

IL RAPPORTO DI AGENZIA, UNA PROSPETTIVA GIUSLAVORISTICA

Sommario

1.L'inquadramento normativo	3
1.1) Le fonti legali.....	3
1.2) Le fonti convenzionali	8
1.2.1) <i>La contrattazione corporativa</i>	8
1.2.2) <i>La contrattazione di tipo comune</i>	13
1.2.3) <i>Esclusione dell'applicazione della contrattazione collettiva di diritto comune</i>	18
1.3) Le fonti sovranazionali	21
2. La qualificazione del rapporto di agenzia.....	33
Premessa.....	33
2.1) Distinzioni con altre figure affini.....	33
2.1.1) <i>Con il mandato</i>	34
2.1.2) <i>Con il contratto di commissione</i>	38
2.1.3) <i>Con il contratto di mediazione</i>	41
2.1.4) <i>Con il procacciatore di affari</i>	43
2.1.5) <i>Con la concessione di vendita ed il franchising</i>	46
2.1.6) <i>Con il promotore finanziario</i>	52
2.1.7) <i>Con l'agente assicurativo</i>	57
2.2) Il rapporto di agenzia fra il lavoro autonomo e subordinato.....	62
2.2.1) <i>La durata del rapporto di agenzia: rapporto a tempo indeterminato e determinato</i>	74
2.2.2) <i>Obblighi e diritti dell'agente</i>	80
A) l'obbligo di lealtà, buona fede e diligenza.....	80
B) L'obbligo di conformazione ed informazione.....	84
C) rinvio agli obblighi del commissionario e lo star del credere.....	90
2.2.3) <i>I diritti dell'agente : la provvigione</i>	93

Capitolo primo

1.L'inquadramento normativo

1.1) Le fonti legali

In Italia la disciplina del contratto di agenzia inizia a svilupparsi intorno al XIX secolo, in particolare la prima menzione di agenzia si può riscontrare nel Codice del Commercio, in cui viene trattata fra le imprese di commissione. Tuttavia, il codice di commercio italiano del 1882, all'art. 3, n. 21, comprende solo la menzione di agenzia, senza alcun altro riferimento alla disciplina del modello contrattuale. Tra le attività del commercio, invece, venivano considerate anche "*le imprese di commissioni, di agenzie e gli uffici di affari*". Quindi anche se in via embrionale, l'attività dell'agente veniva indicata fra le principali attività commerciali. In sostanza l'agente era visto come "*l'anello di congiunzione tra produzione e commercio*".¹

Successivamente, una positivizzazione della disciplina fu tentata dal C.d. progetto Vivante del 1920, il quale, visto l'evolversi dell'attività delle

¹ Così A. LUMINOSO e G. ZUDDAS " *La mediazione e il contratto di agenzia*" in Tratt. Dirr. Comm., dirr. V. BONOCORE, Sezione II, tomo 3.IX, Torino, 2000, pp. 167 e 168; W. BIGIAMI " *Sul concetto di agente di commercio*" in Studi urbinati, 1931, pp. 36 e ss. Per una disamina storica più approfondita si veda G. GHEZZI " *Del Contratto di Agenzia*" in Comm. SCIALOJA – BRANCA, Bologna – Roma, 1970, 2; G. TRIONI " *Contratto di Agenzia*" in Comm. SCIAJOLA – BRANCA, Bologna - Roma 2006, pag. 2 e ss.; V. FRANCESCHIELLI " *Agenzia "(contratto di)"* in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1999, pag. 86; Sull'origine e l'inquadramento sistematico del contratto di agenzia si veda G. TRIONI " *Il contratto di agenzia*", Padova, 1994, pp 1-11, in cui, con estrema chiarezza, indica il *genus* del contratto di agenzia antecedente alla formulazione dei progetti Vivante e D'Amelio, richiamando i principali elementi del codice del commercio del 1882 titolo XII, e del codice civile del 1865, di impianto napoleonico, tra cui, come ricordato l'onerosità, e l'abitudine dell'attività di promuovere e "concludere" contratti in nome e per conto di case commerciali o società estere. Sull'evoluzione storica del contratto di agenzia anche E. ZANNELLI, " *Storia e teoria del rapporto di agenzia*", in Studi Urbinati, 1963, pp. 1 e ss.

relazioni commerciali in Italia ed in Europa, ha offerto una nuova stesura del Codice del Commercio alla luce del nuovo assetto economico.

Già da tale progetto iniziano ad evidenziarsi i caratteri fondamentali del contratto di agenzia. Nel progetto Vivante l'agente veniva definito come colui che “è incaricato da una o più ditte italiane o straniere di promuovere i loro affari in una determinata piazza o regione e di trasmettere le proposte per l'accettazione”. Un'ulteriore innovazione segnata nel medesimo progetto è l'indicazione di una indennità di risoluzione di fine rapporto ².

Il progetto Vivante fu assorbito dal successivo progetto D'Amelio per la stesura del nuovo Codice del Commercio del 1925, nel quale iniziano ad identificarsi con maggior chiarezza ulteriori elementi propri della figura dell'agente come la zona di competenza, le provvigioni sugli affari andati a buon fine, la clausola dello star del credere e l'indennità di risoluzione del rapporto.

Anche se non hanno avuto grande seguito legislativo³, il progetto Vivante e D'Amelio, sono stati ispiratori dell'accordo economico collettivo del 30

² Art. 22; Nel progetto vi era anche l'obbligo per il proponente di non avvalersi di altri agenti nella stessa piazza e per l'agente di non trattare con case concorrenti, mentre, nell'art. 29 del medesimo Progetto veniva disciplinata l'indennità di risoluzione del contratto in favore dell'agente. In proposito e più dettagliatamente A. FORMIGGINI, “*Il contratto di agenzia*”, in *Tratt. Diritto Civ.*, dirr. Vassalli, Torino, 1958. Il progetto Vivante venne poi trasfuso nel progetto preliminare del codice di commercio del 1925, c.d. Progetto D'Amelio, dove la definizione di agente è più breve, ma per la prima volta appare il concetto di “zona”, F. BORTOLOTTI e G. BONDANINI “*Il contratto di agenzia commerciale*”, Padova, 2003, 2 ss. Il contratto di agenzia trovava poi regolamentazione autonoma nella contrattazione collettiva degli anni trenta con l'accordo economico collettivo del 25.5.1935, R. BALDI, “*Il contratto di agenzia*”, Milano, 2001, pag. 10.

³ Di fatto tutti gli sforzi profusi nella stesura dei progetti di riforma del Codice del Commercio sono stati resi vani dall'ideazione di quello che sarà poi il nostro codice civile. Infatti, il 4 gennaio 1941 il Guardasigilli Grandi sottopose al Consiglio dei ministri le proposte riguardo all'abolizione del Codice di Commercio e al nuovo ordine sistematico del Codice civile. Caddero così i progetti di una autonoma codificazione in materia commerciale.

giugno 1935, al quale è stata data efficacia *erga omnes* con il decreto del capo di governo del 5 luglio 1935 n. 1203⁴.

Infine, la figura del contratto di agenzia ha trovato una propria autonomia e disciplina normativa nel codice del 1942 che lo ha definitivamente inquadrato al titolo III capo X agli articoli 1741 – 1753.

Tuttavia, nonostante un inquadramento che si può definire strutturale e sistematico all'interno del codice civile, la disciplina del rapporto di agenzia non è stata scevra di problematicità in considerazione dell'efficacia delle disposizioni collettive antecedenti alla redazione del codice le quali, come vedremo, saranno considerate fonti di diritto, delle disposizioni del codice civile e della successiva e più moderna normativa comunitaria.

La tradizione contrattuale instaurata con l'A.E.C. del 1935, il quale ha ben piantato le basi delle principali obbligazioni intercorrenti fra preponente e agente, fatte proprie poi dal nostro ordinamento del 1942, si è dovuta armonizzare con la disciplina comunitaria, che ha offerto con la direttiva n. 86/653/CEE del 18 dicembre 1986 una direzione comune agli stati associati su come regolare il contratto di agenzia⁵ mutuando le migliori disposizioni dalla legislazione degli stati che avevano sviluppato regole strutturali, primi fra tutti Francia e Germania⁶.

