

## Cassazione Sezione Lavoro n. 24274 del 14 novembre 2006

### Fatto

1. Con la sentenza sopra specificata il Tribunale di Ancona, decidendo sugli appelli di Banca Fideuram SpA e di A.F., rispettivamente principale e incidentale, ha riformato la sentenza del Pretore della stessa sede in data 19.2.1997, condannando A. F. al pagamento in favore della società della somma di Euro 37.469,75, a titolo di indennità di mancato preavviso di recesso dal rapporto di agenzia, e quest'ultima a pagare all' A. la somma di Euro 47.335,54 a titolo di provvigioni.

2. Il giudizio era stato promosso dall' A. per il pagamento di crediti (indennità di preavviso e suppletiva di clientela, provvigioni) di cui si affermava titolare in base al rapporto di agenzia (promozione finanziaria) intercorso con la Fideuram Sim SpA (poi Banca Fideuram SpA), che asseriva risolto dalla società con recesso del 24.12.1992. La società, contestando il fondamento della domanda, aveva chiesto in via riconvenzionale il pagamento dell'indennità di preavviso per recesso dell'agente senza preavviso e senza giusta causa.

3. Sulla questione del recesso e del diritto all'indennità di preavviso, il Tribunale ha ritenuto che fosse stato l'agente a recedere dal rapporto senza giusta causa e senza preavviso, siccome la società si era limitata ad esercitare legittimamente il diritto contrattuale di revocargli l'incarico accessorio di supervisore (regional manager) con la comunicazione 14.12.1992, cosicché la risoluzione del rapporto di agenzia era stata determinata dal successivo recesso dell' A., senza preavviso e non per giusta causa, recesso che obbligava l'agente a corrispondere alla società la relativa indennità.

4. Sull'appello incidentale dell' A., la sentenza ha così deciso:

- a) l'importo di L. 15.198.256, relativo alle provvigioni maturate nel dicembre 1992, risultava provato documentalmente e il debito era stato riconosciuto dalla società;
- b) l' A. aveva diritto al pagamento di complessive L. 76.456.144 per le provvigioni maturate nel 1993 e relative all'incarico di regional manager (cd. provvigioni aver, dovute nella misura del 17% sugli affari degli agenti appartenenti al gruppo coordinato dall' A., perfezionati a seguito di conferimenti di incarichi "già inoltrati" al momento di cessazione del rapporto);
- c) sul credito dell'agente non incideva la clausola, qualificata "penale", invocata dalla società e contenuta nell'art. 10 del contratto individuale, da considerare, invece, come attributiva di un mero diritto di ritenzione di somme, e ciò sia perchè, come penale, sarebbe stata invalida per indeterminatezza dell'oggetto (importo corrispondente a tutti i crediti dell'agente), sia perchè l'inadempimento consistente nel recesso ingiustificato dell'agente senza preavviso era già contemplato e regolato negli effetti (indennità di preavviso) dal precedente art. 9 dello stesso contratto.

5. La cassazione della sentenza è domandata da A.F. con ricorso per quattro motivi; resiste con controricorso Banca Fideuram SpA e propone ricorso incidentale per due motivi; al ricorso incidentale ha resistito l' A. con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

### Diritto

1. Preliminarmente, la Corte riunisce i ricorsi proposti contro la stessa sentenza (art. 335 c.p.c.).

2. Tutti i motivi del ricorso principale concernono la questione del recesso e dell'indennità di preavviso; vanno, pertanto, unitariamente esaminati.

