

Fideiussioni prestate da società, nei confronti di banche

1. La maggiore — e legittima — preoccupazione di una banca, nei cui confronti sia prestata una fideiussione a garanzia di crediti da essa accordati, è di assicurarsi, prima di accettarla (e quindi prima di concedere il « fido »), dell'efficacia della fideiussione, specialmente dal punto di vista del potere di disposizione di chi la rilascia.

Ora, se la circostanza è di facile accertamento, quando il fideiussore sia persona fisica, ardua diventa, qualora il fideiussore sia una persona giuridica ed in particolar modo una società commerciale (1); e qui va precisato, anzitutto, il perchè della difficoltà testè accennata.

Potrebbe ritenersi a prima vista che l'eventuale inefficacia della fideiussione, rilasciata da una società commerciale, dipenda dal carattere gratuito, o « di liberalità », che sarebbe normalmente insito nella fideiussione. Se non che, pur astraendo dalla ipotesi che la fideiussione può esser prestata, contro un corrispettivo, dato dal debitore principale al fideiussore (e in tal caso verrebbe meno la gratuità), va osservato che l'elemento « gratuità » o « onerosità » della fideiussione può giocare soltanto nei rapporti *interni* fra debitore principale e fideiussore, in quanto vale a fissare il tipo di causa dell'obbligo — che il fideiussore assume verso il debitore principale — di garantirlo nei confronti del creditore; epperò quandanche il fideiussore prestasse gratuitamente la garanzia, questa — nei rapporti col creditore — non lascerebbe di essere efficace, in quanto la legge non subordina l'efficacia della fideiussione all'onerosità del rapporto fideiussore-debitore principale.

D'altra parte, la legge non richiede neppure che il fideiussore debba ricevere un corrispettivo, se non dal debitore principale, dal creditore; non soltanto di ciò manca ogni traccia nella legge, ma sarebbe elemento affatto estraneo alla funzione pratica della fideiussione, dove l'interesse a che essa sia prestata è tutto del debitore principale, mentre il creditore, quando non abbia la fideiussione richiesta, può tutelare i propri interessi limitandosi a rifiutare il credito a colui che dovrebbe diventare il suo debitore principale.

(1) Per semplificazione, nel testo si prescinde dal punto controverso (cfr. il mio *Manuale di dir. civ. e commerc.*, ediz. 1950, vol. I, pagg. 339-340) se anche le società c. d. di persone siano, o meno, persone giuridiche.

2. Diversa cosa è, evidentemente, che il fideiussore, per rilasciare efficace fideiussione, deve essere legittimato a rilasciarla, cioè che egli deve esser fornito del relativo potere di disposizione (2). Questo della legittimazione al rilascio di fideiussioni resta pertanto problema a sè stante e indipendente da quello dell'onerosità o gratuità delle stesse.

Ma, proprio in relazione alla legittimazione, la ragione della difficoltà sopra avvertita risiede, anzitutto, nella circostanza che la fideiussione costituisce atto *eccedente* l'ordinaria amministrazione: e, inoltre, nel fatto che il rilascio di fideiussioni non rientra — *di solito* — fra i compiti di una società commerciale, ossia non è parte del c. d. oggetto sociale.

Qui, è il caso di rilevare che la disciplina degli atti di amministrazione non è organicamente congegnata nel codice civile; se ne tratta con riferimento a casi particolari, quali la tutela degli incapaci di agire, la comunione e il mandato (prescinde dall'art. 1572 cod. civ., che non conferisce al punto trattato). Tuttavia, agli effetti del particolare punto ora in esame, può ricavarsi dai principii che la fideiussione va considerata atto eccedente l'ordinaria amministrazione, argomentando in particolare dall'art. 375 n. 2 cod. civ. che, a proposito del pegno e dell'ipoteca da costituirsi ad opera del tutore del minore, ne subordina la valida costituzione all'autorizzazione del tribunale. E' da pensare che, data la stretta affinità economica e giuridica fra pegno e ipoteca, da una parte, e fideiussione, dall'altra, il divieto di libero rilascio di fideiussioni discenda dal divieto di libera costituzione di pegno o ipoteca; ciò, anche senza ricorrere alla analogia, ma richiamandosi all'interpretazione estensiva dell'art. 375 n. 2, per quanto le figure di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione siano dalla legge indicate a titolo esemplificativo. Del resto, al medesimo risultato si giunge, argomentando dal n. 2 dell'art. 374 o dal secondo comma dell'art. 320 cod. civ., ancora in materia di tutela e, rispettivamente, di potestà patria.

(2) Sull'essenza del potere di disposizione e sulle sue attinenze con altre figure contermini, v. il mio scritto *La distinzione fra capacità di agire, capacità di disporre e potere di disporre ecc.*, in *L'Emis*, 1949, pagg. 607 e segg.