⁴ Tali disposizioni sono state fatte proprie anche dal successivo AEC del 30 giugno 1938 convalidato dal Capo del governo con decreto del 17 novembre 1938 n. 1784. Quest'ultimo è stato ulteriormente modificato con due successivi accordi collettivi il primo del 15 giugno 1951, in riferimento agli agenti di imprese commerciali, e l'altro del 14 gennaio 1953 inerente gli agenti di imprese industriali. Da questi la distinzione rimarrà tutt'ora. A. FORMIGGINI "Agenzia (contratto di)", in Nuov. ssimo Dig. It. Curr. ZARA – EULA, Torino, 1957, pagg. 400 e 401; F. TOFFOLETTO "Il contratto di Agenzia" in Comm. CICU – MESSINEO curr. P. SCHLESINGER, Milano, 2008, pag. 5.

⁵ Secondo G. ROSSELLI, "Il contratto di agenzia", Torino, 2000, pp. 34 ss, la fonte comunitaria ha prodotto una normativa contenente la disciplina minima inderogabile che permette di stipulare in ogni stato associato contratti simili e non del tutto diversi.

⁶ Per una panoramica sulla disciplina del contratto di agenzia in Europa si veda E. BRANDOLINI "il contratto di Agenzia nella normativa nazionale, internazionale e comunitaria", Torino, 2010, pp. 233 e ss.; per la disciplina tedesca si veda L. NOGLER "Indennità in caso di cessazione del rapporto di agenzia: il caso tedesco", in *Mass. GL*, 2001, n. 8/9, pp. 944 ss. Per una evoluzione

Nonostante lo sforzo legislativo di adeguamento della legislazione Italiana alla direttiva attraverso il d.lgs 303 del 1991, è stata necessaria l’emanazione di un successivo decreto correttivo, il d.lgs n. 65 del 1999.

Le principali modifiche apportate del decreto del 1991 sono intervenute sugli istituti della forma del contratto, della provvigione, dell’esclusiva, dell’indennità di fine rapporto e del patto di non concorrenza dopo la cessazione del contratto ⁷.

Infine ci sono state ulteriori rilevanti modifiche a seguito della legge del 1999 n. 526 che ha definitivamente imposto al legislatore italiano di esimere l’agente dallo “*star del credere*”⁸, ossia la garanzia, onerosa,

dell’istituto in Francia e Germania, G. TRIONI, “*Del Contratto di Agenzia art. 1742 – 1753*”, in Comm. Cod. Civ SCIALOJA – BRANCA, cur. F. GALGANO, Bologna Roma, 2006, intr. pp. 7- 10.

⁷ In particolare il d.lgs del 303 del 1991 ha riformato gli articoli 1348c.c., in merito alla provvigione ed alle modalità di pagamento con indicazione dei diritti e delle tempistiche di pagamento, l’art. 1750 c.c. in merito alla durata del contratto ed alla possibilità della trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato e contestualmente ha indicato gli estremi sui quali calcolare l’indennità di preavviso, l’art. 1751 c.c. sull’indennità di cessazione del rapporto, di cui si parlerà più avanti, ed infine introducendo l’art. 1751 bis. c.c. ossia il patto di non concorrenza. Tale riforma è stata criticata da autorevole dottrina come F. BORTOLOTTI “*La nuova legislazione sul contratto di agenzia: prime considerazioni sul decreto 303 del 10 settembre 1991*”, in *Contratto e Impresa*, 1993, pp. 95 e ss. in cui definisce superficiale il provvedimento normativo di applicazione della direttiva Europea del 1986. Si veda per un rapporto diretto fra le precedenti modifiche e le modifiche apportate alla disciplina del d.lgs 65 del 1999 in R. SCORCELLI “*Le recenti modifiche alle disposizioni del Codice Civile in materia di contratto di agenzia*” in *DL*, 2000, 1 , pp 13 ss.

⁸ La legge 526 del 21 dicembre 1999 in tema “*Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1999*” all’art. 28 dispone che “*E’ vietato il patto che ponga a carico dell’agente una responsabilità, anche solo parziale, per l’inadempimento del terzo. E’ però consentito eccezionalmente alle parti di concordare di volta in volta la concessione di una apposita garanzia da parte dell’agente, purché ciò avvenga con riferimento a singoli affari, di particolare natura ed importo, individualmente determinati; l’obbligo di garanzia assunto dall’agente non sia di ammontare più elevato della provvigione che per quell’affare l’agente medesimo avrebbe diritto a percepire; sia previsto per l’agente un apposito corrispettivo*”, modificando l’art. 1746 del c.c. Tale normativa è stata dalla dottrina criticata soprattutto da F. BORTOLOTTI in “*La nuova disciplina dello star del credere*” BORTOLOTTI - MOSCA, appendice, Padova, 2000, il quale afferma che la direttiva del 1986 non prevedeva un intervento sulla normativa dello star del credere, che, secondo l’autore, lo scambio di responsabilità era equamente disciplinato dalla normativa collettiva la quale era riuscita a contemperare “*le legittime esigenze di ambedue le parti*”. P. GUALTIEROTTI “*Star del credere addio*”, in *Agenti & Rappr. di commercio*, 1999, 4, p. 3 e ss; N. ALESSANDRI “*Star del credere addio*”, in *LNG*, 3, 2000, pp. 213 ss; In precedenza, ossia prima dell’abrogazione del patto, senza voler affrontare compiutamente il tema, in considerazione degli effetti abrogativi della legge 526 del 1999, lo star del credere era considerato quale semplice “prestazione” offerta dall’agente, non potendo ascrivere tale prestazione ad una forma di fidejussione ai sensi dell’art. 1936, considerata

offerta dall'agente sul sicuro adempimento da parte del cliente, e della legge del 29 dicembre 2000 n. 422 che ha previsto l'onerosità del patto di non concorrenza post contrattuale⁹.

La disciplina convenzionale e legale del contratto di agenzia, ad oggi, è pressoché strutturata in modo autonomo e definitivo, anche se la collocazione degli articoli può essere criticata, considerato il fatto che l'agente può essere equiparato, con le dovute valutazioni del caso, ad un lavoratore parasubordinato anziché ad un vero e proprio imprenditore, e ciò non solo per le analogie che legano questa figura a quella dell'art. 2094 c.c. ma anche al principio del "*favor prestatoris*" di cui la stessa direttiva comunitaria si fa alfiere.

la disciplina differente dell'istituto all'applicazione dello *star del credere*, che era limitata alle provvigioni e non invece all'effettivo adempimento di tutto l'obbligo del cliente, e non preclude il diretto intervento del mandante nell'agire per il corretto adempimento, ovvero il risarcimento, nei confronti del terzo, pur ammettendo la possibilità dell'azione di regresso da parte dell'agente ai sensi dell'art. 1950 c.c. Così G. GHEZZI "*Del contratto di agenzia*", in Comm. Cod. Civ., cur. A. SCIALOJA - G. BRANCA, art. 1742 – 1753, Bologna – Roma, 1970, pp. 119 -124; G. TRIONI in "*Il contratto di agenzia*" op. cit, pp. 127-130, afferma, invece, che non possa trattarsi di fidejussione in quanto l'agente non potrebbe usufruire solo dell'azione di regresso, ipotesi sostenuta dal Ghezzi, ma che allo stesso spetti, in caso di recupero del dovuto da parte del mandante, il rimborso dell'importo versato a titolo di *star del credere*.

