la prevenzione e gestione dei conflitti di interessi nei confronti dei soggetti collegati. Gli obblighi di comunicazione ed i poteri di intervento	193
19.	L'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c	195

Parte Seconda
LE SOCIETÀ PUBBLICHE
di G. D'ATTORRE e C. PECORARO

Sezione I
PRINCIPI GENERALI

1

Le società pubbliche nel mercato: introduzione
di G. D'ATTORRE e C. PECORARO

1.	Premessa	201
2.	Principi generali in materia di società a partecipazione pubblica . . .	202
3.	Statuti speciali per le società a partecipazione pubblica	204
4.	Apertura al mercato e regime normativo delle società a partecipazione pubblica	205

Sezione II
COSTITUZIONE DELLA SOCIETÀ
E GESTIONE DELLE PARTECIPAZIONI

2

**Assunzione e mantenimento della partecipazione pubblica
in società**

di CLEMENTE PECORARO

1.	Sulla partecipazione cd. pubblica: <i>a</i>) la definizione	211
1.1.	<i>b</i>) assunzione e dismissione di partecipazioni pubbliche	212
2.	Regime giuridico delle partecipazioni pubbliche ed interessi tutelati .	214
3.	Limiti sostanziali all'assunzione di partecipazioni pubbliche	216
4.	Il cd. vincolo di scopo: <i>a</i>) regola generale	218
4.1.	<i>b</i>) con riferimento alle partecipazioni in società cd. legali o comunque di diritto singolare	219

4.2.	<i>c)</i> con riferimento alle partecipazioni di minoranza, alle partecipazioni indirette ed alle partecipazioni alla <i>holding</i>	221
5.	Il cd. vincolo di attività	223
6.	Limiti procedurali all'assunzione di partecipazioni pubbliche . . .	225
6.1.	Ambito di operatività dei vincoli procedurali	227
7.	Limiti procedurali all'alienazione di partecipazioni pubbliche: caratteri generali.	229
7.1.	Motivazione, pubblicità e procedure competitive	229
7.2.	Oggetto dell'atto deliberativo di alienazione	231
8.	Limiti statutari alla circolazione delle partecipazioni in società pubbliche.	232
9.	Vizio dell'atto deliberativo ed effetti sulla transazione conclusa dall'amministrazione.	234

3

La costituzione della società

di CLEMENTE PECORARO

1.	Norme sulla procedura di costituzione	239
2.	Le due fasi della procedura di costituzione	239
2.1.	Esercizio di una funzione amministrativa nell'atto della costituzione della società	240
3.	Sulla predeterminazione del tipo sociale in cui è ammessa la partecipazione pubblica	244
4.	Interesse concreto all'adozione del tipo sociale: <i>a)</i> azionario o non azionario	246
4.1.	<i>b)</i> consortile e mutualistico	248
5.	Tre significati della predeterminazione dei tipi sociali in cui è ammessa la partecipazione pubblica: <i>a)</i> carattere privatistico del modello organizzativo.	249
5.1.	<i>b)</i> limiti all'autonomia statutaria e conformità al tipo sociale .	251
5.2.	<i>c)</i> limiti alle operazioni straordinarie della società a partecipazione pubblica	254
6.	Tipi societari e modelli extra-societari: tra concorrenza ed osmosi . .	254
6.1.	Nuove evidenze normative e riaffermazione della dualità tra "tipi sociali e tipi extrasociali"	256
7.	Costituzione della società: oggetto sociale e finalità	257

8.	Costituzione della società e procedimento di formazione della volontà dell'amministrazione pubblica	261
8.1.	Sull'organo competente a produrre la volontà dell'amministrazione.	261
8.2.	Sul contenuto e sulla pubblicità dell'atto deliberativo	263
9.	Sul procedimento di costituzione della società partecipata	265
9.1.	Operazioni ed attività nelle more della costituzione di società partecipate	266
10.	Invalidità della delibera dell'amministrazione partecipante ed effetti sulla società costituita	268