Sostiene il ricorrente principale che, in relazione all'incarico conferitogli di supervisore (regional manager), divenuto la parte economicamente e funzionalmente principale della sua attività (nel 1992 le provvigioni over avevano coperto il 76% dei suoi introiti), alla società non poteva essere riconosciuto il potere di revoca senza preavviso, siccome si evince dall'ordinamento il principio

generale dell'obbligo di dare preavviso per tutti i rapporti a durata indeterminata (primo motivo); che la sentenza impugnata, in violazione degli artt. 1362 e 1363 c.c. e con vizio di motivazione, aveva trascurato di considerare la previsione pattizia secondo cui l'incarico di supervisore sarebbe stato eseguito sulla base del contratto di agenzia, contemplante, appunto, l'obbligo del preavviso (secondo motivo); che, in violazione degli artt. 1367 e 1370 c.c., il Tribunale di Ancona aveva ritenuto che fosse stato validamente attribuito alla preponente il potere di revoca immediata dell'incarico (terzo motivo); che, in ogni caso, il comportamento della società era stato ritenuto dal giudice del merito non contrario al dovere di buona fede e correttezza, senza considerare la mancanza di qualsiasi giustificazione, l'importanza preminente dell'incarico nell'economia del rapporto e il sostanziale grave deterioramento della sua posizione professionale (quarto motivo).

3. Il ricorso principale non può trovare accoglimento.

3.1. Nei rapporti negoziali, qualora ad una parte risulti conferito, dalla legge o da fonte pattizia, un diritto potestativo, l'esercizio di tale diritto produce la modificazione immediata della sfera giuridica del destinatario. Le limitazioni all'esercizio del potere, quanto alla prescrizione di determinate forme, alla sussistenza di motivi giustificativi, alla necessità di un periodo di preavviso ai fini della produzione degli effetti, devono essere specificamente stabilite dalla legge o dalla stessa fonte contrattuale attributiva del potere.

Ove queste limitazioni non siano rinvenibili nella regolamentazione dettata dalla fonte attributiva del potere, non ha fondamento giuridico la tesi secondo cui il potere di modificare la situazione giuridica dell'altro contraente nei rapporti obbligatori di durata sarebbe sempre, in virtù di un principio generale ricavabile dall'ordinamento, condizionato nell'efficacia al trascorrere di un congruo periodo di preavviso. La ricognizione dei dati normativi dimostra, al contrario, che solo per specifici rapporti, considerata la rilevanza degli interessi coinvolti, disposizioni normative inderogabili stabiliscono la regola del preavviso e fissano i relativi termini.

3.2. E' il caso, tra gli altri, del rapporto di agenzia (art. 1750 c.c., comma 2), ma nel caso di specie non viene in considerazione questa regola, avendo la controversia ad oggetto una pattuizione intervenuta nel corso dello svolgimento di quel rapporto, modificativa dei suoi contenuti originari, che aveva comportato l'affidamento all'agente dell'incarico, particolare ed aggiuntivo, di supervisore (regional manager). Orbene, non vi è dubbio che, secondo i principi e le regole dei contratti, la situazione risultante dalla modifica del rapporto originario (per determinazione unilaterale o consensuale) avrebbe potuto essere a sua volta modificata esclusivamente con un nuovo consenso delle parti stesse, ma con salvezza dell'ipotesi di conferimento ad una soltanto di esse del potere di produrre con dichiarazione unilaterale un tale effetto.

E' questa ultima l'ipotesi che, significativamente, ricorre nella disciplina legale dei rapporti di lavoro subordinato, con l'attribuzione al datore di lavoro del potere organizzativo, in relazione al cui esercizio il rispetto di un termine di preavviso può essere imposto soltanto da fonti contrattuali (collettive o individuali: es. in tema di trasferimento).

3.3. L'attribuzione di diritto potestativo in tal senso è stata accertata dal giudice del merito sulla base della previsione dell'art. 1, comma 2, del contratto di agenzia, secondo cui "in aggiunta alla normale e principale attività di promozione e collocamento la Società ... potrà conferirle l'incarico accessorio - pertanto revocabile - di supervisione dell'attività di altri agenti", previsione che ha ritenuto essere stata richiamata nella lettera di incarico 30.5.1988 ("tale incarico verrà ad esplicarsi sulla base del contratto di agenzia con noi intercorrente"). Questo accertamento non è validamente censurato con l'affermazione che il richiamo al contratto di agenzia rendeva applicabile il termine di preavviso stabilito per la risoluzione del rapporto, siccome il contrario convincimento del giudice del merito è stato sufficientemente e logicamente motivato con riferimento sia all'esplicita previsione della "revocabilità", sia alla totale disomogeneità tra cessazione del rapporto di agenzia e cessazione dell'incarico particolare.