⁹ All'art. 23, la normativa, in riforma dell'art. 1751 bis. c.c. prevede che "*L'accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente commerciale di una indennità di natura non provvigionale. L'indennità va commisurata alla durata, non superiore a due anni dopo l'estinzione del contratto, alla natura del contratto di agenzia e all'indennità di fine rapporto. La determinazione della indennità in base ai parametri di cui al precedente periodo è affidata alla contrattazione tra le parti tenuto conto degli accordi economici nazionali di categoria. In difetto di accordo l'indennità è determinata dal giudice in via equitativa anche con riferimento:*

1) *alla media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto ed alla loro incidenza sul volume*

d'affari complessivo nello stesso periodo;

2) *alle cause di cessazione del contratto di agenzia;*

3) *all'ampiezza della zona assegnata all'agente;*

4) *all'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo preponente".* Inoltre l'articolo prevede che tale patto possa essere unicamente applicato ad agenti che esercitano in forma individuale l'attività, sia essa costituita da società di capitali ovvero società di persone con un unico socio. Si evince quindi che il legislatore prevede e tenga in considerazione l'attività prevalentemente personale dell'agente, offrendogli maggiori tutele, ossia una disciplina legale prestabilita al fine di non soffrire una debolezza contrattuale dovuta ad una forza economica decisamente inferiore a quella del preponente.

In ambito processuale vengono introdotte novità con la legge n. 533 del 1977, che ha ricompreso fra le competenze funzionali del giudice del lavoro anche quella inerente il rapporto di agenzia. La previsione delle questioni di agenzia conoscibili dal giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 409 c.p.c., è una delle argomentazioni maggiori per dimostrare come il legislatore abbia tentato di tutelare maggiormente l'agente personalmente considerato, garantendogli una procedura più favorevole ¹⁰.

1.2) Le fonti convenzionali

1.2.1) La contrattazione corporativa

¹⁰ Tale principio, rinvenibile in un generico trattamento di derogabilità sempre in *mejus* da parte degli accordi individuali o da quelli collettivi, a favore dell'agente è però limitato dalla veste dell'agente stesso. Infatti, la direttiva comunitaria, così come la disciplina interna, mira a tutelare maggiormente, non tanto l'agente società, quanto piuttosto l'agente inteso quale lavoratore parasubordinato, ossia colui il quale agisce individualmente e personalmente. Anche in precedenza la c.d. legge Vigorelli (L.n. 741 del 14 luglio 1959) prevedeva, al proprio articolo 7 ultimo comma, che "Alle norme che stabiliscono il trattamento di cui sopra si può derogare, sia con accordi o contratti collettivi che con contratti individuali, soltanto a favore dei lavoratori". Tale previsione, non può non operare anche per l'agente, in riferimento agli accordi collettivi recepiti con decreto. Di questo parere è G. TRIONI "Il contratto di agenzia", op. cit. pp. 28 e 29. In tal senso, ma in riferimento alla competenza funzionale e territoriale del giudice del lavoro, si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, la quale con la pronuncia del 5 giugno 2000 n. 7489 ha avuto modo di affermare che "Come ha già rilevato questa Corte (Cass., 22 aprile 1997, n. 3464) l'esigenza di fondo cui si è ispirato il legislatore - nell'introdurre il 4° comma dell'art. 413 c.p.c. - è stata quella di radicare la competenza nel luogo in cui l'agente e gli altri prestatori d'opera parasubordinata prestano od hanno prestato la loro attività; esigenza questa che - nella medesima prospettiva di favor per il lavoratore è del tutto omogenea e sostanzialmente analoga a quella sottesa al 2° comma della medesima disposizione. Il domicilio dell'agente e del lavoratore parasubordinato rileva come criterio indiretto per avvicinare il processo al luogo dove (presumibilmente) si è svolto il rapporto di agenzia o di parasubordinazione, in mancanza di una "dipendenza" dell'azienda alla quale l'agente o il lavoratore parasubordinato possano risultare addetti, essendo ciò intrinsecamente incompatibile con la natura autonoma del rapporto. Anche Cass., 10 dicembre 1993, n. 12204 ha evidenziato tale ragione della ritenuta inapplicabilità del foro della "dipendenza" ai rapporti di parasubordinazione". La sostanziale equiparazione sul piano processuale effettuata dal legislatore con la L. 533 del 1973, la quale ha novellato l'art. 409 c.p.c., dimostra ulteriormente l'intenzione di tutelare e di favorire l'agente individualmente considerato, equiparandolo più al lavoratore subordinato che al lavoratore autonomo. Si veda anche M. MISCIONE "Il contratto di agenzia" in Tratt. Dirr. Priv., dirr. P. RESCIGNO, 12, tomo IV, pp. 249 -251, Torino, 1985. Sul favor prestatoris che permea tutto il diritto del lavoro A.CESSARI "Il <<favor>> verso il prestatore di lavoro subordinato", 1983, Milano, pp. 1 e ss.

La contrattazione collettiva degli agenti di commercio ha avuto la sua prima formalizzazione nel 1935, ed in particolare con l'accordo corporativo del 26 maggio 1935.

Gli A.E.C. (Accordi Economici Collettivi) corporativi sono sempre stati considerati quali atti aventi valore di legge ai sensi dell'art. 5 disposizioni preliminari al codice civile, nonché della legge del 3 luglio 1926 n. 563¹¹.

Il primo accordo del 1935, come accennato in precedenza, pur riprendendo per sommi capi il progetto Vivante, disciplinava nello specifico la figura dell'agente e i rapporti che questo doveva tenere con il preponente¹².

Tuttavia, sarà il successivo accordo collettivo di stampo corporativo del 30 giugno 1938 a presentarsi come la prima disciplina completa ed organica del rapporto di agenzia¹³ istituendo, tra l'altro, anche l'ente di previdenza ed assistenza degli agenti di commercio, oggi E.N.A.S.A.R.C.O.¹⁴

L'accordo del 1938 è composto da 16 articoli, di cui gli ultimi due riguardano la disciplina transitoria.

Già da un punto di vista del contenuto dei singoli articoli, è evidente l'intenzione delle parti sociali (in particolare le confederazioni fasciste degli industriali, dei commercianti e le federazioni fasciste delle "cooperative

¹¹ La legge, una delle c.d. leggi fascistissime, attribuiva alle rappresentanze sindacale ed alle associazioni dei datori di lavoro, a seguito di espresso regio decreto, personalità di soggetti pubblici capaci di dare forza obbligatoria agli accordi collettivi stipulati (art. 5).

¹² L'accordo del 1935, approvato con il Regio Decreto del 12 luglio 1935, n. 161, inerente sia gli agenti dell'impresa commerciale che quella industriale (art. 1) è regolato in 18 articoli. Dalla semplice lettura degli stessi si intravedono i principali profili del rapporto. Infatti, è indicato il concetto di zona e di esclusiva (art. 02); l'obbligo da parte dell'agente di osservare le direttive imposte dal preponente (art. 03); viene indicato la retribuzione in provvigione dell'agente ed anche del diritto a percepire la c.d. provvigione indiretta (ossia quella ottenuta da un contratto concluso direttamente dal preponente nella zona di esclusiva dell'agente, art. 04). Nello stesso articolato vengono indicati i casi in cui l'agente può legittimamente risolvere il contratto ottenendo la relativa indennità (artt. 7 e 8), in cui oltre a cause oggettive come il fallimento o della cessazione della società proponente, si accenna alla giusta causa. Altresì, in considerazione della risoluzione del rapporto si quantifica anche il preavviso, ovvero la sua monetizzazione (art. 13).

¹³ F. BORTOLOTTI - G. BONDANINI " *Il contratto di agenzia commerciale*", Padova, 2003, pp. 8 e 9

¹⁴ Al momento della costituzione chiamato E.N.F.A.S.A.R.CO (Ente Nazionale Fascista di assistenza per gli agenti e rappresentanti di commercio), art. 12 dell'accordo del 1938. Più approfonditamente *infra*.

interessate” e la federazione nazionale fascista degli agenti e dei rappresentanti di commercio) di attribuire un contenuto più sistematico al rapporto di agenzia.

Nel primo articolo, infatti, viene delineata quella che sarà la figura dell’agente fino ai giorni nostri, ossia viene definito agente colui che “è incaricato stabilmente da una o più ditte di promuovere la conclusione dei contratti in una determinata zona”¹⁵, dando così particolare importanza alla stabilità dell’attività di promozione¹⁶.