4

Gestione delle partecipazioni ed esercizio dei diritti sociali

di CLEMENTE PECORARO

1.	Premessa	273
1.1.	Ambito di applicazione dell'art. 9.	273
2.	Il regime della partecipazione pubblica.	274
3.	L'organo legittimato all'esercizio dei diritti sociali.	275
3.1.	Interventi correttivi al testo normativo.	277
3.2.	Incertezze interpretative	278
4.	Gestione della partecipazione sociale e patti parasociali	282
5.	Vizio dell'attività amministrativa ed interferenza sull'attività sociale .	284
6.	Osservazioni critiche sui commi 5 e 6 dell'art. 9.	287
7.	Cenni al regime dei diritti speciali di nomina <i>ex art.</i> 2449 c.c.: società chiuse e società aperte	288
7.1.	Il carattere extrassembleare dell'atto di preposizione nell'incarico di amministratore e sindaco dopo l'introduzione del testo unico	289
7.2.	La dualità delle fasi deliberative nel procedimento di nomina e revoca di amministratori e sindaci	290
7.3.	Il carattere neutro del precetto contenuto nell'art. 9.	291
8.	Sulla natura dell'atto di nomina e di revoca di amministratori e sindaci.	293
8.1.	Vizi del procedimento di nomina e revoca	295
8.1.1.	Vizio del procedimento decisionale a doppio stadio .	295
8.1.2.	Vizio dell'atto di nomina (o revoca) diretta	296

Sezione III
LA GOVERNANCE

5

L'amministrazione nelle società pubbliche
di GIACOMO D'ATTORE

1. Premessa	301
2. Ambito di applicazione della disciplina speciale	302
3. I vincoli funzionali	305
4. I requisiti soggettivi dei componenti dell'organo amministrativo.	310
5. I limiti al numero dei componenti	315
6. I limiti ai compensi	318
7. I vincoli nell'organizzazione interna dell'organo amministrativo	322

6

I controlli nelle società pubbliche
di GIACOMO D'ATTORE

1. Premessa	327
2. Le deroghe al diritto comune	327
3. Il controllo giudiziario nelle società a controllo pubblico	328
4. I requisiti soggettivi dei componenti degli organi di controllo ed i limiti ai compensi	330
5. Cessazione dalla carica di sindaco	332
6. Le regole di governo societario (rinvio)	332

7

La responsabilità degli organi sociali: profili processuali
di CLEMENTE PECORARO

1. Sulla giurisdizione da applicare alle azioni di responsabilità contro amministratori e sindaci: cenni all'evoluzione del dibattito	335
---	-----

1.1.	Sulla retrocessione della società <i>in house</i> a patrimonio separato dell'amministrazione aggiudicatrice	336
2.	Le critiche della dottrina ed il recupero dell'alterità soggettiva tra l'amministrazione e la società <i>in house</i>	337
2.1.	La questione latente al dibattito: quale destinazione per il risarcimento del danno?	338
3.	L'introduzione dell'art. 12 del t.u.s.p.: ambiguità della norma ed incertezze interpretative.	339
4.	Tesi sull'identificazione del danno erariale nel pregiudizio arrecato alla società <i>in house</i> : confutazione.	342
5.	Sulla riproposizione dell'endiadi danno sociale e danno particolare	344
5.1.	Il <i>revirement</i> delle Sezioni Unite	344
5.2.	I tre precedenti che consacrano la privatizzazione delle società <i>in house</i>	346
5.3.	Nuovi sviluppi nella giurisprudenza di legittimità: rilievi critici e diverse prospettive di ricerca.	348
6.	Sulla legittimazione del Procuratore contabile	353
7.	Il concorso-conflitto tra azioni e giurisdizioni: questione aperta	353

Sezione IV SOCIETÀ *IN HOUSE* E MISTE

8

Le società *in house* di CLEMENTE PECORARO

1.	Premessa	359
2.	Genesi dell' <i>in house providing</i> nella giurisprudenza comunitaria. Derive interpretative nella giurisprudenza domestica	360
3.	Le società <i>in house</i> nel testo unico: tre requisiti organizzativi	361
3.1.	La società pluripartecipata <i>in house</i> . Controllo analogo congiunto	362
3.2.	Finalità ed oggetto delle società <i>in house</i>	363
4.	Caratteri generali del controllo cd. analogo ai sensi dell'art. 16	364
4.1.	a) controllo analogo e relazione intersoggettiva	364
4.2.	b) tecniche di predeterminazione del controllo analogo.	365

