

L'ABUSO DI POTERE DEL PREPONENTE NEL RAPPORTO DI AGENZIA

Cassazione civile, sez. lav., 2 maggio 2000, n. 5467 - Pres. Amirante - Rel. Giannantonio - P.M. Sepe (parz. diff.) - Noseda (Avv. Scognamiglio, Trifirò) c. Tipografia La Commerciale s.n.c. (Avv. Di Maio, Rosso, Marini)

Per ottenere il riconoscimento giudiziale del diritto alle provvigioni nei confronti del preponente, l'agente deve provare (tanto in virtù dell'applicazione dell'originario art. 1748 c.c., quanto della nuova disciplina risultante dall'attuazione della direttiva comunitaria 86/653/CE) la conclusione e l'esecuzione dei contratti che ha promosso.

Il potere di variazione territoriale, attribuito per contratto al preponente, non può essere esercitato al di là dei doveri di lealtà e buona fede, costituendo altrimenti tale esercizio un abuso di potere atto a consentire il recesso per giusta causa da parte dell'agente.

(Massime non ufficiali)

...Omissis...

Motivi della decisione

Con il primo motivo il ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 115, 116 e 437 c.p.c. e dell'art. 1748 c.c.; denuncia, inoltre, il vizio di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia.

Lamenta che il Tribunale abbia erroneamente ritenuto che il ricorrente non avesse diritto alle provvigioni richieste in quanto non aveva provato che agli ordini fosse seguita l'accettazione da parte della società preponente e l'esecuzione dell'ordine e il pagamento del dovuto da parte del cliente.

In particolare, ad avviso del ricorrente, il Tribunale non avrebbe tenuto presente che l'agente, una volta prodotti tutti gli ordini di inserzione pubblicitaria dallo stesso raccolti, aveva adempiuto all'onere probatorio secondo quanto previsto dal punto 1 delle condizioni generali di contratto poste sul retro di ogni ordine di inserzione pubblicitaria; e che, in base alla stessa norma contrattuale, la società preponente avrebbe dovuto dimostrare la sua mancata accettazione e l'inedempimento del cliente.

Il motivo è infondato.

Nel nostro ordinamento, prima dell'intervento della direttiva comunitaria del 18 dicembre 1986 sugli agenti di commercio indipendenti e delle due leggi italiane di attuazione (decreto legislati-

vo 10 settembre 1991 n. 303; decreto legislativo 15 febbraio 1999 n. 65), l'agente aveva diritto alla provvigione solo per gli affari che avevano avuto regolare esecuzione (art. 1748, primo comma c. c.) e per gli affari che non avevano avuto esecuzione per causa imputabile al preponente (art. 1749 c. c.). Se l'affare aveva avuto esecuzione parziale, la provvigione spettava all'agente in proporzione della parte eseguita (art. 1748, comma 1, c. c.).

In base alla norma, così come era formulata prima dell'attuazione della direttiva, giurisprudenza e dottrina avevano tradizionalmente ritenuto che l'agente acquistava il diritto alla provvigione non nel momento in cui aveva svolto l'attività di promozione del contratto, ma solo quando questo era stato accettato dalle parti e aveva avuto regolare esecuzione, ovvero, come meglio si esprime la normativa collettiva, era andato a buon fine. Promozione del contratto, conclusione del contratto e esecuzione del contratto erano dunque i tre fatti giuridici costitutivi del diritto dell'agente alla provvigione. Prima del verificarsi di questa triplice condizione l'agente non poteva vantare alcun diritto, ma era titolare di una mera aspettativa. Ciò dava luogo a inconvenienti di non poco rilievo. Tra l'altro l'agente, prima del verificarsi del buon fine dell'affare, non poteva disporre della provvigione se non come cessione di un credito futuro; e, nel caso di fallimento del preponente non poteva insinuare il suo credito nel passivo del fallimento.

La disciplina presentava, inoltre, gravi inconvenienti anche sul piano probatorio. L'onere dell'agente di dimostrare la conclusione e il buon fine degli affari si rivelava difficile e gravoso, specie nel caso in cui il preponente avesse stipulato affari diretti nella zona dell'agente, ovvero non avesse comunicato all'agente il buon fine degli affari da lui promossi. In tali casi l'agente non aveva altro mezzo, per accertare la conclusione e il buon fine degli affari, che richiedere l'esibizione delle scritture contabili del preponente e una consulenza tecnica sulle stesse; mezzi che alcune decisioni giurisprudenziali avevano ritenuto che non potessero essere richiesti non avendo il preponente alcun obbligo di esibizione e non costituendo la consulenza tecnica mezzo di prova (Cass. 6 febbraio 1976 n. 413; Cass. 8 ottobre 1983 n. 5849; in senso contrario Cass. 14 febbraio 1980 n. 1058; Cass. 26 ottobre 1983 n. 6323; Cass. 7 aprile 1987 n. 3351; Cass. 31 marzo 1990 n. 2629; Cass. 27 febbraio 1995 n. 2250; Cass. 2 ottobre 1998 n. 9802; Cass. 9 ottobre 1998 n. 10063).

G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

1029

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 8/2000



La disciplina così descritta è stata profondamente modificata dalla legge 15 febbraio 1999 n. 65 di attuazione della Direttiva europea in materia di agenzia. Quest'ultima, infatti, prevedeva che le leggi nazionali avrebbero potuto disporre che l'agente acquistava il diritto alla provvigione nel momento e nella misura in cui si verificava uno dei casi seguenti: - a) il preponente aveva eseguito l'operazione; - b) il preponente avrebbe dovuto eseguire l'operazione in virtù dell'accordo concluso con il terzo; - c) il terzo aveva eseguito l'operazione (art. 10 n. 1 della direttiva). La stessa direttiva aggiungeva che la provvigione si acquisiva al più tardi quando il terzo aveva eseguito la sua parte dell'operazione o avrebbe dovuto eseguirla qualora il preponente avesse eseguito la sua (art. 10 n. 2 della direttiva).

In sostanza la direttiva lasciava agli Stati membri una facoltà di scelta tra varie ipotesi. E, in base a tale facoltà la legge italiana del 15 febbraio 1999 n. 65 di attuazione della direttiva ha stabilito che per tutti gli affari conclusi durante il contratto l'agente ha diritto alla provvigione quando l'operazione è stata conclusa per effetto del suo intervento (art. 3 della legge che ha così modificato l'art. 1748, comma 1 c.c.). Salvo che sia diversamente pattuito, la provvigione spetta all'agente dal momento e nella misura in cui il preponente ha eseguito, o avrebbe dovuto eseguire, la prestazione in base al contratto concluso con il terzo. La provvigione spetta all'agente, al più tardi, inderogabilmente dal momento e nella misura in cui il terzo ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire, la prestazione qualora il preponente avesse eseguito la prestazione a suo carico (art. 3 della legge che ha così modificato l'art. 1748, comma 4, c.c.).

In tal modo la legge, sulla falsariga del modello tedesco, ha distinto tra il momento di acquisizione della provvigione e il momento di esigibilità della provvigione già acquisita. Il momento di acquisizione è il momento in cui l'operazione promossa dall'agente è stata conclusa tra le parti; il momento di esigibilità è il momento in cui il preponente ha eseguito, o avrebbe dovuto eseguire, la prestazione.

Nella nuova disciplina giuridica, dunque, il fatto costitutivo della provvigione è la conclusione del contratto. Questa genera non una semplice aspettativa, come nella disciplina precedente, ma un diritto di credito vero e proprio, anche se non esigibile: un diritto che può essere ceduto e permette l'insinuazione nel passivo del fallimento del preponente. Condizione di esigibilità è invece l'esecuzione del contratto da parte del preponente: la provvigione è esigibile nel momento e nella misura in cui il preponente ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione. Non è quindi necessaria la prova del buon fine dell'affare e cioè, in sostanza, dal pagamento del prezzo da parte del cliente.

Per quanto riguarda poi la prova del verificarsi

dei fatti ai quali è subordinata la nascita o l'esigibilità del diritto dell'agente alla provvigione, la legge dispone che il preponente deve informare l'agente entro un termine ragionevole dell'accettazione o del rifiuto e della mancata esecuzione di un affare procuratogli; che gli deve consegnare un estratto conto delle provvigioni dovute al più tardi l'ultimo giorno del mese successivo al trimestre nel corso del quale esse sono maturate; e che l'agente ha diritto di esigere che gli siano fornite tutte le informazioni necessarie per verificare l'importo delle provvigioni liquidate e, in particolare, un estratto dei libri contabili (art. 4 della legge che ha così modificato l'art. 1749 c.c.).

Indubbiamente, quindi, le leggi di attuazione della direttiva comunitaria prevedono una disciplina di maggior tutela del diritto alle provvigioni da parte dell'agente sia per quanto riguarda il momento genetico, sia in merito all'onere probatorio. Tuttavia anche nella nuova disciplina l'agente, a prescindere dalla sua applicabilità o meno al rapporto in esame, ha l'onere di provare, se non la esecuzione del contratto da parte del terzo, la conclusione del contratto e di specificare, nel caso di una pluralità di contratti promossi, quali siano stati i contratti conclusi e per quale ammontare. La nuova disciplina, in sostanza non solleva l'agente dall'onere di precisare i fatti e di provare i fatti costitutivi del suo diritto alla provvigione, la conclusione tra le parti dei contratti da lui promossi. Come ha già affermato questa Corte, la domanda di pagamento della provvigione è inammissibile qualora non siano indicate le generalità del soggetto con il quale è stato concluso l'affare, la data, il luogo e l'oggetto del contratto, nonché il relativo importo e il corrispettivo di fatto versato; e la carenza non può dirsi superata per effetto della richiesta da parte dell'attore di generica prova testimoniale (Cass. 4 aprile 1987, n. 3298).