Altre disposizioni dell’accordo, che verranno in seguito accolte anche dal legislatore nel codice del 1942, si ritrovano all’art. 2 che disciplina il diritto di esclusiva¹⁷ e all’art. 3 che prevede l’obbligo dell’agente di attenersi alle disposizioni del preponente¹⁸.

Particolare rilevanza hanno gli artt. 4 e 5, i quali regolarizzano la provvigione in maniera decisamente più strutturata del precedente accordo del 1935.

Quale elemento significativo dell’evoluzione della disciplina, assai importante è stata la convenzione in base alla quale è stato individuato il momento genetico del diritto alla provvigione¹⁹, anche se, a ben vedere, la

¹⁵ L’associazione all’art. 1742 comma 1 del cod. civ. è diretta. E’ evidente che già nel 1938 vengono confermati gli elementi di stabilità dell’attività, della zona determinata e promozioni nella conclusione dei contratti, novità quest’ultima, assente nell’accordo del 1935, in cui l’agente era colui che “concludeva” accordi, attribuendo, quindi, all’agente una sorta di rappresentanza diretta del preponente. Tuttavia questa rappresentanza è piena, e non può essere considerata come l’embrionale anticipazione di cui all’art. 1745 c.c., il quale prevede sì la rappresentanza diretta dell’agente, ma essa è ben distinta da quella piena di cui all’art. 1752 c.c., il quale prevede espressamente la possibilità di attribuire all’agente il potere di sottoscrivere in nome e per conto del preponente i contratti.

¹⁶ Elemento che contraddistinguerà l’agente da altre figure ad esso affini, come ad esempio il procacciatore d’affari.

¹⁷ L’ordinamento italiano ha recepito la disposizione dell’accordo con l’art. 1743 c.c.

¹⁸ L’ordinamento italiano ha recepito la disposizione dell’accordo con l’art. 1746 c.c.

¹⁹ Al primo comma si legge “l’agente o il rappresentante è pagato a provvigione sugli affari andati a buon fine”, considerando “buon fine” non l’esatto adempimento del terzo e bensì il risultato economico utile conseguito dal preponente attraverso l’attività dell’agente. Tale prima tesi, poi superata dalle successive modifiche dell’art. 1748, anche a seguito del recepimento della direttiva CEE del 1986, rinveniva nella contrattazione collettiva l’esaltazione degli aspetti più

maturazione delle parti sociali nel regolare la materia si può rilevare maggiormente nella regolarizzazione del comportamento che preponente e agente devono tenere in caso delle c.d. provvigioni indirette, ovvero di quelle postume²⁰. Inoltre viene indicata, con minuzia, la tempistica di pagamento delle provvigioni²¹.

Un'articolazione più complessa e strutturata è prevista per l'indennità di preavviso e di risoluzione del rapporto (dall'art. 7 all'art. 11), elemento quest'ultimo che darà agli interpreti non pochi spunti di riflessione, in considerazione della non perfetta armonizzazione delle numerosi fonti regolative.

Con l'art. 12 veniva costituito, come già accennato sopra, l'ente nazionale fascista di assistenza per gli agenti e rappresentati di commercio, quello che poi diventerà l'attuale E.N.A.S.A.R.C.O.²²

pratici e commerciali, e meno giuridici nell'intendere il "*buon fine*" quale esatto adempimento. Sotto tale luce, quindi, si può comprendere come, "*buon fine*" possa essere inteso qualsiasi utilità derivante dall'attività del preponente a seguito della conclusione del contratto. La dottrina contestuale e successiva esaltavano il diritto dell'agente ad ottenere la provvigione in relazione all'ammontare della somma incassata dal preponente. Su tale aspetto si veda G. GHEZZI "*Del contratto di agenzia ...*" cit, pp. 131 – 132, ivi C. VIVANTE, "*Trattato di diritto commerciale*", Milano, 1929, I, p. 314; G. TRIONI, "*Il contratto di agenzia*", op. cit. p. 140.

²⁰ La regolamentazione delle provvigioni indirette, ossia quelle effettuate direttamente dal preponente senza l'intervento dell'agente ma nella zona di esclusiva dell'agente stesso, e di quelle postume, ossia quelle spettanti all'agente successivamente alla risoluzione del rapporto, è indicata dagli ultimi due commi dell'art. 4.

²¹ Al'art. 5 si legge "*Le provvigioni saranno liquidate almeno alla fine di ogni semestre con la spedizione all'agente o rappresentante del conto provvigioni e pagate entro i 60 giorni dall'approvazione del conto relativo*". E' da osservare, comunque, che la nuova disciplina, a cui sui rimanda in seguito con specifica trattazione, non solo ha modificato in maniera assai più complessa il regime delle provvigioni ma ha condensato in le disposizioni che sin dal 1935 erano suddivise in due articoli, ossia il momento costitutivo del diritto a richiedere la provvigione e le modalità di pagamento da parte del preponente, in un unico articolo ossia l'art. 1748 c.c.

²² L'accordo del 1938 venne recepito con il Regio Decreto del 6 giugno 1939, n. 1305. Successivamente lo statuto del costituendo ENASARCO venne modificato dal D.p.R. n. 388 del 22 giugno 1949, poi con D.m. del 1aprile 1955 e del 12 agosto 1964. Ulteriori modifiche ci sono avute con il D.p.R. del 24 dicembre 1965 n. 1649 e con il D.P.R. n. 756 del 4 agosto 1971 venne approvato un nuovo Statuto. Con la legge n. 12 del 2 febbraio 1973 (regolamento approvato con Decreto Ministeriale 20 febbraio 1974) venne ridefinita la natura ed i compiti dell'Ente in particolare riguardo al trattamento pensionistico integrativo. Tale legge riveste particolare importanza in quanto rende obbligatori i versamenti contributivi, pur essendo finalizzati gli stessi a una previdenza integrativa. Il 30 giugno 1994, il decreto legislativo n. 509 ha decretato la privatizzazione dell'Enasarco.

La convenzione delle parti sociali non prevedeva unicamente l'istituzione dell'ente previdenziale, a cui l'agente doveva essere obbligatoriamente iscritto, ma anche il carico dei contributi che dovevano sostenere sia il preponente che l'agente, pari al 3% “*sulle retribuzioni liquidate all'agente*”. Nel medesimo articolo era prevista anche la destinazione di altri contributi ad un fondo che sarebbe intervenuto in caso di risoluzione del rapporto²³.

I due accordi, quello del 1935 e del 1938, sono documenti di estrema importanza, non solo per il loro valore storico, ma soprattutto perché le norme ivi contenute rendono chiaramente idea del substrato giuridico e culturale che ha determinato le principali scelte del legislatore moderno²⁴.

Gli accordi economici collettivi (A.E.C.) che si sono succeduti nel tempo sono le modifiche di quello del 30 giugno 1938, rimasto in sostanza invariato per 18 anni.

Successivamente alla caduta del partito fascista e venuto meno il regime corporativistico, ebbero fortuna i c.d. *A.E.C. post corporativi* che, pur non avendo *ab origine* forza di legge vennero resi atti “*aventi il corpo del contratto ma l'anima della legge*” grazie alla legge n. 741 del 14 luglio 1949 detta legge Vigorelli, la quale pur non attuando il disposto dell'art. 39

²³ L'accordo prevedeva che in caso di risoluzione da parte del preponente i contributi versati avrebbero assorbito l'indennità prevista in caso di scioglimento senza giusta causa; mentre, in caso di risoluzione per colpa dell'agente il contributo versato dalla ditta sarebbe stato rimborsato a quest'ultima.

²⁴ Tali accordi non sono mai stati abrogati, e comunque, come accennato il loro impianto, assorbito dalla disciplina legale ha comportato “*una virtuale ultrattività del complesso assetto normativo preesistente*”, così G. TRIONI, “*il contratto di agenzia*” cit., p. 191. Di parere contrario E. SARACINI - F. TOFFOLETTO, “*il Contratto di Agenzia, artt. 1742 -1753*”, in Comm. Cod. civ., dir., D. BUSNELLI, Milano, 2002, p. 454, il quale afferma che gli AEC precedenti alle disposizioni di attuazione della direttiva Europea 653 del 1986, non siano stati esplicitamente abrogati, ma implicitamente abrogati, non solo ai sensi dell'art. 15 disp. prel che disciplina la successione delle leggi nel tempo, ma anche in relazione al divieto di qualsiasi pattuizione a svantaggio dell'agente, ivi rientrando anche gli AEC, qualora questi ultimi, come di fatto è accaduto, prevedono discipline più sfavorevoli rispetto alla legge.