3.4. Una volta riconosciuta la titolarità in capo alla preponente del potere sia di conferimento sia di "revoca" dell'incarico, senza limiti o condizioni, non giova il richiamo dei precetti di buona fede e correttezza, che possono integrare il contenuto di obbligazioni ma non determinare la nascita di

nuove (quale appunto l'obbligo di un preavviso), non previste ed escluse da legittime pattuizioni (vedi Cass. 5140/2005, 16179/2004).

Questo significa che la società, revocando l'incarico senza preavviso, ha posto in essere un comportamento lecito sotto tutti i profili e, di conseguenza, la reazione dell'agente, consistita nel recedere senza preavviso dal rapporto di agenzia, è stata correttamente ritenuta non giustificata e originante l'obbligo di pagare la pattuita indennità.

3.5. Il ricorso principale va dunque rigettato in base al seguente principio di diritto: "In tema di rapporti contrattuali di durata, l'esercizio di diritti potestativi attribuiti dalla legge o dal contratto ad una delle parti produce immediatamente la modificazione della sfera giuridica dell'altra parte, senza che sia configurabile, neppure in base al principio di correttezza e buona fede, un obbligo di preavviso, in difetto di limitazioni in tal senso previste dalla fonte attributiva del potere".

4. Con il primo motivo del ricorso incidentale si denuncia violazione di norme di diritto e vizio della motivazione in relazione al riconoscimento dei crediti provvigionali azionati dall'agente. Quanto alle provvigioni maturate al dicembre 1992 (per L. 15.198.256), si deduce che non risulta specificata in sentenza (con totale, difetto di motivazione) la circostanza dell'avvenuto riconoscimento del debito, riconoscimento in ogni caso non ravvisabile, ai sensi dell'art. 1988 c.c., in un mero documento contabile. Quanto alle provvigioni cd. over, relative all'anno 1993, risultava violata la regola sul riparto dell'onere della prova, non avendo l'agente neppure allegato l'elenco degli agenti da lui coordinati e la tipologia degli affari procacciati.

4.1. Il motivo va rigettato, risultando in parte inammissibile, in parte infondato.

4.2. Il primo ordine di censure è inammissibile: l'affermazione della sentenza impugnata, secondo cui i documenti erano di provenienza della preponente e che il credito era stato riconosciuto, avrebbe dovuto essere censurata con l'indicazione delle contestazioni tempestivamente sollevate e non considerate dal giudice di merito; quanto all'impossibilità di ravvisare un negozio di riconoscimento del debito in un mero documento contabile, si è in presenza di affermazione astratta, priva di specificazione circa i contenuti concreti della documentazione.

4.3. La censura relativa al riconoscimento delle provvigioni aver per il 1993 è infondata perchè non scalfisce l'ampia motivazione sul punto del raggiungimento della prova del diritto, basata sulle allegazioni dell'agente, ritenute sufficienti per l'emissione di ordine di esibizione della documentazione in possesso della società, documentazione che aveva consentito al consulente tecnico di determinare l'ammontare dei crediti.

5. Con il secondo motivo del ricorso incidentale la sentenza impugnata è censurata per avere escluso che gli eventuali crediti provvigionali dell'agente restassero comunque paralizzati dall'operatività della clausola penale contenuta nell'art. 10 del contratto di agenzia. E' denunciata, al riguardo, violazione degli artt. 1362 e 1372 c.c. per avere la sentenza trascurato il chiaro significato letterale dell'espressione "a titolo di penale", interpretandola in chiave di pattuizione di diritto di ritenzione, che è garanzia di crediti già sorti e non già liquidazione preventiva del danno derivante da eventuali inadempimenti; violazione degli artt. 1382 ss. nella parte in cui, ignorando l'autonoma funzione sanzionatoria della clausola penale, ha ritenuto che il risarcimento del danno da recesso in tronco e ingiustificato dell'agente trovava già autonoma e completa disciplina nell'art. 9 del contratto, senza considerare, inoltre, che, anche nella prospettiva della natura integralmente risarcitoria della clausola penale, le parti ben possono, con la pattuizione della penale, prevedere un'ulteriore prestazione risarcitoria, salvo restando il potere di riduzione affidato al giudice ai sensi dell'art. 1384 c.c.; violazione dell'art. 1346 c.c. e vizio della motivazione per aver ritenuto che la clausola, se qualificata come penale, sarebbe stata nulla per indeterminatezza dell'oggetto, mentre la commisurazione alle somme eventualmente dovute all'agente per i diversi titoli rendevano determinabile il quantum, sottratto all'arbitrio del preponente alla stregua dell'art. 7 del contratto, relativo al tempo di pagamento delle provvigioni.