5.	L'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative.	366
6.	Introduzione di clausole in deroga agli artt. 2380- <i>bis</i> e 2409- <i>novies</i> , c.c.: <i>a)</i> divieto di devolvere la competenza a gestire l'impresa	369
6.1.	<i>b)</i> il filtro delle decisioni strategiche e significative	370
6.2.	<i>c)</i> le tecniche procedurali di esercizio del controllo su decisioni strategiche e significative	373
6.3.	<i>d)</i> il grado di analiticità della previsione statutaria	374
6.4.	<i>e)</i> esercizio extrassembleare dei poteri di cui all'art. 16, comma 2, lett. <i>a)</i>	375
7.	Natura del potere di controllo ed effetti vincolanti delle determinazioni	378
8.	La s.r.l. <i>in house</i> : dopo la novella dell'art. 2475 c.c.	379

9

Società miste

di CLEMENTE PECORARO

1.	Sull'inquadramento della società cd. mista.	381
2.	La società cd. mista affidataria di appalto o concessione.	382
3.	Partecipazione del soggetto privato alla società mista: la gara cd. a doppio oggetto	384
4.	Profili caratterizzanti la regolamentazione della società mista: premessa	385
5.	Oggetto sociale della società mista: vincolo di esclusività	385
6.	Riparto delle funzioni tra la componente privata e quella pubblica: <i>a)</i> il ruolo del socio privato	387
6.1.	<i>b)</i> il ruolo del socio pubblico	390
7.	Il regime della partecipazione del socio privato: <i>a)</i> durata.	390
7.1.	<i>b)</i> la circolazione	393
8.	La società mista cd. strumentale	394

Sezione V
OPERAZIONI STRAORDINARIE E CRISI

10

Le operazioni straordinarie

di CLEMENTE PECORARO

1.	Premessa	399
2.	Ripianamento delle perdite e operazioni sul capitale sociale	399
3.	Sulla trasformazione delle società a partecipazione pubblica	402
4.	La trasformazione omogenea di società con partecipazione pubblica.	403
5.	La trasformazione eterogenea delle società partecipate: <i>a</i>) la trasformazione di società partecipata in società consortile e società cooperativa.	404
5.1.	<i>b</i>) la trasformazione di società (pluri)partecipata in comunione d'azienda	406
5.2.	<i>c</i>) la trasformazione di società partecipata in consorzio	407
5.3.	<i>d</i>) la trasformazione di società partecipata in consorzio speciale e viceversa.	407
5.4.	<i>e</i>) la trasformazione regressiva di società (unipersonale) partecipata in azienda speciale: ammissibilità.	409
6.	La trasformazione regressiva in azienda speciale: questioni controverse sulla disciplina da applicare	412
6.1.	La trasformazione regressiva di società insolvente in azienda speciale.	415
7.	Sulla trasformazione singolare di aziende speciali in società partecipata	416
8.	Sulla fusione e scissione di società partecipate	418
8.1.	Procedimento deliberativo di fusione e scissione	418
8.2.	Sulle forme dell'operazione di fusione e scissione.	419
8.3.	Su alcune ipotesi concrete di fusione e scissione di società partecipate	421
8.4.	Fusione e scissione con assegnazione non proporzionale di quote o azioni	424

11

La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche

di GIACOMO D'ATTORE

1. Premessa	427
2. Gli strumenti di allerta	429
3. <i>Segue</i> : i piani di risanamento	435
4. L'assoggettamento della società pubblica alle procedure concorsuali: ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo	444
5. Lo svolgimento della procedura concorsuale di società pubblica . . .	448
6. Le conseguenze del fallimento/liquidazione giudiziale della società pubblica	451
7. Le possibili azioni esperibili dal curatore nei confronti dell'ammini- strazione pubblica che esercita il controllo	453
<i>Indice analitico</i>	459