Considerando il problema da altro aspetto, occorre sottolineare che la possibilità di rilasciare, o meno, fideiussioni investe, non tanto la società come tale, quanto gli organi di questa, sotto il profilo dell'ampiezza dei poteri, dei quali essi sono muniti; cioè, si tratta di un problema di legittimazione ad agire e a vincolarsi, nel nome della rispettiva società. Ora, poichè le norme del codice attribuiscono, agli organi amministrativi della società, la veste di mandatari, ma non precisano quale sia il concreto contenuto del mandato, non resta che far capo all'atto costitutivo o allo statuto. Si avverte così, una lacuna (che è forse intenzionale) nella disciplina delle società, proprio perchè essa è colmata, appunto, a mezzo dell'atto costitutivo o dello statuto i quali esercitano, al riguardo, funzione normativa nettamente integratrice, quando prevedano la possibilità del rilascio di fideiussioni, a nome della società. Onde, nell'eventuale silenzio dell'atto costitutivo o dello statuto, non si può non applicare il capov. art. 1708 cod. civ., secondo il quale, il mandato generale non comprende gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, se non siano indicati espressamente.

Se, dunque, il rilascio di fideiussione è da considerare come atto eccedente l'ordinaria amministrazione, è chiaro che occorre una norma statutaria la quale conferisca, al competente organo sociale, i poteri necessari e che, senza tale norma, la fideiussione mai sarebbe rilasciata, con la grave conseguenza che il creditore (banca) non potrebbe, in tal caso, contare sull'efficacia della stessa e dovrebbe fare assegnamento soltanto sulla solvibilità del debitore principale.

La questione, guardata dal duplice aspetto dell'atto eccedente l'ordinaria amministrazione e della misura dei poteri degli organi sociali, va, dunque, risolta nel senso che il silenzio dell'atto costitutivo o dello statuto è di impedimento al rilascio di efficaci fideiussioni, da parte di società commerciali in genere.

3. Tuttavia, un atto costitutivo o uno statuto sociale che contenga, ad es., la clausola, per cui gli organi amministrativi siano autorizzati a compiere « qualsiasi operazione finanziaria », si può considerare tale, da autorizzare l'efficace rilascio anche di fideiussioni. E' vero che « operazione finanziaria » allude più direttamente ad operazione bancaria o di credito; ma anche il rilascio di una fideiussione va considerata come operazione finanziaria, in quanto consiste nel rilascio di una garanzia personale, che valga a rafforzare la solvibilità del debitore, cui si concede un finanziamento.

A questo punto, però, sorge la domanda sul come si concilia la formula « qualsiasi operazione finanziaria », con la su citata norma, di cui al capoverso art. 1708 cod. civ., che richiede l'espressa indicazione degli atti eccedenti l'amministrazione, perchè essi possano ritenersi consentiti al mandatario

generale. Ma penso che il quesito possa risolversi senz'altro, considerando che la formula « qualsiasi operazione finanziaria » è indicazione espressa di atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, perocchè tali atti possono indicarsi anche con un inciso di larga accezione, bastando risulti che il mandante sia stato consapevole di accordare al mandatario generale, poteri, che lo autorizzano a compiere, appunto, atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Invero, la legge richiede un'indicazione « espressa », non un'indicazione « tassativa » o « specifica »; la formula in questione (« qualsiasi operazione finanziaria ») è, pertanto, tale che, pur non contenendo un'enumerazione analitica (del resto, mai esauriente) dei singoli poteri, può dirsi sufficientemente comprensiva (3).

Anche altra formula statutaria, di portata normativa equivalente, può bastare in luogo della clausola « qualsiasi operazione finanziaria », purchè possa ritenersi che tale formula impegni la società, nel senso che all'organo sociale, il quale rilasci la fideiussione, non può addebitarsi di aver varcato i limiti dei poteri, legittimamente ad esso conferiti.

Ovvero, la banca, per cautelarsi, dovrebbe chiedere che — nelle società di capitali — l'assemblea dei soci, all'uopo convocata, deliberi l'operazione; ma, se non vado errato, dovrebbe trattarsi di assemblea straordinaria, che modifichi lo statuto, nella parte che si riferisce all'oggetto sociale. Non basterebbe deliberare, una volta tanto, la singola operazione di fideiussione, poichè andare oltre l'oggetto sociale non è lecito, neppure ad un'assemblea, senza contemporanea modificazione dello statuto, in quanto potrebbero essere lesi diritti di terzi, già creditori della società; e, d'altro canto, facile sarebbe oltrepassare, nel caso concreto, l'oggetto sociale, senza prima aver percorso tutti gli stadi del procedimento che possa condurre al cambiamento di esso oggetto, tra i quali stadi, è la pubblicità della deliberazione di modifica, richiesta dal capoverso art. 2436 cod. civ., ai fini dell'opponibilità di essa modifica ai terzi.