5.1. Il motivo non può trovare accoglimento, avendo la sentenza impugnata statuito in modo

conforme al diritto, ancorchè la motivazione necessiti di integrazione e correzione (art. 384 c.p.c., comma 2).

5.2. La motivazione della sentenza impugnata sulla specifica questione merita certamente le critiche della ricorrente incidentale:

risulta ingiustificatamente svalutata la lettera negoziale ("a titolo di penale"); la ipotizzata nullità per indeterminatezza dell'oggetto omette di considerare che il riferimento ai crediti derivanti da uno specifico rapporto giuridico ed esistenti ad una determinata data consente di ritenere esistente il requisito della determinabilità (cfr. Cass. 21101/2005, con riguardo alla cd. fideiussione omnibus), mentre i possibili arbitri di una parte del rapporto nella determinazione della misura incontrano il limite del potere di riduzione di cui all'art. 1384 c.c. (esercitabile anche di ufficio: Cass. S.u. 18128/2005); ridurre la previsione ad un mero "diritto di ritenzione", non meglio specificato, si risolve in violazione dell'art. 1367 c.c.; in linea generale, non è precluso all'autonomia privata prevedere che all'inadempimento di una di esse conseguano sanzioni maggiori di quelle contemplate per l'inadempimento dell'altra.

5.3. La Corte, però, sulla base della prospettazione della ricorrente incidentale, rileva di ufficio (art. 1421 c.c.) la nullità, per le ragioni di cui appresso, di una clausola penale che si asserisce stipulata per l'inadempimento del (solo) agente all'obbligo del preavviso, rilievo che assorbe ogni altra considerazione e non consente l'accoglimento del motivo di ricorso.

5.4. E' rimasto pacificamente accertato in fatto (vedi i concordanti contenuti della sentenza impugnata e del ricorso incidentale sul punto) che l'art. 9 del contratto individuale di agenzia, in relazione all'obbligo legale del preavviso (art. 1750 c.c., nel testo sostituito dal D.Lgs. 10 settembre 1991, n. 303, art. 3), recava sia la determinazione dei termini, sia la previsione dell'obbligo di pagare un'indennità in caso di violazione dei termini pattuiti non giustificata da inadempimento della controparte.

La natura di questa indennità, nel nuovo contesto normativo che non contempla più la possibilità di sostituire il termine di preavviso con il pagamento di una corrispondente indennità (come prevedeva l'art. 1750 c.c., comma 2, vecchio testo), è sicuramente risarcitoria del danno cagionato dall'inadempimento dell'obbligo di preavviso (cfr. Cass. 5577/1999), con funzione di liquidazione preventiva del danno stesso e rafforzamento del vincolo obbligatorio, siccome il creditore è esonerato dal fornire la prova del danno. Per struttura e funzione, quindi, si è presenza di una clausola penale (art. 1382 c.c.) pattuita a favore delle due parti del rapporto.

5.5. Con il successivo art. 10, comma 4, dello stesso contratto di agenzia, è stato previsto che, in caso di recesso con effetto immediato dell'agente non giustificato da inadempienza della società, sono trattenute a titolo di penale le somme eventualmente dovute all'agente per i diversi titoli, salvo il diritto alla rifusione dei maggiori danni.