Nel caso in esame l'agente non ha in alcun modo provato, e non ha neppure precisato quali fossero i contratti conclusi e per quale ammontare, ma ha sostenuto che l'onere della prova della conclusione e dell'esecuzione dei contratti promossi spettava alla società preponente. Ha cioè sostenuto una tesi che è in contrasto non solo con la disciplina originaria dell'art. 1748 c.c., ma anche con la nuova formulazione che di essa ha dato la legge di attuazione della direttiva comunitaria. Deve pertanto essere confermata la decisione del tribunale sul punto.

D'altra parte non può ritenersi, come pure sostiene il ricorrente, che una volta prodotti tutti gli ordini di inserzione pubblicitaria raccolti, l'agente aveva adempiuto all'onere probatorio; e ciò in quanto, in base al punto 1 delle condizioni generali di contratto poste sul retro di ogni ordine di inserzione pubblicitaria, il contratto doveva ritenersi concluso nel momento in cui lo stesso era portato a conoscenza dell'editore, a meno che quest'ultimo lo disapprovasse per iscritto a mez-



zo di lettera raccomandata da inviare entro 30 giorni dalla ricezione della proposta.

Difatti, a parte la questione circa il momento in cui sono stati prodotti gli ordini cui fa riferimento il ricorrente (e cioè se siano stati prodotti ritualmente dinanzi al Pretore o irritualmente con il deposito dell'atto di appello), è certo che la clausola invocata dal ricorrente attiene alla conclusione del contratto e non riguarda l'obbligo dell'agente di provare il buon esito dell'affare così come previsto dall'art. 1749 c.c. e non determina neppure una inversione dell'onere probatorio a carico della società proponente.

Con il secondo motivo il ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. e degli artt. 1362, 1363, 1366, 1368 e 2119 c.c.. Denuncia, inoltre, il vizio di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia. Lamenta che il Tribunale abbia erroneamente respinto la domanda relativa al pagamento della indennità sostitutiva del preavviso.

In particolare il tribunale non avrebbe tenuto presente che il contratto di agenzia non prevedeva la facoltà del preponente di restringere la zona; che pertanto il recesso dell'agente era avvenuto per giusta causa a seguito dell'arbitraria riduzione della zona da parte della società; che di conseguenza l'agente aveva diritto all'indennità di preavviso prevista dagli artt. 2118 e 2119 c.c.

Il motivo è fondato.

Come è noto, l'agente è un lavoratore autonomo in quanto esplica autonomamente la propria attività e si assume il rischio del risultato di essa.

Si distingue così dal lavoratore subordinato che svolge la sua attività alle dipendenze del datore di lavoro e a lui trasferisce il rischio e le utilità del risultato, ottenendo come corrispettivo la sicurezza della retribuzione. (Cass. 10 gennaio 1996 n. 111).

La natura autonoma del rapporto di lavoro dell'agente fa sì che ad esso non si applichino le norme e gli istituti propri del rapporto di lavoro subordinato; e ciò anche nel caso in cui l'attività dell'agenzia sia svolta in misura prevalente dall'agente personalmente o con la collaborazione dei membri della sua famiglia.

L'autonomia è dunque carattere essenziale dell'agente, ma non è sempre uguale per tutti. Può andare, infatti, dall'autonomia assoluta di alcune grandi imprese di agenzia alla autonomia limitata del piccolo agente che svolge la sua attività personalmente e spesso è costretto all'osservanza di istruzioni, anche molto dettagliate, del preponente. Si è sentita, quindi, la necessità di distinguere gli agenti che esplicano attività prevalentemente personale dagli altri, li si è qualificati come lavoratori parasubordinati e si è tentato di estendere ad essi le norme poste a tutela dei lavoratori subordinati.

La figura ha avuto un certo riconoscimento da parte del legislatore che, con la legge 11 agosto 1973 n. 533, ha modificato l'art. 409 c.p.c. esten-

dendo il rito del lavoro a tutti i rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale e a tutti gli altri rapporti di collaborazione che si concretano in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato.

Tuttavia la figura dell'agente para-subordinato non è stata accolta nel nostro ordinamento se non a livello processuale e ad esso non sono applicabili le norme sostanziali che disciplinano il rapporto di lavoro subordinato.

In particolare è stato osservato che la norma è di rilievo meramente processuale e non sostanziale. Con essa infatti si è ritenuto meritevole di particolare tutela processuale chi svolge in determinate condizioni un'attività lavorativa di carattere autonomo, ma non si è voluto per questo spingere il lavoro autonomo, in particolare quello dell'agente di commercio, nel campo del lavoro subordinato, né ad esso estendere altre disposizioni del diritto del lavoro. Ed è stato osservato come la normativa comunitaria tenda nell'opposto senso di riaffermare l'autonomia dell'agente di commercio.

D'altra parte il fatto che il rapporto di lavoro parasubordinato dell'agente sia soggetto alla disciplina del lavoro autonomo non significa che il legislatore non possa disporre l'estensione ad esso e, più in generale, al lavoro autonomo di uno specifico istituto proprio del lavoro subordinato; e non impedisce che alcuni istituti, previsti e regolati nelle norme sul lavoro subordinato, possano essere applicati anche al lavoro autonomo, quando ricorrano comuni esigenze di disciplina.

Difatti la giurisprudenza di questa Corte ha ritenuto applicabile all'agente l'istituto del recesso per giusta causa previsto dall'art. 2119 c.c. per il rapporto di lavoro subordinato (Cass. 14 aprile 1975 n. 1340; Cass. 30 gennaio 1989 n. 57; Cass. 27 febbraio 1989 n. 107; Cass. 6 aprile 1990 n. 2879; Cass. 23 aprile 1991 n. 4381); si tratta, come è stato osservato da parte di autorevole dottrina, di un'applicazione non tanto di istituti propri del rapporto di lavoro subordinato, ma di principi generali comuni a tutti i casi di recesso da rapporti continuativi.

Deve quindi essere considerata erronea la sentenza del tribunale nella parte in cui dubita «della applicabilità o meno dell'art. 2119 c. c. al di fuori dell'area del lavoro dipendente».

Neppure può essere ritenuta esatta la sentenza del tribunale nella parte in cui ha ritenuto che, in ogni caso, l'agente non potesse far valere la giusta causa di recesso in quanto le parti avevano stabilito contrattualmente la facoltà per il preponente di restringere la zona e di ridurre la percentuale delle provvigioni e avevano previsto espressamente che l'agente aveva diritto di libero recesso entro un termine ristretto.

Al riguardo è necessario osservare che il contratto di agenzia dà luogo a un rapporto di durata e che le parti possono prevedere la possibilità di modificare le clausole contrattuali allo scopo di

G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

1031

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 8/2000



meglio adeguare il rapporto in relazione alle esigenze delle parti, così come si sono modificate durante il decorso del tempo.

È necessario tuttavia che il potere unilaterale di modifica così concesso abbia dei limiti in modo da non escludere la forza vincolante del contratto nei confronti di una delle parti contraenti; ed è anche necessario che il potere così delimitato sia esercitato dal titolare con l'osservanza dei principi di correttezza e di buona fede.

Di conseguenza questa Corte ha già affermato che è nulla la clausola del contratto di agenzia con la quale il preponente si riserva la possibilità di sottrarre all'agente un numero indefinito di clienti senza riconoscergli provvigioni o spese (Cass. 20 maggio 1997 n. 4504); e che è parimenti nulla per indeterminatezza dell'oggetto, a norma degli artt. 1346 e 1418 c.c., la clausola di un contratto di agenzia che attribuisca al preponente l'illimitata facoltà, col solo onere del preavviso, di modificare unilateralmente le tariffe provvigionali (Cass. 8 novembre 1997, n. 11003).

È possibile quindi attribuire alla società preponente il potere di ridurre l'ambito territoriale o anche l'entità delle provvigioni; è necessario tuttavia che questo potere abbia determinati limiti e sia esercitato correttamente e in buona fede in modo da adeguare le condizioni del rapporto alla nuova situazione delle parti.

Ciò significa che l'agente può far valere la giusta causa di recesso dal rapporto quando la società preponente abbia esercitato il potere di riduzione dell'ambito territoriale a lei contrattualmente concesso in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza.

Nel caso in esame è vero che l'art. 3 del contratto di agenzia stipulato tra le parti prevede la facoltà della società preponente «di restringere (o di allargare) i limiti di zona in qualunque mo-

mento, con preavviso di almeno tre mesi, quando a suo insindacabile giudizio tale provvedimento appaia opportuno in relazione all'andamento delle vendite o ad altre esigenze collegate a scelte imprenditoriali da valutarsi al momento»; tuttavia il tribunale non ha esaminato se la società abbia esercitato questo potere al di là dei doveri di lealtà e di buona fede, insiti nel carattere fiduciario del contratto di agenzia, contenuti negli artt. 3 e 4 della direttiva e affermati in tutte le legislazioni europee e in quella italiana (art. 1749 c. c.).