Nè, essendo in gioco interessi di terzi, potrebbe supplire la c. d. assemblea totalitaria, prevista dal terzo comma dell'art. 2366 cod. civ., in quanto, nel

(3) Per intendere esattamente la portata del capov. art. 1708 bisogna tener presente che, durante l'elaborazione del codice vigente, a un certo momento (cfr. *Relazione del guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni*, n. 514) un art. 593 (trasfuso, poi, nell'attuale art. 1708) parlava di mandato speciale — a proposito del potere del mandatario di compiere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione — e non di mandato espresso. Il fatto che l'art. 1708 capov. contenga, invece, la menzione di un mandato espresso, e non più di un mandato speciale, è, dunque, pieno di significato, nell'ordine di idee sostenuto nel testo.

La — per ora — scarsa letteratura sul mandato non sembra chiaramente orientata sul preciso significato dell'avverbio « espressamente », che si legge alla fine del capoverso dell'articolo. Cfr. DIBLASI, *Il libro delle obbligazioni, parte speciale* (in *commento al nuovo cod. civ. ital.*, Milano, 1943), pag. 296 e RUSSO (G.), in *Commentario del Barbera, Obbligazioni, Contratti speciali* (Firenze, 1948), ad art. 1708, pagg. 469-70.

caso in esame, il difetto non starebbe in un irregolare convocazione dell'assemblea, ma nell'adottare una deliberazione che, in ogni caso, non può andare oltre l'oggetto sociale, stabilito dall'atto costitutivo o dallo statuto.

In sostanza, occorrerebbe un procedimento macchinoso, al quale non so se la società, che dovrebbe prestare la fideiussione, sarebbe sempre disposta ad assoggettarsi; per il che, se l'atto costitutivo o lo statuto non contempli già il rilascio della fideiussione, il meglio, per la banca, sarebbe rinunciare e chiederne un'altra di altra provenienza, possibilmente di persona fisica.

Quel che dico delle c. d. società di capitali, si può ripetere per le c. d. società di persone.

Invero, anche con riguardo alle società di persone, il quesito si pone in termini non diversi che per le società di capitali; si tratta di sapere se il rilascio di fideiussioni rientri nell'oggetto sociale o, in mancanza, se l'atto costitutivo o lo statuto contenga una di quelle formule ampie, del tipo sopra esaminato; altrimenti, si dovrebbe, anche qui, ricorrere alla modificazione del c. d. contratto sociale; il quale, se non sia convenuto diversamente, esige (art. 2252 cod. civ.) il consenso di tutti i soci (ed è, quindi, procedimento anche più gravoso che per le società di capitali, dove, in base all'art. 2368 cod. civ., basta la maggioranza, ancorchè debba essere maggioranza c. d. qualificata). A siffatto regime, sono sottoposte le società in nome collettivo e le società in accomandita semplice, in forza dell'art. 2293 e dell'art. 2315 cod. civ., che rimandano alla disciplina della società semplice, in quanto non sia diversamente disposto dalle rispettive norme, specifiche ai due tipi di società testè menzionati.

Per concludere, le fideiussioni prestate da società, quando non siano autorizzate, nei modi sopra considerati, non sono le più adatte a rispondere al requisito dell'efficacia, dal quale la banca creditrice vuole naturalmente saperle assistite.

4. Con particolare riferimento alle fideiussioni, rilasciate da società c. d. di capitali, si può porre il quesito se queste possano prestare efficacemente fideiussioni di importo illimitato: in ipotesi, eccedente il valore del rispettivo patrimonio sociale. A mio vedere tale quesito comporta due diverse soluzioni.

La prima — la normale — è che la società non risponde al di là della misura del patrimonio sociale, perchè, esausto il patrimonio sociale, non vi è altri, su cui il creditore possa rifarsi dell'inadempimento del debitore principale. Nè rispondono subsidiariamente i soci, perchè a costoro nulla si può chiedere, al di là dell'apporto promesso e conferito.

La possibilità che la responsabilità dei soci supplisca all'insufficienza del patrimonio sociale è da ammettere, ma soltanto a patto che i soci, o taluni soci, con apposita clausola dell'atto costitutivo o dello statuto, assumano una responsabilità illimitata; con ciò, peraltro, alterando il tipo delle società di capitali (che sono a responsabilità limitata) e dando luogo a quella che la dottrina (4) ha chiamato società « atipica ». Ma è chiaro che, per giungere a un tale risultato, bisogna necessariamente immaginare che quei soci abbiano un qualche interesse ad assumere la responsabilità illimitata, mentre la legge ne li dispensa; e, comunque, con la società atipica, saremmo fuori dalla prassi comune.

In sostanza, quando la società di capitali assuma — in ipotesi — una fideiussione di importo illimitato, non risponde, se non nei limiti del proprio patrimonio (salva la singolare ipotesi cui accennavo poco sopra). In pratica, è come se la fideiussione fosse prestata nei limiti della potenzialità economica della società, quale sarà per essere, al momento in cui la banca creditrice fosse nella necessità di far valere la fideiussione.

FRANCESCO MESSINEO

Prof. ord. nell'Università statale di Milano

(4) Cfr., per tutti, LA LUMIA, *La « atipicità » nelle società commerciali* (in *Studi per G. Pacchioni*, Milano, Giuffrè, 1939), pagg. 269 e segg.