La ricorrente incidentale sostiene che l'inadempimento dell'agente dell'obbligo di preavviso comporterebbe sia il pagamento dell'indennità di cui all'art. 9, sia, con funzione precipuamente sanzionatoria, e comunque di rafforzamento dell'obbligo di preavviso, il versamento della penale. Quindi, mentre la violazione dell'obbligo di preavviso ad opera della società sarebbe sanzionato con il solo risarcimento del danno commisurato all'indennità, la violazione dello stesso obbligo da parte dell'agente lo assoggetterebbe a due penali, ai sensi dell'art. 9 e dell'art. 10, con l'ulteriore esplicita previsione, per la seconda, della risarcibilità dei danni ulteriori.

5.6. Orbene, la tesi prospettata dalla ricorrente incidentale rende la pattuizione nulla per frode all'art. 1750 c.c. (art. 1344 c.c.).

Si premette che, come emerge dal complesso delle elaborazioni della giurisprudenza e della dottrina, per aversi frode alla legge, occorre: a) che la norma imperativa abbia natura non formale ma materiale, nel senso che sia da essa enucleabile un precetto, non esplicitato, che vieti di raggiungere risultati sostanzialmente equivalenti a quelli espressamente vietati; b) che vi sia identità di risultato fra contratto espressamente vietato e contratto mezzo di elusione; c) che l'elusione sia svelata da indici sintomatici.

In altri termini, la frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte tenute in violazione di norme imperative. Per mezzo di essa, e dunque a seguito del combinato

disposto della norma imperativa speciale che pone il divieto e della norma imperativa generale che sanziona la frode (art. 1344 c.c.), sono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti, le violazioni mediate e indirette, non apparenti e occulte del medesimo.

5.7. L'art. 1750 c.c., comma 4, limita l'autonomia privata nel senso che le parti possono sì stabilire termini di maggior durata rispetto a quelli minimi previsti dal comma terzo dello stesso articolo, ma per il preponente non possono essere previsti termini inferiori a quello posto a carico dell'agente.

In tema di recesso dal contratto, quindi, la disciplina individuale deve rispettare il principio di parità di cui è espressione la regola menzionata. In sostanza, sebbene sia ben configurabile l'ipotesi concreta che il preponente abbia un interesse preminente, rispetto a quello dell'agente, a termini di preavviso maggiori (stante il rischio di pregiudizi notevoli alla sua organizzazione d'impresa), il legislatore ha escluso che questo interesse possa essere tutelato mediante la pattuizione di termini diversi e maggiori per l'agente.

Esprime, quindi, il precetto materiale che, in tema di recesso, la posizione dell'agente non possa essere squilibrata rispetto a quella del preponente.

Nel caso di specie, la pattuizione della penale, aggiuntiva rispetto all'indennità di mancato preavviso, raggiunge il risultato di contraddire il detto principio, rendendo notevolmente più gravosa, per il solo l'agente, la possibilità di liberarsi del vincolo pagando la prevista indennità di preavviso. Pertanto, per le ragioni esposte, siffatto risultato deve ritenersi non consentito dalla legge in quanto elusivo del principio di parità nella materia del recesso.

5.8. Il secondo motivo di ricorso va, quindi, rigettato sulla base del seguente principio di diritto: "In tema di contratto di agenzia, l'art. 1750 c.c., comma 4, nel porre la regola inderogabile secondo cui i termini di preavviso devono essere gli stessi per le due parti del rapporto, esprime un precetto materiale che vieta pattuizioni che alterino la parità delle parti in materia di recesso, con la conseguenza che è nullo per frode al detto precetto (art. 1344 c.c.), il patto che contempli, in aggiunta all'obbligo di pagare l'indennità di mancato preavviso, una clausola penale a carico del solo agente che si renda inadempiente all'obbligo di dare preavviso".

6. Conclusivamente, vanno rigettati il ricorso principale e i ricorso incidentale. L'esito della lite giustifica la compensazione delle spese del giudizio di Cassazione.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi e li rigetta; compensa le spese del giudizio di Cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Lavoro, il 4 ottobre 2006.

Depositato in Cancelleria il 14 novembre 2006