



## CONVEGNO

IL CONTRATTO DI MANDATO  
FONDAMENTO DEL RAPPORTO TRA AMMINISTRATORE E CONDOMINIO  
Piazza Duomo, 2 Palazzo Opere sociali  
11 novembre 2016 - Vicenza

### **Il contratto di amministrazione condominiale: verso una nuova fattispecie contrattuale**

Relazione di *Claudio Belli* – Centro studi nazionale ANACI

Innanzitutto desidero ringraziare ANACI Veneto, ANACI Vicenza e la Camera Civile di Vicenza nonché tutti gli organizzatori i quali, tra l'altro, si sono assunti anche un compito prezioso: quello di tracciare i passaggi, l'itinerario di ciascun relatore. C'è, infatti, una progressione argomentativa nel programma: dal contratto di mandato, al contratto di mandato collocato nel rapporto professionale fino al contratto di amministrazione condominiale così come è stato concettualizzato dalla dottrina.

Consentitemi di sottolineare che, sul tema oggetto della mia relazione di oggi, ANACI ha la possibilità di tracciare una strada importantissima per tutta la categoria costruendo, negozialmente, nuovi strumenti di tutela per l'amministratore secondo quel fenomeno che è stato definito dal prof. Lipari e dal professor Alpa già negli anni '80 come "formazione negoziale del diritto". È un'opportunità che va colta perché la configurazione di un contratto nuovo non partirebbe dal nulla ma troverebbe puntuali riscontri normativi soprattutto nel c. 1 dell'art. 1131 c.c. che consente all'assemblea di conferire all'amministratore più ampi poteri rispetto a quelli determinati per legge.

Abbiamo visto dalle precedenti relazioni che il rapporto tra amministratore di condominio e condomini è stato generalmente inquadrato nella figura del mandato con rappresentanza. Il presupposto di questo assunto è che il condominio non è un ente dotato di *personalità giuridica* sicché esso non rappresenta un ente distinto dai partecipanti ma i singoli condomini. Questa è l'impostazione tradizionale, individualistica e pluralistica, del pensiero di Salis di Peretti Griva, Gambaro, Triola, Terzago e dell'autore più fedele a questa ricostruzione sistematica, il presidente

Corona il quale afferma che la situazione soggettiva di condominio continua a fare capo non al gruppo ma ai singoli e che la titolarità dei diritti e delle obbligazioni fa capo solo ai singoli. E' rimasta così largamente minoritaria la tesi che l'amministratore è un *organo* (Branca) così come quella del prof. Michele Costantino che inquadrò la figura dell'amministratore di condominio nella *gestione di affari altrui* in quanto - scrisse - la disciplina della gestione è una disciplina dell'*attività* più che dell'*atto* giuridico.

La giurisprudenza si è discostata pochissimo da questa impostazione sulla quale ben poco la Riforma del 2012 ha inciso. Inalterata è rimasta l'impostazione secondo cui l'amministratore è un *mandatario* (aggettivo spesso accompagnato dal denigratorio e derisorio "mero") con limitati poteri di impegnare i mandanti. Significativo, il n. 1 dell'art. 1130 c.c. secondo cui l'Amministratore "esegue" le deliberazioni dell'assemblea e, quindi, non avrebbe, stando ad una lettura superficiale, un potere decisionale autonomo, nonché il n. 3 dell'art. 1130 c.c. in base al quale l'amministratore deve riscuotere i contributi ed erogare le spese per la manutenzione ordinaria, il che significa che manca di potere decisionale quanto alle spese straordinarie (come è confermato dall'art. 1135, c. 2, c.c. in base al quale l'amministratore non può disporre lavori straordinari a meno che non abbiano carattere di urgenza ma in questo caso deve riferire immediatamente alla prima assemblea).

C'è poi la giurisprudenza costante a sfavore all'amministratore nel senso che egli non può ottenere il rimborso delle spese non autorizzate.

Va ricordato, peraltro, che secondo la più recente giurisprudenza l'amministratore non ha un generale potere di spesa anche se limitato alla ordinaria amministrazione. E' vero che in passato (1986) la giurisprudenza ha sostenuto che nel condominio degli edifici l'erogazione delle spese di manutenzione ordinaria relative ai servizi comuni essenziali non richiede la preventiva approvazione dell'assemblea in quanto trattasi di esborsi per utenze, premi assicurativi, ecc. dovuti a scadenze fisse per le quali l'amministratore provvede in base ai propri poteri e non in esecuzione di delibere assembleari (si affermò infatti il principio che l'approvazione è necessaria soltanto in sede di bilancio consuntivo). Questo orientamento, tuttavia, si è capovolto nel 1994 quando la Corte di Cassazione ha ribadito che, anche per le spese ordinarie, l'amministratore non ha un potere autonomo di spesa (e tra l'altro questa impostazione ci fa dubitare - e ci avviciniamo pian piano al tema della mia relazione - della stessa qualifica di mandatario dell'Amministratore dal momento che - ai sensi delle norme sul mandato - le iniziative assunte dal mandatario, nei limiti dei poteri conferiti, non hanno bisogno di ratifica; così come ci fa dubitare il meccanismo della *approvazione tacita* previsto dall'art. 1712 c. 2 c.c. secondo cui il ritardo del mandante a rispondere dopo aver ricevuto la comunicazione di esecuzione del mandato comporta l'approvazione tacita anche se il mandante si è discostato dalle istruzioni ricevute).