Cost, ha di fatto reso applicabile *erga omnes* disposizioni convenzionali altrimenti aventi mera validità contrattuale.

Il 20 giugno 1956 venne stipulato un A.E.C. specifico per gli agenti operanti a favore delle aziende industriali, recepito *erga omnes* con il D.P.R. del 16 gennaio 1961 n. 145, e il 13 ottobre 1958 venne stipulato l'A.E.C. per agenti operanti a favore di aziende commerciali, anche questo reso valido *erga omnes* con D.P.R. 26 dicembre 1960 n. 1842.

In seguito, la contrattazione collettiva seguì la ordinaria disciplina di diritto privato.

1.2.2) La contrattazione di tipo comune

Gli accordi collettivi stipulati successivamente al 1960 hanno valore privatistico²⁵, ossia esplicano la loro efficacia solo nei confronti dei soggetti contraenti, a cui si sono associati il preponente e l'agente. Inoltre, l'efficacia delle clausole ivi segnate si producono anche quando le parti, indipendentemente che siano o meno collegate alle associazioni firmatarie, espressamente richiamano nei contratti individuali l'A.E.C. di riferimento²⁶. Una svolta qualitativa importante è stata offerta alla contrattazione collettiva dagli A.E.C. 18 dicembre 1974 (industria) e 18 febbraio 1975 (commercio)²⁷ che, prendendo atto della significativa giurisprudenza

²⁵ Sulla funzione dei contratti collettivi G.GIUGNI, "La funzione giuridica del contratto collettivo del lavoro", in *Atti del congresso nazionale di diritto del lavoro*, III convegno nazionale, Pescara- Teramo, 1 - 4 giugno 1967, Milano, 1968, pp. 26 ss; V. SIMI "La funzione della legge nella disciplina collettiva dei rapporti di lavoro", Padova, 1980, anche richiamati da G. TRIONI, "Del contratto di agenzia, art. 1742 - 1753" op cit., intr. pag. 20.

²⁶ E' prassi riconosciuta che il diretto richiamo nel contratto individuale alla disciplina del contratto collettivo individua la volontà delle parti dell'applicazione delle clausole indicate negli stessi AEC.

²⁷ Gli AEC post corporativi di natura privatistica per il settore Industria sono stati quelli del 2 agosto 1965, 30 giugno 1969, 18 dicembre 1974, 19 dicembre 1979, 16 novembre 1988, 30 ottobre 1992 e 20 marzo 2002; mentre nel settore commercio sono stati sottoscritti di volta in volta nuovi accordi del 19 marzo 1964, 05 ottobre 1968, 27 novembre 1992, 26 febbraio 2002 e 16 febbraio 2009 integrato dal successivo accordo del 10 marzo 2010. Per il settore delle piccole e medie industrie facenti capo alla CONFAPI quelli del 28 febbraio 1975, 25 luglio 1979, 5 novembre

venutasi a formare, hanno arricchito gli accordi con una forma più organica e completa, quella forma che è la struttura di base sulla quale si lavora tutt'oggi e che costituisce il canovaccio degli ultimi.

Le modifiche del codice civile, introdotte per l'unificazione della disciplina del contratto di agenzia nella Comunità Europea a seguito della direttiva del 1986, hanno condotto anche la contrattazione collettiva a cambiare a più riprese al fine di non creare contrasti e cercare di offrire una disciplina il più possibile omogenea. Il primo e più immediato tentativo si è avuto con i cosiddetti "accordi ponte" del 1992²⁸, finalizzati a dare una disciplina organica e non contraddittoria all'indennità di fine rapporto, in relazione alla profonda innovazione del novellato art. 1751 del codice civile modificato dal d.lgs 303 del 1991.

Il provvedimento normativo, attuativo della direttiva europea 563 del 1986, come detto in precedenza, ha modificato le disposizioni in tema di indennità di cessazione del rapporto, abrogando, in sostanza, tutto l'apparato normativo e convenzionale precedente.

Al fine di risolvere i contrasti sorti in giurisprudenza in merito alla disciplina da applicare in relazione al calcolo ed alle modalità di erogazione dell'indennità di cessazione del rapporto di agenzia, in conseguenza della diversa impostazione dell'art. 1751 c.c.²⁹ e della disciplina collettiva, le parti sociali hanno stipulato nel 2009 per il settore commercio³⁰ un nuovo A.E.C.

1992 e del 20 marzo 2002. Per il settore artigianato sono stati sottoscritti accordi il 22 giugno 1972, il 21 marzo 1984. Il 01 dicembre 1989, il 19 novembre 1992 e il 12 giugno 2002. Infine nel settore assicurativo si ci sono stato gli AEC del 3 dicembre 1963, del 12 febbraio 1970, del 25 giugno 1975, del 16 settembre 1981, del 28 luglio 1994 e del 23 dicembre 2003.

²⁸ La risposta immediata della contrattazione collettiva si è avuta con l'accordo di Roma del 30 ottobre 1992.

²⁹ *Cfr infra*

³⁰ Integrato con un accordo del 20 marzo 2010, mentre per il settore industria si è in attesa di un AEC che superi le limitazioni di quelli del 2002.

La nuova contrattazione, non solo ha tenuto nel dovuto conto le soluzioni trovate dalla giurisprudenza interna, ma ha considerato di notevole importanza anche la sentenza della Corte di Giustizia Europea C-456/04 del 23 marzo 2006, la quale ha ribaltato l'orientamento della giurisprudenza italiana sull'applicazione degli A.E.C.³¹

L'argomento è di particolare interesse e sarà oggetto di trattazione nel proseguo, in questa sede è solo il caso di ricordare che la sentenza citata sembra aver posto fine all'indeterminatezza venutasi a creare, tanto da spingere le parti sociali a dichiarare espressamente, nel primo accordo stipulato dopo la decisione della C.G.E., di adeguarsi alla direttiva comunitaria del 1986 ed alla normativa interna³² e ciò al fine di rendere applicabile le clausole inserite nella contrattazione collettiva.

³¹ La questione verteva, come accennato, su quale disciplina applicare, se quella prevista dalla normativa legale o convenzionale, ed in particolare in quale momento doveva effettuarsi. La Corte di Giustizia ha affermato *“l'indennità di cessazione del rapporto che risulta dall'applicazione dell'art. 17, n. 2, della direttiva non può essere sostituita, in applicazione di un accordo collettivo, da un'indennità determinata secondo criteri diversi da quelli fissati da quest'ultima disposizione a meno che non sia provato che l'applicazione di tale accordo garantisce, in ogni caso, all'agente commerciale un'indennità pari o superiore a quella che risulterebbe dall'applicazione della detta disposizione”* ed ha chiarito che la natura sfavorevole o meno della deroga alle disposizioni dell'art. 17, consentita dall'art. 19 prima della scadenza del contratto, *“deve essere valutata al momento in cui le parti la prevedono. Queste ultime non possono convenire una deroga di cui esse ignorano se essa si rivelerà, alla cessazione del contratto, a favore ovvero a scapito dell'agente commerciale”*. Pertanto secondo la Corte, una deroga *“può essere ammessa solo se, ex ante, è escluso che essa risulterà, alla cessazione del contratto, a detrimento dell'agente commerciale”*. Particolarmente importante è il chiarimento contenuto nel par. 28, dove viene precisato che la deroga sarebbe ammissibile *“...per quanto riguarda l'accordo del 1992, nell'ipotesi in cui potesse essere dimostrato che l'applicazione di tale accordo non è mai sfavorevole all'agente commerciale, in quanto esso garantirebbe sistematicamente a quest'ultimo, alla luce di tutti i rapporti giuridici che possono essere instaurati tra le parti di un contratto di agenzia commerciale, un'indennità superiore o almeno pari a quella che risulterebbe dall'applicazione dell'art. 17 della direttiva”*. Sul punto ci si tornerà in seguito.