Difatti la società preponente ha ridotto la zona territoriale riservata all'agente, inizialmente corrispondente a tutto il territorio nazionale, al solo Comune di Milano: cioè a un solo cliente che, tra l'altro, potendo ricorrere alla pubblicazione denominata Pagine Gialle per la Città di Milano, non è interessato all'attività di inserzioni pubblicitarie previste dal contratto di agenzia.

Il tribunale avrebbe dovuto quindi accertare se la società abbia esercitato il suo potere di variazione territoriale in modo così ampio da svuotare il contenuto stesso del contratto e da giustificare il recesso per giusta causa da parte dell'agente. Questi, in effetti, si duole non dell'esistenza della clausola e del fatto che la società abbia utilizzato il potere a lei concesso, ma dell'abuso che la società ha compiuto di tale potere; un potere esercitato non per adeguare il contratto alle nuove esigenze determinate dal decorso del tempo, ma per impedire all'agente una attività che giustificasse il suo impegno.

Il motivo deve pertanto essere accolto e la causa va rinviata al giudice del merito che provvederà sulla domanda relativa al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso accertando se vi sia stato o meno un recesso per giusta causa da parte dell'agente a seguito dell'abuso del potere di variazione territoriale da parte della società.

...*Omissis*...

IL COMMENTO

di Francesco Di Ciommo

Contratti di durata e clausole di adeguamento

I c.d. contratti di durata normalmente contengono clausole di adeguamento del rapporto, che consentono ad una, ovvero ad entrambe le parti, di modificare le condizioni pattuite al fine di rendere l'accordo sempre attuale e conseguentemente funzionale alla migliore soddisfazione reciproca (1). Il pregio di tali clausole è indiscusso (2). Esse permettono di concludere contratti destinati ad avere esecuzione continuata, periodica o differita, senza subire il rischio che, al variare delle circostanze che influiscono sullo svolgimento del rapporto, l'utilità dell'operazione diminuisca o, addirittura, svanisca, rendendo il contratto inefficiente.

Del resto, lo stesso codice civile, agli artt. 1467 e 1468, fornisce rimedi generali volti ad evitare che si verifichi il rischio ora prospettato. Mentre, tuttavia, le norme codicistiche consentono alla parte di chiedere unicamente la risoluzione (pri-

Note:

(1) Sulla questione, diffusamente, F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

(2) Per adattare un contratto al mutamento di determinate condizioni necessitano regole flessibili. Le regole formali, in quanto per lo più rigide, non possono governare in modo soddisfacente i rapporti - sia privati che commerciali - tra individui, ed è per questo che le parti di un contratto di lungo periodo preferiscono affidarsi ad espedienti informali o a clausole elastiche. In questi termini, R. Cooter - U. Mattei - P.G. Monateri - R. Pardolesi - T. Ulen, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999, 240.



va di effetti retroattivi) del contratto (3) - e ciò è ammesso soltanto nel caso in cui la prestazione a suo carico sia «divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevisibili» (4), e sempre che tale sopravvenuta onerosità non rientri nell'alea normale del contratto -; le clausole in parola permettono di modificare, anche unilateralmente, il contenuto dell'accordo nel corso della sua esecuzione, spesso senza che sia necessario dimostrare esigenze sopravvenute, e senza che in alcun modo rilevi la valutazione dell'alea insita nel contratto.

Può accadere, infatti, che *ex contractu* venga riconosciuta ad entrambe le parti - ovvero, più verosimilmente, che la parte contrattualmente più forte riesca a farsi riconoscere - il diritto potestativo di modificare le condizioni che regolano il rapporto. A fronte di tale attribuzione la controparte si viene a trovare in una situazione di mera soggezione.

L'ipotesi ora tratteggiata trova precipua estrinsecazione nella fattispecie in rassegna, nella quale assume particolare rilievo, in relazione al motivo più importante di ricorso, una clausola di un contratto di agenzia e l'esercizio del potere da essa derivante.

Più precisamente, nel caso di specie, l'art. 3 del contratto tra agente e preponente prevedeva la facoltà di quest'ultimo di «restringere (o di allargare) i limiti di zona in qualunque momento, con preavviso di almeno tre mesi, quando a suo insindacabile giudizio tale provvedimento appaia opportuno in relazione all'andamento delle vendite o ad altre esigenze collegate a scelte imprenditoriali da valutarsi al momento». Nel passo più pregnante della sentenza in rassegna si afferma che detta clausola non consentiva al preponente di variare a suo piacimento l'efficacia territoriale del contratto, in quanto nell'esercizio di tale potere egli doveva pur sempre attenersi ai principi di «lealtà e buona fede».

Secondo quanto affermato dal ricorrente, il preponente, incurante di tale limite, aveva ridotto le percentuali a favore dell'agente (dal 45 al 35%), nonché l'ambito geografico di operatività del contratto (l'attività, prima prevista per tutta l'Italia, era ristretta al solo comune di Milano), del tutto arbitrariamente ed in malafede, manifestando un atteggiamento ostruzionistico ingiustificato a fronte degli «ottimi risultati» sino a quel momento conseguiti. Per tali motivi, l'agente esercitava il diritto di recesso per giusta causa previsto dall'art. 2119 c.c. ed agiva in giudizio per ottenere la relativa indennità di preavviso. La domanda veniva respinta in primo e secondo grado.

L'odierna pronuncia, al contrario, accoglie sul punto le lagnanze attoree e cassa la sentenza impugnata per aver dubitato dell'applicabilità dell'articolo 2119 al di fuori dell'area del lavoro dipendente (5), e per non aver accertato se il proponente avesse «esercitato il potere di variazione territoriale in modo così ampio da svuotare il contenuto stesso del contratto e da giustificare il

recesso per giusta causa da parte dell'agente», in virtù della considerazione, non condivisibile, per cui «le parti avevano stabilito contrattualmente la facoltà per il preponente di restringere la zona e di ridurre la percentuale delle provvigioni e avevano previsto espressamente che l'agente aveva diritto al libero recesso entro un termine ristretto», il che - a detta del tribunale meneghino - avrebbe impedito comunque di applicare l'articolo da ultimo citato.

Buon esito dell'affare e *onus probandi*

Prima di approfondire la questione concernente l'abuso del diritto potestativo del preponente, occorre soffermarsi brevemente su una diversa questione su cui la sentenza in rassegna fa luce.

Con il primo motivo di ricorso, viene impugnata la pronuncia del Tribunale di Milano nella parte in cui ha ritenuto che «il ricorrente non avesse diritto alle provvigioni richieste in quanto non aveva provato che agli ordini fosse seguita l'accettazione da parte della società preponente, l'esecuzione dell'ordine e il pagamento del dovuto da parte del cliente».

In particolare, l'agente ritiene che non sia stato

Note:

(3) La modifica delle condizioni del contratto non può essere domandata al giudice dalla parte la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa, mentre può essere proposta dalla controparte, la quale in tal modo riesce a paralizzare l'azione e ad evitare la risoluzione del contratto (art. 1467, comma 3). Sui criteri cui il giudice deve attenersi per valutare l'idoneità dell'offerta ad eliminare lo squilibrio, v. Cass. 8 settembre 1998, n. 8857, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 528. Sulla possibilità dell'adeguamento giudiziale del contratto, si registrano in dottrina voci discordanti: favorevole ad un obbligo di rinegoziazione e ad un controllo giudiziale più intenso Macario, cit., 264-312; *contra* Cooter - U. Mattei - P.G. Monateri - R. Pardolesi - T. Ulen, cit., 285; cfr. R. Pardolesi, *Consensual Variation of Contracts*, in *Italian National Reports to the XII International Congress of Comparative Law - Sidney 1986*, Milano, 1986, 87.

(4) Per un'affascinante riflessione sui requisiti di cui all'art. 1467, v. R. Pardolesi, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, nota a Cass. 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, 2132.

(5) Sull'applicabilità dell'art. 2119 ai rapporti di agenzia ed a tutti i rapporti di collaborazione che consistono in attività continuative e coordinate, prevalentemente personali, a servizio di altri, anche se non a carattere subordinato, la giurisprudenza di legittimità, atteso il carattere fiduciario che contraddistingue detti rapporti, non manifesta dubbi. Così, *ex ceteris*, da ultimo, Cass. 5 novembre 1997, n. 10852, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Agenzia*, n. 25; 15 novembre 1997, n. 11376, *ibid.*, n. 24; 14 gennaio 1999, n. 368, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce cit., n. 8; 1° febbraio 1999, n. 845, *ibid.*, n. 12; 20 aprile 1999, n. 3898, *ibid.*, n. 15. Più criptica la pronuncia del 18 marzo 1993, n. 3221, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 570, con nota di Rossi, che sembra prestare il fianco alla conclusione cui è pervenuto il Tribunale di Milano nella sentenza oggi cassata. Nello stesso senso la decisione 9 aprile 1992, n. 4337, in *Arch. civ.*, 1992, 1059.