Pensiamo poi alla contestatissima sentenza S.U. n. 18331/2010 sui poteri processuali dell'amministratore che ha irrazionalmente e perentoriamente ribadito l'assenza qualsivoglia potere decisionale e gestorio dell'amministratore.

La Riforma dunque ha cambiato ben poco per l'amministratore ma in questo quadro problematico la dottrina da sempre sostiene che la cura degli interessi dei condòmini non esaurisce i compiti e le attribuzioni che la legge assegna agli amministratori e che, dunque, la soluzione dei problemi dell'amministratore va trovata fuori dalla figura del mandato. Un contratto, quello di mandato, della cui inadeguatezza si parla ormai da vent'anni.

Tra gli studiosi che hanno sollevato la problematica (Colonna, Celeste, Scarpa) spicca senza dubbio il Prof. Roberto Amagliani con la sua opera del 1992 intitolata: *"L'amministratore e la rappresentanza degli interessi condominiali"*. Un libro molto citato che, sebbene *ante riforma*, contiene ancora approfondimenti e riflessioni di straordinaria attualità. Fin dalle prime battute del libro l'autore si interroga, molto pragmaticamente, sul contenuto dell'attività di amministrazione, rilevando che questa attività consiste in atti di natura eterogenea e con varie finalità specifiche, preparatorie e strumentali al raggiungimento di uno scopo finale. E' un insieme coordinato di atti dove l'elemento teleologico appare essenziale.

Soprattutto è una attività tutt'altro che subordinata e subalterna all'assemblea e ancor meno ai singoli condòmini che può essere esercitata in forza di poteri *autonomi* riconosciuti dalla legge. Una prima conferma di tale assunto si ritrova dell'art. 1134 c.c. che dispone: *"Il condòmino che ha fatto spese per le cose comuni senza autorizzazione dell'amministratore o dell'assemblea non ha diritto al rimborso salvo che si tratti di spesa urgente"*. Lo scopo di questa norma è evidente: evitare dannose interferenze nell'amministrazione condominiale perché il singolo condòmino non è partecipe dell'attività di amministrazione (tranne per l'urgenza ma ipotesi eccezionale). Ma ci sono anche le norme sulla comunione che soccorrono. L'art. 1106 cpv c.c. il quale prevede, da parte dei comunisti, la delega all'amministrazione della cosa comune *"ad uno o più partecipanti alla comunione"* e la determinazione da parte degli stessi comunisti di *poteri* e degli obblighi dell'amministratore. Ebbene, necessario corollario di questa norma è l'inammissibilità di qualsivoglia controllo da parte dei singoli condòmini sull'operato dell'amministratore. Vi è cioè un'estraneità del partecipante, considerato *uti singulus*, all'attività di amministrazione. E' così che si può contestare radicalmente (ed Amagliani lo fa con grande leggiadria) quella dottrina (Galgano) e quella la giurisprudenza che considerano l'amministratore un mero esecutore di delibere assembleari. Si può contestare cioè l'idea che l'assemblea possa sostituirsi all'amministratore e privarlo dei propri poteri. Ebbene, anche su questo aspetto a guardare bene ci sono norme rilevanti. L'art. 1131 comma 1 c.c. (norma inderogabile ai sensi dell'art. 1138 c.c.) conferisce all'amministratore poteri di rappresentanza (sia processuali che sostanziali) nei limiti delle attribuzioni previste dall'articolo 1130 c.c. o *dei maggiori poteri conferitigli dal regolamento di condominio o dall'assemblea*.