³² Nell'A.E.C. del 2009 del settore Commercio, come indicato, l'art. 12, al fine di evitare questioni di nullità della clausola in contrasto con la legge, fa espresso riferimento alla direttiva europea *“Art. 12 – Indennità di fine rapporto Con la presente normativa le parti intendono dare piena ed esaustiva applicazione all'art. 1751 Codice Civile, anche in riferimento alle previsioni dell'art. 17 della Direttiva CEE 86/653, individuando modalità e criteri applicativi, particolarmente per quanto attiene alla determinazione in concreto della misura dell'indennità in caso di cessazione del rapporto. A tal fine si conviene che l'indennità in caso di cessazione del rapporto sarà composta da tre emolumenti:*

Oltre a quanto indicato per l'indennità di cessazione del rapporto di agenzia, ulteriori sono state le divergenze fra la contrattazione collettiva e la legge italiana ed in particolare si ricorda la superata clausola dello “*star del credere*”, la quale prevedeva la responsabilità dell'agente nel caso di inadempimento del cliente. Tale responsabilità è stata definitivamente abrogata con la legge n. 526 del 1999³³.

La dottrina si è interrogata sulla possibilità di affiancare la disciplina degli A.E.C. a quella propria dei contratti collettivi in senso stretto, ossia quelli per i lavoratori subordinati, in riferimento alla possibilità della sostituzione automatica delle clausole dei contratti individuali con quelle dei contratti collettivi³⁴ (*rectius* A.E.C.).

- il primo, denominato *Indennità di risoluzione del rapporto*, viene riconosciuto all'agente o rappresentante anche se non ci sia stato da parte sua alcun incremento della clientela e/o del fatturato, e risponde principalmente al criterio dell'equità;

- il secondo, denominato *Indennità suppletiva di clientela*, sarà riconosciuto ed erogato all'agente o rappresentante secondo le modalità di cui al successivo capo II. Anche tale emolumento risponde al principio di equità, e non necessita per la sua erogazione della sussistenza della prima condizione indicata nell'art. 1751, I comma, Codice Civile;

- il terzo, denominato "*Indennità meritocratica*" risponde ai criteri indicati dall'art. 1751 del Codice Civile, relativamente alla sola parte in cui prevede come presupposto per l'erogazione l'aumento del fatturato con la clientela esistente e/o l'acquisizione di nuovi clienti”.

³³ Cfr supra alla nota 8.

³⁴ G. TRIONI “ *Del contratto di agenzia, 1742 -1753*”, op .cit, tesi in precedenza esposta da medesimo autore in “*Il contratto di agenzia*”, 1994 op. cit.;sul punto anche M. NAPOLI il quale ha recensito “*Del contratto di agenzia*” di G. Trioni, in RGDL, 2008, 4, p. 462. Si fa giustamente notare, che l'art. 2066 cod. civ. non è stato mai abrogato, ma semplicemente inapplicato in quanto la Corte Cost. chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale dell'art. 43 del d.l.l. n. 369 del 1944, rigettando la domanda del giudice *A quo* ha affermato che l'articolo non dette mai efficacia di legge ai contratti corporativi, che non potevano assolutamente abrogare o derogare una legge ordinaria, essendo fonti di diritto di rango inferiore a queste ultime, ma semplicemente riconobbe la loro validità, equiparandoli agli accordi o contratti di diritto comune, i quali possono sempre modificarli. (Cort. Cost. n. 1 de 12 febbraio 1963, ripresa anche in Cort. Cost. n. 63 del 11 aprile 1963 “*Notoriamente i contratti collettivi, come gli altri atti normativi previsti nell'art. 5 delle disposizioni sulla legge in generale, non ebbero forza di legge nel sistema in cui sorsero, tanto che non potevano derogare neanche alle disposizioni imperative dei regolamenti (art. 7 delle disposizioni sulla legge in generale). Caduto questo sistema, il decreto legislativo luogotenenziale 1944 n. 369 (art. 43) non dette forza di legge alle norme corporative, ma si limitò a mantenere inalterata la loro originaria efficacia: non "legificò" tali norme, ma riconobbe agli atti che le avevano poste la permanenza dell'antico vigore. Non a caso nuovi contratti collettivi possono "modificarle" con effetto per gli iscritti alle associazioni che li stipulino: ciò proprio in virtù dello stesso decreto legislativo luogotenenziale 1944, n. 369, che verosimilmente non lo avrebbe consentito se avesse inteso attribuire forza di legge all'insieme delle norme corporative mantenute in efficienza; rispetto alle quali pertanto non si possono sollevare questioni di legittimità*

La questione riguardava il fatto di una possibile equiparazione fra il dispositivo di cui all'art. 2066 cod. civ. e l'art. 2077 cod. civ.

La critica maggiore avverso tale tesi³⁵ viene riscontrata nel fatto che, mentre l'art. 2077 cod. civ. fa salve le disposizioni più favorevoli al lavoratore, l'art. 2066 cod. civ. prevede un'automatica sostituzione di tutte le clausole difformi.

Tuttavia, le parti sociali, perseguendo il fine ultimo della tutela dell'agente, considerato parte debole della contrattazione, hanno disposto una specifica clausola salvifica degli accordi individuali più favorevoli. Di ciò sono un esempio l'art. 18 dell'A.E.C. del 16 febbraio 2009 nel settore commercio, e l'art. 17 dell'A.E.C. del 20 marzo 2002 settore industria.

Tuttavia il concetto di clausola non può limitarsi unicamente al significato letterale, nel senso della singola clausola legata alla disciplina di un istituto, ma deve essere intesa nella sua totalità, ossia dell'intero istituto.

In altre parole, nel caso l'accordo individuale disciplinasse una parte del contratto in maniera difforme dall'insieme di clausole indicate all'interno dell'A.E.C. per il medesimo istituto (ad esempio le modalità di rinnovo del contratto a termine) esse devono essere considerate nella loro totalità così come indicato all'articolo dell'AEC di settore, non potendo, invece tenere per buone unicamente le clausole più favorevoli rispetto all'articolo dell'A.E.C., e sostituire le altre³⁶. Quindi sarà l'intera disciplina dell'istituto indicato dall' A.E.C. ad applicarsi, salvo, ovviamente, valutare se di fatto tale disciplina sia effettivamente più favorevole di quella del contratto individuale³⁷.

costituzionale”). Si veda anche A ANGELELLI “*Legittimità costituzionale degli accordi economici corporativi e loro modificabilità*”, in RDL, 1958, 1, p. 121

³⁵ Di parere contrario SARACINI – TOFFOLETTO “*Il contratto di agenzia*”, 2002, cit. pagg. 91 -95.

³⁶ Così come avviene per il CCNL

³⁷ Un altro esempio può essere quello del preavviso, in cui nel contratto individuale venga indicato un periodo più lungo ma un base di calcolo inferiore rispetto a quella prevista dall'A.E.C. In

1.2.3) Esclusione dell'applicazione della contrattazione collettiva di diritto comune

L'applicazione della contrattazione collettiva di diritto privato, a differenza di quella avente forza cogente di disciplina pubblica, come per i contratti corporativi e post corporativi, prevede che se le parti del contratto individuale non appartengono a nessuna delle associazioni firmatarie, esso non vincola le parti contraenti dell'accordo individuale a rispettarlo.

Questo impedimento può essere superato o dal semplice richiamo nel contratto individuale alla disciplina contenuta nell'accordo collettivo attraverso una adesione esplicita a quest'ultimo, oppure, nel caso in cui la casa preponente abbia sempre applicato in precedenza l'A.E.C. di settore senza che ciò sia mai stato contestato.

Alcune difficoltà possono rinvenirsi nel caso in cui il richiamo avvenga tacitamente ovvero implicitamente per fatti concludenti. In tale occasione la giurisprudenza ha sempre ritenuto che vi fosse un'adesione tacita alle previsioni indicate nella contrattazione collettiva nella sua totalità³⁸.