Per la giurisprudenza di merito conforme al prevalente orientamento di legittimità, v. *ex ceteris* Trib. Firenze 9 settembre 1996, in *Toscana giur.*, 1997, 195; e App. Perugia 9 luglio 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1994, 605, con nota di Gatti. Cfr. Trib. Torino 25 febbraio 1995, in *Giur. piemontese*, 1995, 38.



preso nella debita considerazione il «punto 1» delle condizioni generali di contratto poste sul retro di ogni ordine di inserzione pubblicitaria, a tenore del quale «il contratto doveva ritenersi concluso nel momento in cui lo stesso era portato a conoscenza dell'editore, a meno che quest'ultimo lo disapprovasse per iscritto a mezzo di lettera raccomandata da inviare entro 30 giorni dalla ricezione della proposta». In virtù di tale previsione, il ricorrente chiede che - in assenza dell'esibizione, da parte della società convenuta, delle raccomandate di disapprovazione - basti a provare la conclusione del contratto il fatto (dimostrato in giudizio) che egli aveva portato a conoscenza dell'editore i contratti su cui vi è causa.

La Cassazione, nel dichiarare infondato tale primo motivo, svolge due diverse riflessioni. La prima, volta a chiarire, attraverso un'indagine diacronica della normativa positiva e della sua interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, l'evoluzione della disciplina giuridica dei rapporti tra agente e preponente. La seconda, diretta a rilevare come la clausola delle condizioni generali di contratto invocata dal ricorrente si riferisca alla sola conclusione del contratto tra preponente e terzo, e non riguardi, dunque, l'obbligo dell'agente di provare il buon esito dell'affare (obbligo risultante dal combinato disposto degli artt. 1748 e 2697 c.c.); ragion per cui essa non risulta adatta a determinare l'inversione dell'onere probatorio a carico della società preponente. Le considerazioni svolte dalla Suprema corte appaiono condivisibili.

Tornando alla prima questione, *id est* quella relativa alla disciplina positiva dei rapporti tra agente e preponente, mette ulteriormente conto rilevare come la Cassazione abbia evitato di svolgere il non facile sindacato relativo all'applicabilità della direttiva 86/653/Cee del Consiglio, data 18 dicembre 1986, a fatti che si sono svolti prima della sua attuazione in Italia (6), affermando che le novelle al codice civile, attuative della citata direttiva (7), non hanno influito significativamente sul punto controverso, in quanto l'art. 1748 c.c., sia nella versione originaria, che nella versione attuale, pone a carico dell'agente l'onere di dimostrare il buon fine dell'affare.

L'affermazione va senz'altro condivisa sulla base di alcune brevi considerazioni. In particolare, vien qui in rilievo la portata dell'art. 1479, comma 1, c.c., ai sensi del quale il preponente è tenuto a consegnare all'agente l'estratto conto delle provvigioni dovute, nonché a mettere a disposizione dello stesso la documentazione e le informazioni necessarie all'esecuzione del contratto. Il preponente deve inoltre rendere edotto l'agente, entro un termine ragionevole, circa l'accettazione, il rifiuto o la mancata esecuzione di un affare procurato. In aggiunta, all'agente viene espressamente riconosciuto il diritto di pretendere che gli siano fornite tutte le informazioni necessarie a verificare l'importo delle

provvigioni liquidate e finanche che gli vengano consegnati appositi estratti dei libri contabili del preponente (8).

Il contenuto delle norme qui riassunte, riguardanti gli obblighi informativi del preponente ed i corrispondenti diritti dell'agente, dimostra, qualora ce ne fosse bisogno, che il legislatore delle novelle, così come quello comunitario, non mirava a sollevare l'agente dal provare il buon esito dell'affare, bensì a con-

Note:

(6) Problema questo affrontato, proprio a proposito della direttiva 86/653/CE, dalla sentenza della Corte di cassazione, sez. lavoro, 18 maggio 1999, n. 4817 - in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 1999, 620, con nota di Scorcelli - nella quale si afferma la necessità di disapplicare gli artt. 2 e 9 della l. 204/85 in quanto in contrasto con la direttiva in parola. La strada era stata aperta, nel senso fatto proprio dalla Cassazione, dalla decisione della Corte di giustizia 30 aprile 1998, causa C-215/97, Bellone, in *Foro it.*, IV, 193; in *Nuova giur. civ.*, 1999, I, 161, con nota di Bochicchio; in *I contratti*, 1999, 88, con nota di Baldi; in *Il lavoro nella giur.*, 1998, 841, con nota di Mannacio e Nunin; in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 1338, con nota di Bastianon; in *Mass. giur. lav.*, 1998, 756, con nota di Bortolotti. V. anche Trib. Milano 10 ottobre 1998, in *I contratti*, 2000, 56, con commento di Tradati.

Tuttavia la citata sentenza della Cassazione, del 18 maggio 1999, n. 4817, risulta di particolare interesse perché sancisce, per la prima volta in Italia, un principio che consente di ampliare le ipotesi di efficacia delle direttive *self executing* in quanto afferma che, al fine di valutare la diretta applicabilità di una direttiva, che presenti un contenuto incondizionato e sufficientemente preciso, rimasta totalmente o parzialmente inattuata nello stato, «deve considerarsi irrilevante la qualità delle parti in causa, dovendo invece attribuirsi rilevanza decisiva alla natura degli interessi tutelati dalla norma interna, con la conseguenza che, ove questa sia esclusivamente finalizzata alla realizzazione di interessi pubblici, dovrà essere disapplicata dal giudice nazionale anche in caso di controversia intervenuta tra soggetti privati». Tale principio avrebbe potuto indurre la corte, nella fattispecie in rassegna, a ritenere, qualora ce ne fosse stato bisogno, direttamente applicabile la direttiva 86/653/Cee.

(7) La direttiva 86/653 Cee, nel nostro ordinamento, è stata attuata attraverso il d.lgs. 10 settembre 1991, n. 303 (le cui norme, per espressa previsione legislativa, si applicano, ai contratti già in corso alla data del 1° gennaio 1990, solo a decorrere dal 1° gennaio 1994), ed attraverso il d.lgs. 15 febbraio 1999, n. 65 (in *G.U.*, 19 marzo 1999, n. 65). Sulle novità introdotte dall'ultimo intervento normativo, per un primissimo e riassuntivo *excursus*, sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Il contratto di agenzia tra nuove regole e vecchie incertezze: lo «star del credere» ancora al vaglio della Cassazione*, in *Foro it.*, 1999, I, 2192. V. anche, *ex multis*, R. Baldi, *Le novità nel contratto di agenzia per l'adeguamento alla Direttiva Cee*, in *I Contratti*, 1999, 506; E.M. Tripodi, *Modificata la disciplina codicistica relativa al contratto di agenzia*, in questa *Rivista*, 1999, 6, 671; E. Calzolaio, *Prime riflessioni sul contratto di agenzia dopo il D. lgs. 15 febbraio 1999, n. 65*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1999, 899. Ulteriori modifiche alla disciplina codicistica relativa al contratto di agenzia sono state apportate dalla legge comunitaria per il 1999 (l. 21 dicembre 1999, n. 526); cfr. F. Di Ciommo, *Lo «star del credere» nel rapporto di agenzia: responsabilità oggettiva e compenso non espressamente previsto*, in *Disciplina del comm.*, 2000, 200; nonché, più diffusamente, i commenti di D. Maffei e A. Venezia, in *I contratti*, 2000, 275 e di E.M. Tripodi in questa *Rivista*, 2000, 4, 435.

(8) Cfr. F. Bortolotti, *Le nuove norme sul contratto di agenzia introdotte dal d. legisl. 65/1999, con particolare riferimento alla disciplina delle provvigioni*, in *Contr. e impr. Europa*, 1999, 124.



sentire a quest'ultimo di meglio tutelare i suoi diritti (9).

Ius variandi territoriale e abuso di potere

Come anticipato nel paragrafo introduttivo, la questione più interessante, affrontata dalla Cassazione nel caso in rassegna, concerne l'esercizio dello *ius variandi* territoriale da parte del preponente, il quale assume, sulla base della clausola contrattuale che gli attribuisce detto potere, un vero e proprio diritto potestativo, a fronte del quale vi è la posizione di soggezione dell'agente (10).

Come rilevato dalla corte, il potere unilaterale di modifica del regolamento negoziale deve avere dei limiti, in modo da non escludere la forza vincolante del contratto nei confronti di una delle parti contraenti, ed inoltre deve essere esercitato nell'osservanza dei principi di correttezza e buona fede (11). Se l'esercizio del potere in parola travalica detti limiti, finisce per integrare un abuso (12).

Non è il caso di avviare in questa sede una riflessione sull'evoluzione e l'attualità del concetto di abuso del diritto nel nostro ordinamento civile, e tuttavia non si può evitare un cenno a quella dottrina che, a tal proposito, rileva come oggi sia innegabile una tendenza di tutti gli ordinamenti giuridici continentali ad erodere la sfera di libertà dei diritti soggettivi - e dei diritti potestativi in particolare -, tendenza che si traduce nell'allargamento del controllo e del potere di intervento giudiziale sugli atti dei privati (13). A fronte di tale fenomeno, assai lucidamente è stato osservato come «il diritto privato dell'età attuale avrebbe per contrassegno il graduale trapasso dalla figura del diritto soggettivo a quella della potestà intesa come una situazione di potere funzionale caratterizzata dalla presenza di limiti, vincoli, oneri, obblighi, ovvero una situazione di diritto-dovere» (14).