Leggendo bene la norma si rende evidente che l'assemblea potrà ampliare i poteri dell'amministratore ma non le è sicuramente consentito ridurre i poteri (anche quelli di rappresentanza sostanziale) proprio in ragione dell'inderogabilità dell'art. 1131 c.c.. Ma anche l'art. 1133 è importante laddove prevede che: *I provvedimenti presi dall'amministratore nell'ambito dei suoi poteri [1130-1131] sono obbligatori per i condòmini. Contro i provvedimenti*

*dell'amministratore è ammesso ricorso all'assemblea, senza pregiudizio del ricorso all'autorità giudiziaria nei casi e nel termine previsti dall'articolo 1137.*

È importante perché questa disposizione configura una sorta di controllo assembleare sui provvedimenti dell'amministratore ma solo *eventuale e successivo*. Anche questa disposizione evidenzia che non vi è una *generale ed incondizionata* posizione di subordinazione dell'amministratore all'assemblea. La norma consente piuttosto una verifica esterna, in termini di sola legittimità, dell'attività dell'amministratore. Insomma conclusivamente l'art. 1130 c.c. prevede una serie di funzioni che soltanto l'amministratore è in grado di assolvere (del resto sarebbe irrealistico ipotizzare una generalizzata e minuziosa predisposizione di tutti gli atti che devono essere compiuti dall'amministratore). Sono attribuite cioè all'amministratore sfere di competenze legalmente predeterminate ma anche tendenzialmente esclusive e non comprimibili.

Perché sono attribuite queste competenze esclusive? Perché c'è una preminenza degli interessi del condominio rispetto all'interesse individuale dei condòmini (ed Amagliani parte da questo assunto facendo proprie le riflessioni condotte da Bigliuzzi Geri). Ecco allora perché è importante capire dove si annida *l'interesse comune*, sovraindividuale, ultraindividuale nell'orbita delle norme materia condominiale perché è proprio partendo da questo interesse che si può ricostruire e collocare sistematicamente l'istituto dell'amministrazione condominiale.

E le norme in cui rinvia il richiamo testuale all'interesse comune sono poche ma assai significative. L'art. 1123 c. 1 c.c. e 1130 n. 2 c.c. in cui si parla espressamente di *prestazioni di servizi interesse comune*. Sono disposizioni che evidenziano come gli interessi del condominio non possano in alcun modo essere riconducibili alla mera sommatoria degli interessi dei singoli condòmini.

E' questo il fondamentale presupposto assiologico (l'interesse ultraindividuale) che costituisce il punto di partenza per contestare l'approccio metodologico tradizionale che il prof. Amagliani considera senza mezzi termini inappropriato. Perché è una metodologia che va subito a cercare la disciplina da applicare, va subito a comparare norme prese singolarmente, isolatamente finendo così per privilegiare solo aspetti particolari di un fenomeno che invece va valutato complessivamente. L'indagine non può prescindere dalla considerazione della fattispecie reale, va fatta guardando al dato empirico, al dato fenomenologico che vede l'amministratore sempre di più adempiere una funzione professionale e specialistica.

È partendo da queste premesse generalissime ma di fondamentale importanza che l'identificazione dell'amministratore con un mandatario dei singoli condòmini può essere messa in dubbio. Può essere messa in dubbio perché la caratteristica precipua del *mandato con rappresentanza* è la sostituzione rappresentativa che si ha quando una persona prende il posto di un'altra nello svolgimento di un'attività che avrebbe potuto o dovuto essere compiuta da quella stessa persona. Il contenuto tipico dell'obbligazione consiste nello svolgimento di un'attività in cui sussista una perfetta corrispondenza fra l'attività del mandatario e l'interesse del *dominus* giacché il mandatario agisce in sostituzione del mandante come se fosse lo stesso mandante.

Ebbene, nel caso dell'amministratore di condominio non c'è nessuna fungibilità o equivalenza di effetti fra l'attività dell'amministratore e quella posta in essere dai condòmini. In buona sostanza manca quella eguale legittimazione di entrambi i soggetti al compimento dell'attività con cui si vuole realizzare l'interesse programmato. Con questa argomentazione l'autore contesta il principio secondo cui il mandatario/amministratore mira al soddisfacimento dell'interesse di ciascuno dei condòmini (e la circostanza che l'amministratore possa agire giudizialmente contro il singolo condòmino dimostra esattamente il contrario).

Ma c'è un altro punto cruciale da considerare. Non si può dubitare, infatti, che l'attività dell'amministratore si rivolga alla tutela di posizioni di interesse *autonomi* rispetto quelle riferibili al singolo condòmino. Pensiamo al *conduttore* ed al diritto di voto a cui lo stesso ha diritto in assemblea per alcune materie.