Parte della dottrina, tuttavia, ritiene che alcuni comportamenti che il preponente ritiene dovuti per legge non possano configurare una volontà di

questo caso sarà sempre necessario, per una eventuale richiesta di sostituzione quale delle due sia effettivamente più vantaggiosa per l'agente.

³⁸ L'applicazione o meno dei disposti indicati dalla contrattazione collettiva non è lasciata unicamente agli aderenti delle associazioni sindacali firmatarie ovvero delle associazioni dei preponenti, o a coloro che richiamo *per relationem*, nel contratto individuale, la disciplina del contratto collettivo, ma anche a coloro che abbiano in precedenza utilizzato gli stessi AEC e che successivamente non ne abbiano posto in discussione la validità. Molte sono le pronunce giurisprudenziali che hanno espresso tale così Cass. 14 gennaio 1999 n. 368 e 369, in *Mass. GI.* 1999, 38 e 39; Cass. 11 novembre 1988, n. 6114, in *Mass. GI.* 1988, col 41. L'interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità è stata seguita anche da quella di merito come in T. Genova 1 aprile 2004, n. 312, in *Agenti e Rappresentanti*, 2004, 4, p. 22. L'equiparazione con la teoria dell'adesione implicita del lavoro subordinato in riferimento alla contrattazione collettiva è inevitabile, si veda Cass. S.U. 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giur. It.*, 1998, col 916, con nota. M. MARAZZA, "Le sezioni unite sui criteri di applicazione del contratto collettivo di diritto comune e retribuzione proporzionata sufficiente". Anche D. BALDUCCI, "Agenti e rappresentanti", Milano, 2012, p.45.

aderire alla disciplina della contrattazione collettiva, ritenendo la condotta del preponente non supportata da una piena consapevolezza.³⁹

Tale conflitto è stato superato dall'A.E.C. del commercio del 16 febbraio 2009, in cui, nelle premesse, considera la disciplina contenuta nello stesso A.E.C. quale "complesso normativo unitario ed inscindibile", ammettendo, quindi, l'applicazione anche implicita della contrattazione collettiva⁴⁰.

Ovviamente possono esserci casi in cui una sola delle parti sia iscritta ad una delle associazioni firmatarie degli A.E.C., ovvero che le stesse parti siano iscritte ad associazioni firmatarie di accordi differenti, in tal caso si applica la disciplina dell'A.E.C. dell'associazione a cui è iscritto il preponente.

Qualora l'agente contesti l'applicazione dell'A.E.C., perché ritiene che il proponente, ad esempio, svolga attività industriale e non commerciale, egli avrà sempre il diritto di far applicare l'A.E.C. che ritiene più idoneo, onerandosi, in caso di giudizio, della prova⁴¹.

Ma mentre non si rilevano difficoltà ad individuare la volontà delle parti in merito all'applicazione tacita degli A.E.C. quando gli agenti sono persone fisiche, problemi sorgono per gli agenti che svolgono la propria attività in forma societaria.

³⁹ In tale ottica BORTOLOTTI - BONDANINI " *Il contratto di agenzia commerciale*", op. cit., pp. 15 ss., in cui si afferma che il versamento dell'indennità di scioglimento al FIRR non possa determinare se la decisione dei versamenti è stata presa unilateralmente dal preponente il quale la riteneva come norme legale e non convenzionale sul punto richiama App. Torino Filtura Guglierimino S.p.A. contro Guglierimino Filati S.r.l., in *Giur. Piem.* 2001, p. 412. Tuttavia, tale circostanza non può far venire meno l'intenzione di un'applicazione tacita in quanto, sebbene il versamento venga effettuato unilateralmente da parte del preponente, a quest'ultimo non vi si è opposto l'agente, nel quale si ingenera l'aspettativa che il preponente abbia aderito alla disciplina della contrattazione collettiva.

⁴⁰ A. VENEZIA, appendice a " *Il contratto di Agenzia, la concessione di vendita, il franchising*", Milano, 2011, pag. 2.

⁴¹ Secondo SARACINI - TOFFOLETTO " *Il contratto di agenzia*" op. cit 2002, p. 94, ai fini dell'applicabilità degli A.E.C. di diritto comune, conta solo la circostanza che il proponente sia iscritto alle associazioni stipulanti.

Prima del 2002 la possibilità dell'applicazione delle norme contrattuali anche per le società veniva ammessa solamente nel caso in cui la stessa società svolgesse esclusivamente attività di agenzia, a tale scopo era sufficiente che l'attività di agenzia fosse indicata nell'oggetto sociale.

Tuttavia poteva capitare che la società non svolgesse esclusivamente attività di agenzia commerciale e che nel proprio oggetto sociale venissero indicate altre attività. L'assenza dell'esclusività dell'attività di agenzia non permetteva, quindi, l'applicazione automatica dell'A.E.C., a meno che nell'accordo individuale non vi fosse un espresso richiamo a quest'ultimo *per relationem*.

Successivamente il carattere dell'esclusività è stato stemperato dal carattere delle prevalenza e ciò ha permesso alle società di poter indicar nell'oggetto sociale anche attività strumentali e correlate a quella principale di agenzia.

Sono, poi, gli stessi A.E.C. ad escludere espressamente quando gli istituti disciplinati non possono applicarsi all'agente in forma societaria.

Esemplificativo è il caso della stipulazione del patto di concorrenza post contrattuale che non può applicarsi alle società di capitali, se non nel caso in cui quest'ultima abbia un unico socio ⁴².

Anche in questo caso è evidente l'intento sociale dell'A.E.C. che cerca sempre di tutelare il contraente più debole, ossia l'agente che opera personalmente alla stregua del lavoratore parasubordinato.

Per mera applicazione logica agli agenti in forma societaria non possono applicarsi le clausole relative alla cessazione del rapporto per pensionamento o invalidità dell'agente, requisiti che, ovviamente, si riferiscono esclusivamente alle persone fisiche.

⁴² Si richiamano sul punto, in tema di patto di non concorrenza post contrattuale: art. 8 ultimo comma A.E.C. Commercio 16 febbraio 2009; art. 14 comma 1, A.E.C. Industria 20 marzo 2002.

Un caso assai discusso di esclusione dalla disciplina collettiva ha riguardato il c.d. agente abusivo o di fatto.

Sin dal periodo corporativo è stato istituito presso le varie camere di commercio un apposito ruolo per gli agenti di commercio. Tale ruolo mirava, non solo a tutelare la categoria, ma anche a offrire ai vari agenti iscritti una sorta di “pubblica fede” finalizzata ad agevolare l’affidamento dei terzi che venivano in contatto con l’agente medesimo.

Lo stesso legislatore con la legge n. 316 del 12 marzo 1968, sostituita dalla L. 204 del 3 marzo 1985, ha ritenuto non valido il contratto stipulato con l’agente non iscritto al ruolo, con una implicita conseguenza sulla impossibilità del contratto di produrre effetti.

Tuttavia, e lo si vedrà fra poco, a seguito dell’evoluzione giurisprudenziale e dell’intervento della Corte di Giustizia Europea, gli A.E.C. più recenti saranno applicabili anche agli agenti di fatto.

Solo ultimamente, ossia con il d.lgs 26 marzo 2010, n. 59, attuativo della direttiva comunitaria n. 123 del 2006, è stato soppresso il ruolo, rendendo sufficiente per l’esercizio della professione d’agente la mera iscrizione alla camera di commercio⁴³.

1.3) Le fonti sovranazionali

Come richiamato in precedenza, la disciplina del contratto di agenzia è stata “uniformata” dal legislatore europeo con la direttiva n. 653 del 18 dicembre

⁴³ “Art. 74. Per l’attività di agente o rappresentante di commercio e’ soppresso il ruolo di cui all’articolo 2 della legge 3 maggio 1985, n. 204.

L’attività di cui al comma 1 e’ soggetta a dichiarazione di inizio di attività da presentare alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura per il tramite dello sportello unico del comune competente per territorio ai sensi dell’articolo 19, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, corredata delle autocertificazioni e delle certificazioni attestanti il possesso dei requisiti prescritti”.