Più pregnante, ai fini della presente riflessione, risulta l'indagine avente ad oggetto il concetto stesso di potere privato e la nozione di interesse legittimo che a quello alcuni autori e parte della giurisprudenza associano.

Seguendo la migliore dottrina che ha trattato l'argomento, si deve inizialmente evidenziare come possa accadere che due posizioni siano tra loro coordinate in modo che, pur se caratterizzate da diversi atteggiamenti (uno passivo, l'altro attivo), permettono entrambe di conseguire vantaggi, reciprocamente complementari (15).

Tale situazione - a cui è facilmente riconducibile quella in cui si trovano, relativamente allo *ius variandi* contrattuale, rispettivamente l'agente, attuale ricorrente, (in posizione passiva) ed il preponente, attuale convenuto, (in posizione attiva) - si verifica, a detta della cennata dottrina, tutte le volte in cui si abbia a che fare con l'interesse legittimo, *id est* con quell'interesse che costituisce indispensabile complemento dell'interesse o del

fine fondamentale, prefissato dalla norma, che stanno alla base della situazione (16).

Tra gli esempi proposti dalla dottrina al fine di chiarire la formulazione teorica si rinviene il potere discrezionale di recesso (per giustificato motivo) della parte datoriale dal contratto di lavoro subordinato, al quale si contrappone l'interesse del lavoratore a conservare il posto (17). In particolare, si assume che, nell'esercizio di tale potere, il datore possa tendere tanto al soddisfacimento dell'interesse legittimo (in quanto l'esercizio può sostanziarsi anche nel non recedere), quanto al sacrificio dello stesso. Vi sarà *sacrificio* dell'interesse quando il datore licenzi il lavoratore sulla base di un giustificato motivo; mentre si

Note:

(9) Prima del d.lgs. 10 settembre 1991, n. 303, una parte della giurisprudenza aveva negato all'agente il diritto di chiedere l'esibizione delle scritture contabili del preponente o di avvalersi di perizia tecnica, così rendendo sostanzialmente impossibile la prova del buon fine dell'affare, necessaria per ottenere il riconoscimento delle relative provvigioni (così, *ex ceteris*, Cass. 8 ottobre 1983, n. 5849, in *Resp. civ.*, 1984, 200; *contra* 26 ottobre 1983, n. 6323, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Consulente tecnico*, n. 1; 7 aprile 1987, n. 3351, in *Arch. civ.*, 1987, 996; 31 marzo 1990, n. 2629, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *cit.*, n. 7; 27 febbraio 1995, n. 2250, *id.*, Rep. 1995, voce *Agenzia*, n. 26; 2 ottobre 1998, n. 9802, *id.*, Rep. 1998, voce *cit.*, n. 28; 9 ottobre 1998, n. 10063, *id.*, Rep. 1998, voce *Prova civile in genere*, n. 25).

(10) La categoria dei diritti potestativi - la cui individuazione si deve a G. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903 - è assai discussa.

(11) La Cassazione - sentenza 8 novembre 1997, n. 11003, in *I contratti*, 1998, 255, con nota di R. Lener, ed in *Giust. civ.*, 1998, I, 2895, con nota di S. Pagliantini - aveva già avuto modo di ritenere nulla (per indeterminazione dell'oggetto) la clausola di un contratto di agenzia che attribuiva al preponente l'illimitata facoltà, col solo onere del preavviso, di modificare unilateralmente le tariffe provvigionali.

(12) Sull'abuso del diritto nell'ambito dei rapporti di lavoro, v. il pregevole quadro riassuntivo tracciato da R. Del Punta, *L'abuso nel diritto del lavoro*, in *Aa. Vv.*, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, III, Padova, 1998, 403.

(13) Così C. Salvi, voce *Abuso del diritto - I. Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, 1.

(14) Così A. Lener, voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 640.

(15) Così L. Bigliuzzi Geri, voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, 549. Della stessa A., v. anche *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1971; *Osservazioni minime su poteri privati ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, 259.

(16) Più precisamente, secondo Bigliuzzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., 549, «l'interesse legittimo si rivela [...] quale situazione di vantaggio (sostanziale e inattiva) che si colloca all'interno di un (vero) rapporto giuridico strutturato nel senso della complementarità e caratterizzato, al polo opposto, dalla presenza di situazioni attive (nel senso del comportamento): siano poi esse di libertà o di necessità e tuttavia, in ogni caso, discrezionali».

(17) Non è dato, in questa sede, soffermarsi sulle differenze, evidenziate dalla dottrina proprio indagando gli artt. 1206, 2118 e 2119 c.c., tra «giusta causa», «giustificato motivo soggettivo» e «giustificato motivo oggettivo». V., in proposito, Bigliuzzi Geri, *op. ult. cit.*, 550-551.

G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

1035

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 8/2000



avrà vera e propria *lesione* quando il potere venga esercitato abusivamente, e cioè in assenza di giustificato motivo, (18).

L'esempio prospettato è stato sottoposto ad un'attenta analisi critica da parte di altra dottrina, la quale ha rilevato come l'esercizio del potere di recesso del datore non potrebbe mai risultare funzionale anche all'interesse del lavoratore: la mancanza di complementarità tra i due interessi, nell'ottica dell'esercizio del suddetto potere, infatti, non consentirebbe di prospettare la situazione in termini di potere discrezionale-interesse legittimo (19).

L'osservazione critica riportata consente di meglio apprezzare, in relazione al caso in rassegna, la sussistenza del detto nesso di complementarità tra il potere di variazione territoriale detenuto dal preponente e l'interesse dell'agente a consentire modifiche contrattuali che permettano la prosecuzione del rapporto.

Tornando alla questione relativa alla legittimità dell'esercizio del potere, va evidenziato come essa dipenda dal rispetto dei limiti che l'ordinamento pone alla discrezionalità di cui gode il soggetto in posizione attiva. Perché ci sia interesse legittimo, è necessario che, pur implicitamente, «la legge assegni a tale interesse il ruolo di limite (esterno (20)) rispetto alla situazione di potere, sì che questo [...] non possa non indirizzarsi anche nel senso richiesto da esigenze ulteriori rispetto alla sfera dell'agente» (21).

Detto limite impone, ai fini del giudizio sulla regolarità dell'esercizio del potere, una valutazione destinata a non fermarsi all'esteriore regolarità formale del comportamento, ma a coinvolgerne la stessa congruità sostanziale. Di modo che, tornando al caso *de quo*, può ben dirsi che l'esercizio dello *ius variandi* da parte del preponente non è di per sé *non iure*, ma lo diventa se nella sua valutazione si tiene conto anche dell'interesse dell'agente, in quanto il *sacrificio* di quest'ultimo, se non congruamente motivato, va qualificato in termini di *lesione*.

Si può, a tal proposito, ritenere che il prospettato necessario collegamento tra l'esercizio del potere e l'interesse della parte in soggezione venga, nel caso odierno, imposto dalla legge attraverso le clausole generali a cui la sentenza fa espressamente riferimento (22). In altre parole, perché il preponente possa assumere di aver esercitato legittimamente lo *ius variandi*, non devono presentarsi dubbi circa la correttezza e la buona fede (intesa in senso oggettivo) del suo atteggiamento. Atteggiamento che evidentemente può essere indagato soltanto tenendo presente l'interesse contrapposto dell'agente (23).

Quanto si qui detto potrebbe consentire di qualificare in termini di interesse legittimo privato la situazione lesa nella fattispecie in rassegna. Il condizionale si impone, in quanto gli interessi coinvolti si prestano anche ad una ulteriore lettura e ad una diversa ricostruzione giuridica. La conclusione che fa perno sull'esistenza, in capo

all'agente in posizione di soggezione, di un interesse legittimo privato, offre infatti il fianco ad un'obiezione che investe la fonte del diritto potestativo esercitato dal preponente, atteso che esso risulta dettato e regolato non già da una disposizione legislativa, bensì da una norma contrattuale (24).

L'argomento, invero, non sembra cogliere direttamente nel segno poiché, ai fini della qualificazione di una posizione passiva di vantaggio in termini di interesse legittimo, non pare doversi dare particolare rilievo alla fonte del potere detenuto dalla parte in posizione attiva, quanto piuttosto alla fonte dei limiti. Quest'ultima deve consistere in una previsione legislativa che coinvolga, direttamente o indirettamente, nella valutazione dell'esercizio di potere, l'interesse del soggetto in posizione passiva (25). Quando, al contrario, i limiti all'esercizio di un diritto derivino

Note:

(18) Contraria ad una qualificazione dell'esercizio ingiustificato del potere di licenziamento in termini di abuso del diritto, da ultimo, Cass. 5 aprile 1990, n. 2831, in *Impresa*, 1990, 1654. Cfr. G. Santoro, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. e impr.*, 1986, 766; nonché G. Levi, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993, 70-75.

(19) Così C. Pinotti, *La risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo di diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 345.

(20) Limiti interni sono quelli connaturati alla situazione stessa cui ineriscono. Limiti esterni sono quelli che non riguardano il diritto in sé, bensì alcune manifestazioni di tale diritto.

(21) Così ancora Bigliazzi Geri, *op. ult. cit.*, 551.

(22) In tema di clausole generali, sia consentito rinviare, anche per aggiornati riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, a F. Di Ciommo, *Clausole generali e responsabilità civile dell'intermediario mobiliare*, nota a margine di Cass. 15 gennaio 2000, n. 426, in *Foro it.*, 2000, I, 1436.