Dunque, più si analizza la peculiarità del rapporto più si verifica che ci discosta dall'archetipo legale:

- la diligenza del buon padre di famiglia è stata sostanzialmente abrogata dalla legge 4/2013 giacché ora la diligenza è di grado più elevato, è quella qualificata di chi esercita professionalmente una attività di carattere intellettuale;
- ai sensi delle norme sul mandato le iniziative assunte dal mandatario, nei limiti dei poteri conferiti, non hanno bisogno di ratifica (e abbiamo visto invece che per la giurisprudenza in tema di spese relative a servizi comuni essenziali non c'è un potere autonomo);
- anche l'obbligatorietà della costituzione ci dovrebbe far pensare a qualcosa di diverso dal mandato;
- il contenuto dei compiti e delle attribuzioni è delineato dettagliatamente dagli artt. 1130 e 1131 c.c., e gli effetti sono indicati dall'art. 1133 c.c.;
- l'amministratore risponde anche verso soggetti diversi da coloro che gli hanno conferito l'incarico (ad esempio lo Stato, dal punto di vista fiscale, urbanistico, amministrativo, penale);
- l'amministratore rappresenta anche le persone che non l'hanno nominato (gli *assenti* ed i *dissenziati* alla sua delibera di nomina), e le persone che nemmeno conosce (quando la compagine condominiale muti con le vendite delle unità immobiliari);
- l'Amministratore può agire anche contro i condòmini quando cura l'osservanza del *regolamento* o richiede la riscossione dei contributi condominiali oppure infligge sanzioni pecuniarie oppure comunica i dati dei morosi;
- il compenso si presume oneroso ai sensi dell'art. 1709 c.c. mentre l'art. 1135, c. 1, c.c. continua ad indicare come "eventuale" compenso.

Ma il tradizionale accostamento della figura dell'amministratore al mandatario suscita molte perplessità anche laddove si consideri un altro aspetto della problematica: la caratteristica dell'attività del mandatario è quella di essere *eteroegolata* nel senso che la cooperazione del mandatario deve essere diretta ed orientata dalla volontà del mandante il quale è legittimato ad indicare le operazioni che devono essere svolte.

Ebbene, dall'esame della normativa è da escludere l'esistenza di una costante possibilità del *condominio-mandante* di orientare le scelte e l'attività del *cooperatore-amministratore*.

Abbiamo visto che l'art. 1130 c.c. prevede che l'attività dell'amministratore è esecutiva delle delibere assembleari manca però la previsione di un *generale* potere esercitabile dal gruppo dei condomini di indirizzare preventivamente l'attività dell'amministratore attraverso quel tipico strumento della disciplina del mandato è costituito dalle *istruzioni*.

Ed ecco allora la necessità di individuare un contratto non assimilabile al mandato, un contratto nuovo ma nello stesso tempo un contratto tipico in quanto disciplinato dalla legge.

Un contratto che sia tendenzialmente finalizzato al compimento di atti negoziali ma, cosa più importante, nel contempo assuma in sé anche rilevanti aspetti di attività materiale. E per fare questo occorre partire dall'assunto che l'attività dell'amministratore ha un contenuto composito tale da non poter essere soddisfatto né con atti rivolti esclusivamente verso le sfere giuridiche esterne né con un'attività carattere meramente tecnico interna al gruppo. L'amministratore svolge un'attività di coordinamento e di mediazione che si svolge necessariamente non soltanto nei confronti di soggetti esterni ma anche all'interno del gruppo, nei confronti dei suoi membri, ed eventualmente fra questi e altri organi del gruppo: un'attività in buona sostanza di *organizzazione* che non è sottoposta ad interferenze ad opera del soggetto titolare dell'interesse ne è ipotizzabile che questo soggetto (il condominio, i condòmini) sia legittimato ad avocarne a sé il compimento. Proprio perché c'è in gioco un interesse non meramente individuale l'ordinamento giuridico attribuisce poteri predeterminati all'amministratore a cui non si chiede di compiere una mera *attività gestoria* bensì un'attività di amministrazione in quanto soggetto munito di determinate cognizioni tecniche e professionali.

E peraltro si tratta di attività che non è né occasionale né contingente ed è tendenzialmente duratura e continuata nel tempo. Queste sono le caratteristiche che rendono l'amministratore di condominio una figura del tutto peculiare che si distingue sia dal *mandato* sia dal *rapporto di lavoro subordinato*, figure queste ultime che sono contraddistinte dal preminente potere del *dominus* di impartire ordini ed istruzioni cosa che invece non si rinviene per l'amministratore.

Con un contratto simile sarebbe possibile così dirimere a monte situazioni e questioni su cui vi sono incertezze interpretative:

- la possibilità di esperire da parte dell'Amministratore azioni reali a difesa delle parti comuni senza autorizzazione dell'assemblea;
- il potere di stipulare contratti e selezionare i contraenti;
- il riconoscimento di un potere di spesa fissando la relativa soglia, per gli interventi di manutenzione straordinaria non urgenti che per legge non potrebbe disporre;
- l'importo di una penale pecuniaria nei casi di recesso/revoca del Condominio senza giusta causa;
- il compenso in caso di protrazione del rapporto (o meglio di adempimenti successivi urgenti) dopo la scadenza;
- la durata dell'incarico.

Non si tratta di scardinare il tipo contrattuale del mandato ma prendere atto il mandato è un tipo negoziale con un bassissimo tasso di definizione e ad elevata elasticità. Un contratto dove, per essere riempito di contenuti, appare decisiva la natura della prestazione del mandatario.

C'è, è ovvio, un nucleo fondamentale che consiste nel compimento di atti giuridici per conto altrui ma è un nucleo talmente impalpabile da rendere perfettamente compatibile qualsiasi deroga pattizia al contenuto tipico del contratto. Una tale inconsistenza ha fatto emergere la posizione del prof. De Nova nel 1974 il quale sottolineò il carattere recessivo del contratto di mandato subito respinta, questa impostazione, da chi individuava proprio nella plasticità e nella duttilità di questo tipo negoziale la sua capacità di accogliere più evoluti tipi contrattuali emergenti dalla pratica commerciale e professionale.

In questa prospettiva ben può inserirsi il *contratto d'opera professionale* il cui oggetto è rappresentato dall'esecuzione di una prestazione di carattere intellettuale. Si tratta di un contratto sinallagmatico di scambio, tendenzialmente oneroso, consensuale ad effetti obbligatori in cui *un contraente si obbliga a compiere una prestazione d'opera intellettuale ed il cliente è tenuto a corrispondere il compenso*. Si tratta di un'attività intellettuale che non preclude, ovviamente, delle accessorie obbligazioni di mandato.

È allora ipotizzabile operare un ribaltamento ricostruttivo, è possibile cioè configurare un nuovo contratto passando attraverso un contratto di prestazione intellettuale con accessorie obbligazioni di mandato?

In punta di piedi forse appare più conforme all'attività dell'amministratore il contratto di prestazione d'opera intellettuale. Anche perchè l'art. 2229 c.c. (che apre il Capo dedicato alle professioni intellettuali) non offre alcuna definizione di *professione intellettuale* e neppure la legislazione speciale si occupa di colmare questa indeterminatezza. E se il termine *professione* è meramente descrittivo e polivalente, anche il sostantivo *intellettuale* è estremamente ambiguo. Insieme non offrono elementi individualizzanti ai fini della definizione della prestazione d'opera intellettuale. Una indeterminatezza ha portato a valorizzare ora la *professionalità* e cioè la continuità e la stabilità dell'attività del soggetto o comunque la non occasionalità ora la *natura intellettuale* che si concretizza nell'autonomia e nella libertà nella scelta dei mezzi;

ora la *natura personale* della prestazione in un'ottica volta ad evidenziare la relazione fiduciaria che si instaura nell'ambito del rapporto; ora *l'assenza del rischio del risultato* in ragione della configurazione della prestazione professionale come *obbligazioni di mezzi*. È comunque opinione diffusa e condivisa che non sia affatto rilevante una nozione esclusivamente formale di professione intellettuale disancorata dal riferimento al contenuto delle attività nelle quali essa si sostanzia.

Sotto questo punto di vista, dunque, anche lo schema della contratto di prestazione professionale si presta ad essere utilizzato per i fini che ci proponiamo.

Si è detto che tale contratto, sarebbe protetto da disposizioni inderogabili come quelli dell'esecuzione personale e della retribuzione adeguata al decoro professionale. Ma questi sono principi inderogabili per le professioni protette non per quelle non protette. Gli esercenti le professioni non protette non debbono necessariamente regolare il loro rapporto con il cliente

secondo lo schema del contratto d'opera intellettuale ma *“possono fruire di una maggiore libertà contrattuale, possono ritenersi liberi di adottare altri schemi contrattuali non importa se implicanti una spersonalizzazione della prestazione e una retribuzione determinata secondo criteri mercantili; liberi in particolare di scegliere le forme giuridiche del contratto d'appalto, svincolate tanto dal principio dell'esecuzione personale della prestazione quanto da quello della determinazione autoritativa del corrispettivo”* (Galvano, 2004 *Trattato di dir. civ. e comm.*).

Certo è che rispetto al codice civile del 1942 il contratto d'opera intellettuale è rimasto pressoché invariato mentre è mutato profondamente il contesto economico e sociale in cui si cala questa disciplina. Basta pensare al Trattato dell'unione europea e alle fonti comunitarie derivate in materia di concorrenza che hanno operato una sistematica decostruzione e deformalizzazione della categoria delle professioni intellettuali.

Forse l'importanza di questo contratto sta negli obblighi di informazione configurabili in capo al professionista. Sono obblighi che assumono rilievo in ragione della funzione integrativa che viene assolta dalla *buona fede* in questo tipo contrattuale (che si aggiungono agli obblighi di protezione o di sicurezza) e che si profilano come autonomi rispetto all'obbligo primario di prestazione.