(23) Il potere sarà stato esercitato correttamente se il preponente aveva una giusta causa che, nell'ottica del bilanciamento dei valori costituzionali, gli consentiva di sacrificare l'interesse dell'agente. V. Cass. 1° febbraio 1999, n. 845. cit. Cfr. G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, il quale per primo tratta il tema dell'efficacia diretta dei diritti fondamentali nei rapporti interprivati, concludendo nel senso che l'autonomia negoziale trova suo precipuo limite nella meritevolezza dell'interesse perseguito e nel rispetto delle norme inderogabili. V. anche, tra gli altri, M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579; C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977; P. Rescigno, *Persona e comunità*, Padova, 1986; M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986; P. Perlingieri, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, nonché *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, entrambi in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1988; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.

(24) La riflessione, condotta da Bigliazzi Geri nei diversi scritti sopra segnalati, sembra voler limitare la qualifica di interesse legittimo privato alle sole ipotesi in cui sia la legge ad attribuire un determinato potere al soggetto agente del rapporto. Sul punto, tuttavia, sembra lecito auspicare un approfondimento di indagine.

(25) Nel caso in rassegna, la fonte dei limiti (correttezza e buona fede oggettiva) può essere qualificata legale (artt. 1175 e 1375 c.c.) e tuttavia, come segnalato nel testo, nella valutazione del rispetto di tali limiti non si può non coinvolgere l'interesse dell'agente.



direttamente dal contratto, il soggetto danneggiato dalla loro violazione potrà agire per inadempimento, atteso che la posizione giuridica lesa sarà qualificabile in termini di diritto soggettivo e, più precisamente, di diritto di credito.

L'obiezione, tuttavia, tocca un nervo scoperto, ed evidentemente assai sensibile, della riflessione sin qui condotta e, con buona probabilità, della stessa teoria dell'interesse legittimo privato.

Il punto è il seguente. Se, come appare dimostrabile, la più parte dei poteri a cui si assume contrapporsi un interesse legittimo privato (26), anche se legalmente previsti e regolati, trova fonte e limiti sempre e comunque nel contratto (27), l'esercizio non corretto dovrebbe comportare responsabilità per inadempimento. Ciò in quanto, tra le obbligazioni che le parti assumono al momento della conclusione di un contratto, vi è quella di comportarsi correttamente nell'esecuzione delle rispettive prestazioni e, più in generale, nell'esecuzione del contratto (28).

Tale osservazione impone di rivedere la categoria dell'interesse legittimo privato, riflettendo anche sul fatto che, come rilevato, «la giurisprudenza, quando ha fatto ricorso alla tecnica dell'interesse legittimo [privato] (29), lo ha fatto per dare una risposta visibile e «sottolineata» al bisogno di un controllo sul potere discrezionale» (30). Controllo che (come la sentenza in rassegna dimostra) si sarebbe potuto compiere, altresì, applicando le clausole generali di correttezza e buona fede (31), una volta ammessa la loro efficacia in qualche modo integrativa dei contenuti contrattuali (32).

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, non resta che valutare, sempre facendo particolare riferimento alla fattispecie oggetto della pronuncia in epigrafe, le possibili conseguenze derivanti dall'abuso del potere privato.

L'abuso di potere: un'analisi economica

Utilizzando il grimaldello dell'analisi economica del diritto, è possibile - prima di indagare le eventuali conseguenze dell'abuso dello *ius variandi* - approfondire la riflessione avente ad oggetto l'esercizio del diritto potestativo da parte del contraente forte e, più in generale, vagliare le ragioni economiche a fondamento della disciplina positiva relativa all'inadempimento (*rectius*, alla lesione del vincolo fiduciario) nei contratti di durata.

Necessita, innanzitutto, chiarire che la posizione di soggezione è assunta razionalmente dalla parte debole del rapporto, la quale, per concludere il contratto, o per concluderlo a certe condizioni, è disposta ad attribuire lo *ius variandi* alla controparte, confidando tuttavia nel fatto che quest'ultima, nell'esercizio del diritto, dovrà attenersi al principio di buona fede oggettiva, (artt. 1175 e 1375 c.c.) (33).

Anche indipendentemente dall'operatività degli articoli da ultimo citati - e dunque in un ipote-

Note:

(26) Tale considerazione non coinvolge, come è evidente, il rapporto genitori-figli o gli altri casi in cui il dualismo potere-interesse legittimo non inerisce a rapporti contrattuali.

(27) Cfr. Pinotti, cit., 342, la quale ritiene che nel rapporto di lavoro la posizione di supremazia del datore ed i poteri che a questa afferiscono trovano fonte, misura e disciplina nel contratto, in quanto la legge, nel prevedere e regolare alcuni di tali poteri, fornisce esclusivamente elementi strutturali del tipo normativo scelto dalle parti.

(28) La Cassazione ha di recente - sentenza 8 febbraio 1999, n. 1078, in *I contratti*, 1999, 1016, con nota di A. Maniàci - ribadito che «la clausola generale di buona fede e correttezza [si specifica] nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e [si pone] come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto». Nello stesso senso, Cass. 15 gennaio 2000, n. 426, cit.

Sembra, dunque, possibile qualificare in termini di inadempimento contrattuale anche, ad esempio, l'atteggiamento della maggioranza di un'assemblea societaria che delibera in materia di opzione (art. 2441 c.c.), ovvero di dividendi (art. 2443 c.c.), abusando del suo potere e danneggiando la minoranza (sono queste due ipotesi in cui la dottrina ha individuato la presenza di interessi legittimi privati). Ciò in quanto, con il contratto sociale i soci, implicitamente ed immancabilmente, si impegnerebbero ad esercitare correttamente i poteri ed adempiere in buona fede agli obblighi da questo derivanti. Cfr., *ex multis*, A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987; M. Cassottana, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991; D. Preite, *L'abuso della regola di maggioranza nelle delibere assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992. Tra le riflessioni più recenti, R. Rordorf, *L'abuso di potere della minoranza in Le società*, 1999, 1383, e M.A. Moscati, *Regole di correttezza e delibere di aumento di capitale*, in *Studium iuris*, 1999, 1383. V. Cass. 19 agosto 1996, n. 7614, in *Le società*, 1997, 390, con nota di Nazzicone; in *Dir. fall.*, 1997, II, 24, con nota di Maceroni, ed in *Giust. civ.*, 1997, I, 107, con nota di Vidiri.

(29) V. C. Zoli, *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1984, II, 423, il quale compie un *excursus* giurisprudenziale distinguendo le sentenze che hanno utilizzato la figura dell'interesse legittimo da quelle che si sono basate sul concetto di buona fede oggettiva e correttezza.

(30) Così Pinotti, *ibid.*, la quale evidenzia anche come la giurisprudenza, utilizzando in modo fungibile la nozione di interesse legittimo e la clausola di correttezza, perviene allo stesso identico risultato: quello di sindacare, ai fini dell'invalidazione dell'attività ovvero ai fini risarcitori, l'esercizio del potere privato del datore di lavoro.

(31) Per la «riscoperta» dell'utilizzazione e dell'utilità delle clausole generali nel diritto del lavoro, v. C. Zoli, *La tutela delle posizioni «strumentali»*, Milano, 1988; e P. Tullini, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990.

(32) L'alternativa tra buona fede oggettiva (alias correttezza) come fonte di integrazione del contratto e buona fede oggettiva come criterio utile a verificare l'esattezza dell'adempimento, è ben rappresentata dalle fondamentali opere di S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, che accede alla prima delle soluzioni prospettate; e U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, che propugna la seconda.

Sull'odierno dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, relativo alla funzione delle clausole in parola, sia consentito un rinvio ancora a Di Ciommo, *op. ult. cit.* Cfr. anche, da ultimo, A. Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, 21; nonché D. Messinetti, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, 1998, 8.

(33) In ogni caso, la parte che accetta di subire lo *ius variandi* altrui deve valutare il costo economico del rischio che assume, rischio consistente nella possibilità che le condizioni contrattuali siano modificate unilateralmente con probabile diminuzione dell'utilità che essa trae dall'esecuzione del contratto.



tico ambiente caratterizzato dal vuoto normativo, nel quale, d'ora innanzi, si assume di essere -, la parte di un rapporto di durata, che accetta la clausola in parola, ha ragione di confidare nel rispetto del vincolo fiduciario, e ciò in virtù delle seguenti considerazioni di matrice economica.

Senza allontanarsi dalla fattispecie in rassegna, può rilevarsi come il preponente tragga dall'esecuzione del contratto nel cui ambito è previsto il suo *ius variandi* un'utilità che verrebbe meno qualora fosse messo in crisi il vincolo fiduciario, in quanto, in risposta all'abuso del diritto potestativo, l'agente potrebbe interrompere la sua attività (34). Per tale ragione, l'analisi economica del diritto, attraverso la teoria del «gioco ripetuto» (35), evidenzia come, nelle more del contratto, tanto al preponente quanto all'agente, convenga adottare un atteggiamento di «collaborazione», piuttosto che di «appropriazione» (36).

In un rapporto caratterizzato da reciproca collaborazione, infatti, il preponente evita di stravolgere il contenuto del contratto, a meno che non abbia ottimi motivi per farlo, e l'agente si adegua alle condizioni, unilateralmente mutate, rinunciando a sollevare obiezioni, ovvero, a reagire aggressivamente con il proprio inadempimento (37). Attraverso un uso corretto dei rispettivi poteri privati, dunque, le parti riescono a mantenere in vita un contratto che si assume destinato a produrre utilità reciproca (38).

Può accadere, tuttavia, come di fatto è accaduto nel caso in rassegna, che una delle due parti del contratto di durata, ad un certo punto, stimi economicamente più vantaggiosa l'adozione di un atteggiamento «appropriativo» piuttosto che «collaborativo». In altre parole, può succedere, ad esempio, che il preponente, da un determinato momento in avanti, decida razionalmente di correre il rischio consistente nella rottura del rapporto, stimando il valore economico di tale rischio (e dunque il costo in cui esso si traduce) inferiore rispetto al vantaggio che gli deriva dall'esercizio arbitrario ed abusivo del potere.

Ciò accade, per lo più, quando, nell'ambito di un rapporto di lunga durata, una ovvero entrambe le parti non ritengono più sufficientemente vantaggiose le condizioni di attuazione dello stesso e tantomeno rinvergono margini praticabili di adeguamento (39); ma la stessa situazione può verificarsi anche quando si approssima la scadenza del termine finale di efficacia del contratto (40). Al sopraggiungere di tal ultima circostanza, infatti, il rapporto di durata diventa simile, nella prospettiva dell'*agency game*, al rapporto monofase, in cui le parti non ricevono incentivi economici naturali all'adempimento in quanto non hanno da temere la reazione della controparte, non esistendo una fase successiva del rapporto in cui tale reazione si possa estrinsecare (41).

Quando il meccanismo contrattuale non crea autonomamente incentivi alla corretta esecuzione del rapporto, l'ordinamento giuridico viene in soccorso creando artificialmente tali incentivi. Tra questi,

tradizionalmente, si annoverano il risarcimento per mancato o inesatto adempimento, la possibilità di prevedere clausole penali e caparre confirmatorie, nonché la risoluzione per inadempimento o per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Tuttavia, in forza del principio affermato dai giudici di legittimità nell'odierna pronuncia, si deve ritenere che, tra gli incentivi posti a presidio della corretta prosecuzione del contratto di agenzia, vi sia anche il rimedio del recesso per giusta causa, cui accede il diritto all'indennità di preavviso. Tale conclusione appare foriera di interessanti ricadute in quanto - come meglio si vedrà

Note:

(34) La strategia dell'agente, volta a scoraggiare l'appropriazione punendola, e ad incoraggiare la collaborazione premiandola, può essere definita «atteggiamento da pan per focaccia». Così J. Axelrod, *Giochi di reciprocità: l'insorgenza della cooperazione*, trad. it., Milano, 1985.

(35) La teoria giuseconomica dell'*agency game* tradizionalmente assume che sia l'*agent* ad essere indotto all'inadempimento, mentre il *principal* si dovrebbe attrezzare, nel caso di «gioco ad unica fase», ovvero di «gioco ripetuto prossimo alla fine», al fine di ottenere il corretto adempimento. Nella presente riflessione sono stati invertiti i ruoli per rendere la valutazione di analisi economica attinente alla fattispecie su cui si è pronunciata la Cassazione nella sentenza in esame.

(36) Sul c.d. «gioco ripetuto», v. R. Cooter - U. Mattei - P.G. Monateri - R. Pardolesi - T. Ulen, cit., 240-244. Cfr. anche D. Caruso, *Relazioni precontrattuali e teoria dei giochi*, in *Quadrimestre*, 1991, 810; e G. Marini, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995.

(37) La teoria dell'«*agency game* ripetuto» si esprime in termini diversi da quelli proposti nel testo, in quanto prevede che, all'atteggiamento appropriativo di una parte, l'altra risponda non investendo nel periodo successivo. Formulata tale avvertenza terminologica, si può continuare nel testo a riflettere in termini di (in)adempimento.

(38) R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston/Toronto, 1998, 5, lucidamente evidenzia come il contratto, in prospettiva economica, riveli una spiccata vocazione efficientistica perché favorisce la tendenza delle risorse a gravitare intorno agli usi più proficui, motivo per cui, a contratto eseguito, è dato presumere che ciascuna parte si troverà in una situazione migliore di quella precedente e si sarà realizzato il c.d. miglioramento paretiano.

(39) Il discorso è analogo a quello che si potrebbe condurre a proposito del sopravvenuto squilibrio delle prestazioni nei contratti di durata e dell'applicabilità dell'art. 1467. Per una analisi economica dell'operatività di tale articolo in funzione di regola di *default*, cfr. P. Trimarchi, *Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis*, in *Int. Rev. L. & Econ.*, 11 (1991), 63; nonché R. Pardolesi, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 451.

(40) L'analisi economica del diritto, ed in particolare gli studiosi di *agency game*, si riferiscono a tale situazione in termini di «fine del gioco».

(41) Semplificando, si può pensare al caso dell'attribuzione fiduciaria. Il fiduciario può non riconsegnare il bene al fiduciante senza temere alcuna reazione, in quanto stiamo assumendo di essere in un ambiente caratterizzato da vuoto normativo, ed in quanto quel fiduciante non ha altri beni di cui disporre. Diversamente sarebbe se il fiduciario svolgesse professionalmente tale attività e dunque avesse da salvaguardare la sua reputazione, ovvero se tra fiduciante e fiduciario ci fosse un rapporto continuativo perché, come già segnalato nel testo, all'inadempimento del fiduciario seguirebbe la reazione del fiduciante volta ad interrompere detto rapporto.



nel prossimo paragrafo - solo ad un'analisi superficiale gli effetti derivanti dall'applicazione dell'art. 1467 c.c., integrato dal risarcimento del danno, possono sembrare analoghi a quelli determinati dall'operatività dell'art. 2119 (42).

Le conseguenze dell'abuso di potere

Nell'indagare il non facile tema delle conseguenze - diverse dall'eliminazione dell'atto - derivanti dall'abuso di potere, va preliminarmente sottolineato come sull'applicabilità in via analogica dell'art. 2119 al rapporto di agenzia, pur in assenza di un'espressa previsione positiva, la giurisprudenza di legittimità, dopo qualche incertezza riscontrabile in alcune pronunce dei primi anni novanta, non sembra oggi nutrire alcun dubbio (43). La costante affermazione del principio viene giustificata in virtù dell'elemento fiduciario che contraddistingue tanto il rapporto di lavoro subordinato, quanto altri rapporti, quali il mandato e, per l'appunto, l'agenzia (44).

Sul punto la dottrina non manifesta unità di vedute. Infatti, a fronte di un orientamento che condivide la soluzione propugnata dalla Suprema corte (45), si registra la diversa opinione di altri autori i quali appaiono propensi a limitare le ipotesi di scioglimento del contratto di agenzia ai casi previsti dall'art. 1750 c.c., e comunque, anche qualora fossero ravvisabili comportamenti tali da giustificare il recesso immediato (46), alle ipotesi delineate dall'art. 1453 c.c. (47).

La giusta causa appartiene alla categoria giuridica delle «clausole generali», strumenti destinati a temperare le esigenze di certezza del diritto e di aderenza della decisione a principi di giustizia sostanziale (48). Essa, per definizione, consente al giudice un apprezzamento che, ove congruamente motivato, non è sindacabile in sede di legittimità (49).

Tra le possibili ipotesi di giusta causa di recesso per l'agente va annoverato l'inadempimento colpevole che leda in misura considerevole l'interesse del preposto, nonché l'inadempimento incolpevole, la cui idoneità a rappresentare giusta causa di recesso è tuttavia revocata in dubbio da diversi autori, i quali suggeriscono, nella circostanza, di applicare gli artt. 1256 e 1463 c.c. (50).

In proposito, mette conto far riferimento ad una recente pronuncia - 1° febbraio 1999, n. 845 - con cui la Cassazione ha affrontato alcuni dei problemi sin qui segnalati, affermando che «l'apprezzamento circa la sussistenza di una giusta causa - cioè di un evento che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto - deve essere compiuto dal giudice di merito tenendo conto della diversa natura dei rapporti e della diversa capacità di resistenza che le parti possano avere nell'economia complessiva dello specifico rapporto; in particolare [...] nel rapporto di agenzia la gravità dell'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva da parte del preponente va commisurata in proporzione alle complessive dimensio-

ni economiche del rapporto e dell'incidenza del medesimo inadempimento sull'equilibrio contrattuale costituito dalle parti, cosicché, a giustificare un recesso senza preavviso dell'agente, è richiesto un inadempimento colpevole e di non scarsa importanza che leda in misura considerevole l'interesse di quest'ultimo» (51).

Oltre all'inadempimento, totale o parziale, colpevole o incolpevole, altri fatti sono valutati idonei a costituire giusta causa di recesso, in quanto

Note:

(42) L'impossibilità di equiparare risoluzione e recesso per giusta causa risulta evidente se soltanto si considera che non tutte le ipotesi rientranti nel concetto di giusta causa integrano gli estremi dell'inadempimento. Anche solo questo argomento sarebbe sufficiente a dimostrare l'importanza dell'affermata applicabilità dell'art. 2119 al rapporto di agenzia.