Questo si traduce, in caso di violazione di questi obblighi, nel riconoscimento di una tutela ai sensi dell'art. 1218 c.c. svincolata dall'inadempimento all'obbligo primario di prestazione. Una violazione degli obblighi di informazione nei contratti di prestazione d'opera professionale è attratta alla disciplina dell'inadempimento e può essere azionata autonomamente rispetto a quella concernente l'inadempimento dell'obbligo di prestazione. Sono obblighi che sorgono in funzione di un interesse distinto da quello della prestazione in quanto concernente aspetti non dedotti in obbligazione ma suscettibili di pregiudizio a causa o in occasione dello svolgimento del rapporto professionale.

La *buona fede* assume un ruolo del tutto peculiare in quanto consente di valorizzare obblighi in capo al professionista che vanno a riequilibrare il rapporto professionista-cliente *ab origine* squilibrato a causa dell'asimmetria culturale e informativa intercorrente tra i due soggetti contraenti.

Ora, una proposta di questo tipo, cioè la valorizzazione del *contratto di prestazione professionale intellettuale*, trova conforto nelle recenti leggi speciali.

Perché certamente il novero delle professioni intellettuali è aumentato considerevolmente con la Legge 14 gennaio 2013, n. 4 dove la professione è definita come *“attività economica, anche organizzata, volta alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, esercitata abitualmente e prevalentemente mediante lavoro intellettuale, o comunque con il concorso di questo, con esclusione delle attività riservate per legge a soggetti iscritti in albi o elenchi ai sensi dell'art. 2229 c.c.”*.

L'art. 1, comma 4, di tale legge specifica che *“l'esercizio della professione è libero e fondato sull'autonomia, sulle competenze e sull'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica, nel rispetto dei principi di buona fede, dell'affidamento del pubblico e della clientela, della correttezza,*



*dell'ampliamento e della specializzazione dell'offerta dei servizi, della responsabilità del professionista”.*

L'art. 2 aggiunge che *“Coloro che esercitano la professione di cui all'art. 1, comma 2, possono costituire associazioni a carattere professionale di natura privatistica, ... con il fine di valorizzare le competenze degli associati e garantire il rispetto delle regole deontologiche. Gli statuti e le clausole associative garantiscono ... l'osservanza dei principi deontologici”.*

L'art. 6 prosegue: *La qualificazione della prestazione professionale si basa sulla conformità della medesima a norme tecniche UNI.*

Questa legge ha rivoluzionato tutti i principi in materia di responsabilità professionale.

Innanzitutto ha specificato che laddove c'è professione c'è responsabilità creando una endiadi, un rinvio praticamente inscindibile: cioè non ci può essere attività professionale se non improntata al principio di responsabilità.

Poi indicando il *ruolo delle norme deontologiche* ai fini del giudizio di responsabilità: le norme deontologiche non sono più un criterio separato rispetto alla responsabilità civile ma diventano il contenuto della responsabilità civile.

Una responsabilità dove assume un ruolo preminente la distinzione fra le obbligazioni di risultato e le obbligazioni di mezzo (una categoria che sembra scomparsa ma che riappare periodicamente).

Nelle definizioni della dottrina le obbligazioni di mezzo sono quelle obbligazioni in cui la cooperazione del creditore consiste in un contegno regolato alla stregua deontologica della diligenza. Mentre invece le obbligazioni di risultato sono quelle volte ad un operato utile. Se manca questo risultato utile c'è inadempimento (Betti, *Teoria gen. delle obbl.*) che può essere superato dal debitore soltanto qualora ai sensi dell'art. 1218 c.c. possa dimostrare che l'inadempimento è stato dovuto impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Ora tutta la dottrina, unanimemente, ha affermato che questa distinzione non dovrebbe mai incidere sulla distribuzione dell'onere probatorio ma solamente sul contenuto della prova.

Le definizioni che troviamo in Bianca, Rescigno, Cannata indicano che la caratteristica obbligazioni di mezzo sarebbe quella in cui l'adempimento si esaurisce nella stessa diligenza.

La diligenza non è misura della prestazione, non è una regola che governa dall'esterno il contenuto della prestazione ma esaurisce il contenuto della prestazione stessa.

Di conseguenza che cos'è inadempimento? Di Majo dice che *inadempimento è agire negligente*. La differenza rispetto alle obbligazioni di risultato ovviamente non è che nelle obbligazioni di risultato non vi sia diligenza ma che la diligenza non esaurisce il contenuto della prestazione. Nelle obbligazioni di risultato la diligenza è finalizzata al conseguimento di uno scopo ultimo, spesso in una modificazione materiale della realtà.