(43) In proposito, v. la nota n. 5.

(44) Per l'applicazione dell'art. 2119 anche ai rapporti di lavoro subordinato a termine, v. M. De Cristofaro, *Sul recesso ante tempus dai contratti di lavoro con vincolo di durata* (Nota a Cass., sez. lav., 9 giugno 1995, n. 6530), in *Dir. lav.*, 1996, II, 174.

(45) Così A. Formiggini, *Il contratto di agenzia*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1958, 150; G. Bondanini - R. Melchionna, *Gli agenti e i rappresentanti di commercio nella disciplina collettiva*, Milano, 1969, 143; G. Ghezzi, *Del contratto di agenzia*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, artt. 1742-1753, Bologna-Roma, 1970, 201; O. Cagnasso, voce *Agenzia*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. commerciale, Torino, 1987, 48; A. Baldassarri, *Il contratto di agenzia*, Milano, 1992, 448; nonché G. Trioni, *Il contratto di agenzia*, Padova, 1994, 177-182, il quale esclude, però, che sia applicabile anche il comma 2 dell'art. 2119. Cfr. G. Ardaù, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, 186; L. Riva Sansaverino, *Diritto sindacale*, IV ed., Torino, 1982, 448; A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, 457; G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II, Milano, 1962, 32.

(46) Parte della dottrina ritiene motivo di risoluzione nel contratto di agenzia, ai sensi dell'art. 1453 c.c., l'inadempimento «di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra». Ciò in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 1564 c.c. che, pur dettato per il rapporto di somministrazione, esprimerebbe un principio applicabile a tutti i contratti di durata. Così R. Corrado, *La somministrazione*, in *Trattato del diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1963, 370; R. Baldi, *Il contratto di agenzia*, Milano, 1992, 240; E. Saracini, *Il contratto di agenzia*, in *Il codice civile, Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1987, 358.

(47) Così G. Giordano, *Il contratto di agenzia nel Codice, negli Accordi economici collettivi, negli usi e negli Accordi post-corporativi*, Bari, 1959, 258; Saracini, cit., 362; Baldi, cit., 262; G. Giordano - D. Iannelli - G. Santoro, *Contratto di agenzia. Mediazione*, Torino, 1993, 479. Sul punto, seppure solo riassuntivamente, A. Baldassarri, *Il rapporto di agenzia*, Torino, 1995, 115.

(48) Così Trioni, cit., 178.

(49) Cfr., *ex ceteris*, da ultimo, Cass. 1° febbraio 1999, n. 845, e 15 novembre 1997, n. 11376, entrambe citate.

(50) Trioni, cit., 180, ad esempio, ritiene che nell'ipotesi d'impossibilità incolpevole il preponente possa recedere senza preavviso, se si tratta di contratto a tempo indeterminato; o prima della scadenza, se si tratta di contratto a termine.

(51) Per gli estremi di pubblicazione della sentenza, v. la nota n. 5.

fonti di turbativa della fiducia che deve esistere tra le parti di un contratto di agenzia (52).

Tra questi fatti figura senza dubbio l'abuso dell'esercizio del potere da parte del preponente. Dal che pare congruo dedurre - in uno con la sentenza in epigrafe - che l'agente, a fronte dell'abuso subito, può esercitare il recesso di cui all'art. 2119 e ha diritto all'indennità appositamente prevista dallo stesso articolo (53).

Tuttavia, secondo una diversa ricostruzione dottrinale, pur ammesso il diritto dell'agente di esercitare il recesso per giusta causa, non vi sarebbe alcuna ragione di estendere a tale fattispecie anche «il disposto - sicuramente eccezionale - dell'art. 2119, comma 1°, secondo inciso, in forza del quale il lavoratore che recede per giusta causa, oltre ad essere esonerato dall'obbligo di preavviso, ha diritto all'indennità sostitutiva di preavviso» (54). Ciò in quanto, l'agente, dopo aver receduto repentinamente dal rapporto, potrebbe agire nei confronti del preponente, che sia stato in colpa o in dolo, per ottenere il risarcimento dei danni, danni tra i quali vi sarebbe anche quello connesso all'anticipata risoluzione del rapporto (55).

La tesi da ultimo proposta si fonda sull'osservazione, in sé corretta, per cui, mentre il lavoratore subordinato ha una retribuzione periodica fissa, il che consente di determinare con relativa precisione, in via forfetaria, l'indennità in parola, esonerando l'attore da dimostrazioni riguardanti l'ammontare della stessa; l'agente, il più delle volte, ha una retribuzione variabile, che non si presta a costituire parametro per determinazioni di tal fatta. La quantificazione dell'indennità di mancato preavviso spettante all'agente pone, tuttavia, solo un problema di fatto; problema che si traduce in un onere probatorio per l'agente tenuto a dimostrare l'ammontare della retribuzione non percepita a causa dello scioglimento, anticipato e senza preavviso, del rapporto. Essa, dunque, non appare idonea a giustificare una differenza di regime giuridico tra il recesso per giusta causa dell'agente e del lavoratore subordinato.

Tale differenza di regime avrebbe, del resto, le seguenti, non secondarie, conseguenze: diversamente dal lavoratore subordinato, l'agente dovrebbe sottrarre ai danni direttamente patiti, a causa dell'anticipata risoluzione del contratto e della impossibilità di effettuare il preavviso, l'eventuale utilità tratta da altre attività da lui svolte nel periodo a cui l'indennità si riferisce; in più, l'agente dovrebbe provare il dolo o la colpa del preponente, il che appare contrario alla *ratio* della norma, oltre che lesivo del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale. (56).

L'applicazione dell'art. 2119, del resto, non preclude, all'agente che abbia receduto per giusta causa ed abbia ottenuto l'indennità di preavviso, di ottenere il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito a causa del fatto doloso o colposo del preponente che ha determinato l'impossibilità di dare ulteriore esecuzione al rapporto (57). La

quantificazione del danno risarcibile, qualora si qualifichi la posizione del danneggiato in termini di interesse legittimo privato, sconterà le incertezze relative alla natura della responsabilità derivante dall'esercizio abusivo del potere (58). Meglio allora, anche sotto questo profilo, ritenere l'abusivo esercizio di potere, in un rapporto contrattuale, fonte di responsabilità da inadempimento.

Note:

(52) Fatti - diversi dall'inadempimento inteso in senso stretto - ritenuti «giusta causa» sono, ad esempio, il rifiuto sistematico, pregiudizievole ed ingiustificato, da parte del preponente, degli affari proposti dall'agente senza rappresentanza (v. Cass. 18 dicembre 1985, n. 6475, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1650, con nota di Di Loreto; tale pronuncia, tuttavia, fa espresso riferimento alla risoluzione del contratto e non al recesso); ovvero il ritardo sistematico e prolungato nelle rimesse di quanto riscosso (v. Pret. Verona 30 giugno 1986, in *Giur. merito*, 1987, 22).

(53) Ai sensi dell'art. 2118, comma 2, l'indennità in parola deve essere «equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso».

(54) Così Trioni, cit., 182, che segue le orme di Ghezzi, cit., 208, ma che pare contraddirsi quando afferma che, nel caso in cui manchi la prova del maggior danno, appare «plausibile [...] che l'agente ottenga dal giudice, a titolo di liquidazione equitativa, proprio una somma equivalente all'indennità di mancato preavviso». La contraddizione deriva anche dal fatto che, come appreso chiarito nel testo, non è possibile determinare forfetariamente la retribuzione che sarebbe spettata all'agente, per cui il riferimento all'indennità, utilizzata come parametro nell'ambito una valutazione equitativa, è quantomeno fuorviante. Anche Cass. 9 aprile 1992, n. 4337, cit. ritiene che l'agente, pur potendo esercitare il diritto di recesso per giusta causa, non possa invocare l'indennità di preavviso.

(55) Così ancora Cass. 9 aprile 1992, n. 4337, cit.

(56) Con l'avvertenza, però, che, nel caso del plurimandatario, l'agente non deve detrarre l'*aliunde perceptum* dal danno subito. Per un'aggiornata panoramica sulla complessa problematica della *compensatio lucri cum damno*, v. A. Fabrizio-Salvatore, *La compensatio lucri cum damno: contrasti e incertezze della giurisprudenza*, commento a Cass., 17 luglio 1999, n. 7612, in *Danno e resp.*, 2000, 516.

(57) In tal senso si è pronunciata, la Cassazione: cfr. *ex multis* sent. 18 dicembre 1985, n. 6475, cit., nella quale si legge: «il rifiuto pregiudiziale di dar corso alle proposte promosse dall'agente (cd. rifiuto sistematico), violando il principio [di buona fede], è fonte di risarcimento del danno [e, ricorrendone i presupposti, di risoluzione del contratto di agenzia]».

(58) Bigliuzzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., 565, avverte l'insufficienza di una soluzione che inquadri la responsabilità in parola nell'ambito extracontrattuale piuttosto che in quello contrattuale. Pinotti, cit., 378, afferma che la questione relativa alla lesione dell'interesse legittimo «imponesse una rivisitazione delle tradizionali coordinate sulle quali si è costruita la nozione di danno ingiusto, ruotanti sul binomio responsabilità contrattuale-extracontrattuale.».

G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

1040

IL CORRIERE
GIURIDICO
n. 8/2000