Su questo tema non può non farsi riferimento alle sentenza delle SS.UU. 13533/2001: *In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera*

*allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento....Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento).*

Le sezioni unite dunque dicono che qualsiasi creditore non deve dare la prova dell'inadempimento del debitore della prestazione (sarebbe peraltro una prova di un fatto negativo). Chi chiede la risoluzione per inadempimento deve solamente allegare l'inadempimento altrui mentre deve essere il debitore a dare la prova. Portiamo questo principio nelle obbligazioni di carattere professionale che sono quelle in cui il contenuto della prestazione si sostanzia nel prestare *diligenza*. Il cliente che agisce nei confronti del professionista e che chiede la risoluzione per inadempimento in realtà non dovrà dimostrare l'agire negligente da parte del professionista perché ciò significherebbe gravarlo della prova dell'inadempimento che è quello che le sezioni unite non vogliono. Il creditore cliente dovrà semplicemente dimostrare la sussistenza del titolo e cioè del contratto, l'eventuale termine di scadenza e richiedere al professionista la prova del suo agire diligente.

Il rischio qual è, ed è facilmente intuibile. Se la diligenza diventa fatto costitutivo della pretesa del creditore cliente il giudice molto spesso chiede non solo l'allegazione di quale debba essere il comportamento diligente ma anche la prova che nella specie quella diligenza non è stata prestata. E se il giudice chiede la prova della diligenza siamo fuori dai binari della sentenza SS.UU. del 2001.

Qui poi si pone un problema che è a cavallo tra la civilistica e la processualcivilistica perché attiene al contenuto dell'atto di citazione. Se fosse richiesto all'attore di specificare l'oggetto della domanda secondo i criteri tecnici previsti dalle tecniche professionali noi chiederemo all'attore una completezza introduttiva tale da sobbarcarlo dell'onere di espletare una sorta di accertamento tecnico preventivo perché lo obbligherebbe ad usare una nomenclatura di tipo eminentemente tecnico che il cliente e che l'avvocato non sempre possiedono.

Su questo tema della diligenza si innesta poi un'altra grande problematica che attiene alle pronunce giurisprudenziali che spesso fanno confusione tra la prova dell'inadempimento e la prova del danno. Molto spesso viene contaminato il giudizio di responsabilità del professionista con nozioni, come per esempio quella del nesso di causalità, le quali non sono tipiche dell'affermazione della responsabilità per inadempimento ma sono nozioni tipiche del giudizio risarcitorio della sussistenza di un pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale.

Se le obbligazioni professionali fossero veramente obbligazioni di mezzi e si esaurissero in una prestazione di diligenza la mancata prestazione di diligenza dovrebbe automaticamente determinare un inadempimento. Non dovrebbe automaticamente determinare un danno. Ogni inadempimento non è sinonimico di danno ma lo è quando l'inadempimento determina un pregiudizio di tipo economico o di tipo morale ed esistenziale. Nell'applicazione

giurisprudenziale due temi si confondono e si finisce per escludere l'inadempimento quando in realtà non c'è un danno. In conclusione, se questo è il quadro in cui ci muoviamo, la diligenza professionale diventa un vero e proprio parametro valutativo dell'agire professionale.

Se in passato la diligenza professionale viveva di luce riflessa rispetto alla diligenza del buon padre di famiglia oggi la diligenza professionale si può dire riscattata da quel legame ancillare rispetto alla diligenza del *bonus pater familias*.

Oggi la diligenza diventa un criterio discretivo, un parametro per valutare la corretta esecuzione della prestazione facendo leva sul livello di rendimento tecnico oggettivamente esigibile sulla base delle regole tecniche messe a punto nei singoli settori.

Un sapere tecnico dove emerge una tendenza all'autodisciplina per codici deontologici che diventano delle vere e proprie fonti normative integrative del precetto legislativo.

Ho voluto dedicare l'ultima parte delle mie brevi riflessioni al tema della revoca del mandato ed al connesso problema del compenso professionale perché ho pensato che questo fosse un argomento in grado di sventare colpi di sonno dopo tre relazioni consecutive.

La facoltà di revoca è prevista per il mandante dall'art. 1723 c.c. ed è una evidente deroga al principio di vincolatività contrattuale consacrato nell'art. 1372 c.c.. Solitamente viene qualificata in termini di recesso. Peraltro è indicata l'efficacia non retroattiva di tale recesso nel senso che la revoca paralizza l'efficacia del rapporto per il futuro ma non è idonea ad incidere sull'attività gestoria eventualmente compiuta dal mandatario. Ciò a meno che non vi sia stato un inadempimento.

Ora nel caso del mandato oneroso la revoca senza giusta causa nel mandato a tempo determinato implica ai sensi dell'art. 1725 l'obbligo del mandante di reintegrare il mandatario del mancato guadagno. La giusta causa invece esonera il mandante dall'obbligo di indennizzare il mandatario per il pregiudizio che egli subisce dalla revoca. Questa giusta causa ha ovviamente natura oggettiva e deve essere riferita a fatti ascrivibili alla condotta del mandatario, alle sue eventuali negligenze, imperizie ecc.

Nel caso della prestazione intellettuale la norma di riferimento è l'art. 2233 c.c.. Sulla determinazione del compenso c'è un'evidente scelta affinché la determinazione avvenga ad opera dell'autonomia delle parti. C'è una gerarchia dove in primo luogo si dà rilievo alle *convenzioni* e poi alle *tariffe*, agli *usi* e poi la *determinazione del giudice*.

Qui si innesta il tema delle clausole contrattuali da apporre al contratto.

Desidero brevemente portare la testimonianza del contratto tipo elaborato da UNIONCAMERE alla cui predisposizione ho collaborato su incarico di ANACI Nazionale.

L'esempio che voglio portare è quello della clausola penale pecuniaria in caso di recesso prevista inizialmente nel contratto tipo che prevedeva:

*Art. 10- Revoca dell'incarico*

*In ogni tempo, l'Assemblea può deliberare la revoca dell'Amministratore, con le modalità previste per la sua nomina; tuttavia, ove la revoca intervenga prima della scadenza del termine contrattuale e non sia motivata da giusta causa, i Condòmini rispondono dei danni (artt. 1129, comma 11°, e 1723 cod.).*

*Questi sono quantificati in una penale pari ad euro \_\_\_\_\_, ma l'Amministratore conserva il diritto di provare ed esigere il maggior danno.*

In quella sede rilevammo che risulta sempre poco gradevole indicare somme per penali pecuniarie e che sarebbe stato più opportuno invece indicare un importo pari ad una percentuale delle mensilità residue fino alla prima scadenza contrattuale (es.: compenso annuale € 1.200,00 : 12 = € 100,00 x 8 mesi dal recesso alla prima scadenza annuale = € 800,00). In quel tavolo di lavoro proponemmo quale percentuale congrua il 40-50% delle mensilità residue.

Tale importo avrebbe dovuto agevolmente superare eventuali censure di vessatorietà per contrasto con l'art. 33, comma 2, lett. f), Codice del consumo che, come è noto, disciplina la vessatorietà delle clausole che impongono al consumatore, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente di importo manifestamente eccessivo.

Senonchè i giuristi presenti nel gruppo di lavoro sostennero che tale penale dovesse essere applicata anche nei confronti dell'amministratore per mezzo della seguente clausola:

*Art. 12 Rinuncia nel corso del mandato. L'Amministratore può rinunciare al mandato in qualsiasi momento; ma deve avere cura di non procurare danni al Condominio.*

*La rinuncia deve essere fatta secondo modalità tali da consentire al Condominio di provvedere altrimenti (art. 1727 cod. civ.).*

*Ove la rinuncia non sia motivata da giusta causa, risponde dei danni; in questo caso i danni sono quantificati in una penale pari ad .....euro equivalente a quella prevista dall'articolo 10. Allo stesso modo, il Condominio conserva la possibilità di provare ed esigere il maggior danno.*

A questa clausola ANACI osservò che, pur comprendendosi la ratio di osservare il principio generale di bilateralità delle clausole, principio presente in varie disposizioni dell'art. 33 Cod. cons., si ritiene inopportuna tale penale pecuniaria oltrechè, paradossalmente, controproducente per il Condominio.

La penale pecuniaria, infatti, potrebbe costituire un forte disincentivo per l'Amministratore che volesse interrompere (al di là delle ipotesi di giusta causa sempre molto difficili da dimostrare sotto il profilo probatorio) l'incarico assunto anche nei casi in cui ciò fosse fortemente auspicabile per il Condominio stesso. Si pensi al caso in cui l'Amministratore assuma l'incarico ma si avveda soltanto successivamente che la conflittualità condominiale è talmente esasperata da rendere impossibile o estremamente difficoltosa la gestione dell'immobile. Oppure al caso in cui, a causa della presenza in assemblea maggioranze volubili o di condòmini particolarmente veementi, si determini una situazione di ostruzionismo permanente nei confronti dell'operato dell'Amministratore. In casi di questo tipo (difficilmente catalogabili tra le giuste cause di recesso) prevedere una penale pecuniaria per l'Amministratore potrebbe determinare una situazione di forzosa prosecuzione dell'incarico in assenza di fiducia reciproca e, conseguentemente, una demotivazione del professionista con effetti perniciosi per la corretta amministrazione dello stabile.