1986, in considerazione dell'eterogeneità della stessa disciplina in tutta Europa.

La Comunità europea si è trovata nella necessità di dare una guida uniforme in quanto, aperte oramai le frontiere e prospettato il dinamismo del commercio impossibile da rilegare ai confini nazionali degli stati consociati, gli agenti potevano liberamente muoversi in tutto il territorio comunitario al fine di procacciare clienti alle case mandanti.

In particolare la direttiva si prefigurava di garantire una sorta di uniformità della disciplina al fine di evitare situazioni fraudolente che potessero intaccare la normale concorrenza rendendo il ricorso al rapporto di agenzia più oneroso in alcuni stati che in altri. Il provvedimento comunitario ha perseguito la propria finalità attraverso la positivizzazione del principio del *favor* nei confronti dell'agente e attraverso l'indicazione dei principali elementi che devono essere inseriti nel contratto di agenzia. Lo sforzo di offrire uno schema il più possibile completo di contratto, mirava a facilitare i rapporti intercomunitari per la redazione di contratti di agenzia per i differenti stati membri⁴⁴

In Italia la direttiva è stata recepita con il d.lgs 303 del 1991, al quale è dovuto succedere il d.lgs n. 65 del 1999 al fine di correggere la legislazione interna, essendo stata l'Italia sanzionata per il mancato rispetto della direttiva⁴⁵.

⁴⁴ La Direttiva recita alla premessa al capo 2 “*considerando che le differenze tra le legislazioni nazionali in materia di rappresentanza commerciale influenzano sensibilmente all'interno della Comunità le condizioni di concorrenza e l'esercizio della professione e possono pregiudicare il livello di protezione degli agenti commerciali nelle loro relazioni con il loro preponente, nonché la sicurezza delle operazioni commerciali; che d'altro canto, tali differenze sono di natura tale da ostacolare sensibilmente la stesura ed il funzionamento dei contratti di rappresentanza commerciale tra un preponente ed un agente commerciale, stabiliti in Stati membri diversi*”

⁴⁵ In data 24 settembre 1996, la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione a carico dell'Italia per l'incompleta attuazione della Direttiva n. 86/653, invitando il legislatore ad adottare le misure nel termine di 60 giorni dalla notifica del parere motivato, emesso in data 13 luglio 1998, ai sensi dell'art. 169, comma 2 del Trattato Ce.

Le difficoltà del corretto recepimento della direttiva sono state individuate nel previgente assetto legislativo e contrattuale, non rispondenti appieno alle disposizioni comunitarie.

Un'ulteriore difficoltà è da individuarsi nell'atto posto in essere dalla Comunità europea, ossia la direttiva, che a differenza del regolamento non è un provvedimento *self executing*.

Le direttive emanate dalla Comunità europea, infatti, non sono applicabili direttamente allo stato aderente, ma necessitano sempre di una legge interna che ne dia applicazione. Premesso ciò, quindi, è possibile che la normativa europea, la quale deve essere recepita dagli stati membri e che su di essi ha autorità⁴⁶, si scontri con le disposizioni precedenti già in vigore nello stato destinatario.

In tale circostanza vi sono due modi diversi di applicazione della direttiva: in caso in cui la disciplina interna sia poco chiara e quindi soggetta ad interpretazione per la sua applicazione, i giudici nazionali dovranno interpretare la norma interna in maniera comunitariamente orientata; invece, nel caso in cui la disciplina interna non possa essere piegata secondo i canonici criteri ermeneutici al fine di seguire quanto indicato nel provvedimento comunitario, in considerazione della chiarezza delle disposizioni, si è chiesto se i giudici nazionali possano, una volta rilevato il contrasto, o disapplicare la norma interna applicando automaticamente la direttiva, oppure sollevare una questione incidentale avanti alla Corte di Giustizia Europea aspettando un dispositivo che imponga l'adattamento al paese inadempiente.

Dato che la direttiva n. 653 del 1986 è un disposizione comunitaria *non self executing*, in quanto non offre una disciplina specificamente dettagliata, ma indica il risultato a cui lo Stato di destinazione del provvedimento deve

⁴⁶ Art. 05 Trattato di Roma del 1957 di istituzione della Comunità Economica Europea.

arrivare, è necessario rilevare che la direttiva è sempre da considerarsi quale provvedimento diretto a regolare i rapporti tra la Comunità europea e lo stato di destinazione, non avendo alcuna influenza sui rapporti tra soggetti privati.

Quindi il rapporto “obbligazionale” (soggezione/vincolatività) è di tipo verticale⁴⁷, ossia fra Stato e Comunità europea e non di tipo orizzontale⁴⁸, ossia tra soggetti privati a cui sono indirizzate in via indiretta le regole della normativa comunitaria.

Chiaro esempio di questa problematica si è avuta in Italia con la figura dell’agente abusivo, ossia non iscritto all’albo professionale.

Infatti, la direttiva comunitaria si è scontrata con l’applicazione della L. 204 del 3 maggio 1985, ed in particolare con l’art. 9⁴⁹ in cui si affermava il divieto di esercizio dell’attività con i soggetti non iscritti nell’apposito albo, decretando la nullità dei loro contratti ai sensi dell’art. 1418 c.c. per

⁴⁷ La Sentenza del 13 novembre 1990, Marleasing S.p.A. La commercial Internazional de Alimentation, causa n. 106/1989, offre un chiarissimo esempio sulle modalità in tema di “efficacia diretta” delle direttive comunitarie, tale da concludersi con l’esplicazione della teoria degli effetti verticali. Per un approfondito studio della sentenza E. BINDI “*La sentenza Marleasing: l’obbligo per il giudice nazionale di interpretare la normativa nazionale, nell’area coperta dalla direttiva inattuata, alla luce della lettera e degli scopi della direttiva stessa*”, in Associazione per gli Studi e le ricerche parlamentari (Quaderno n. 2), Milano, 1992, pagg. 243-268. Per una maggiore trattazione dottrinale si rinvia a R. BARATTA “*Norme contenute in direttive comunitarie inattuata e loro applicabilità ai singoli*”, in Riv. Dir. Internaz., 1989, 1, pp.253 e ss., dello stesso autore “*Inopponibilità ai singoli di direttive non tempestivamente attuate e loro rilevanza nell’interpretazione del diritto nazionale*” in Giust. Civ, 1989, 1, pp. 3 ss; “*L’estensione della «teoria dell’effetto diretto» alle raccomandazioni C. e.c. a. : le sue conseguenze in un caso di fallimento*”, in GC 1991, 1, pp. 524 ss; si veda A. BARONE “*L’efficacia diretta delle direttive Cee nella giurisprudenza della Corte di giustizia della Corte costituzionale*”, in FI, 1991,1, pp 145 - 146; anche il tema dell’efficacia verticale delle direttive è stato affrontato anche da D. CHAPPELLU, “*Disciplina contrattuale collettiva delle deroghe in tema do orario di lavoro e limiti all’efficacia delle direttive non trasposte*”, in RIDL, 2011, 2, pp. 480 – 494.

⁴⁸ Si veda CGE Marshall, Sentenza 26 Febbraio 1986, Causa 152/84, in FI., Rep.1986, voce *Comunità europee*, n. 204, ha categoricamente escluso l’applicazione orizzontale fra i soggetti privati dello Stato comunitario. Si è riscontrato un isolato caso di applicazione orizzontale di una direttiva europea ossia Pretura Lecco 29 febbraio 1996, in LG, 1996, 4, pag. 671.

⁴⁹ Di cui il precedente storico era la legge del 12 marzo 1968 n.316. L’unica modificazione apportata dalla novella è stata il mutamento dell’ammenda a sanziona amministrative.

contrarietà a norme imperative⁵⁰. Ciò determinava, da un punto di vista pratico, che al momento di pagare le provvigioni all'agente abusivo, il preponente eccepisse la nullità del contratto di agenzia esimendosi dal pagamento, in quanto non dovuto⁵¹, con conseguenze decisamente ingiuste nei confronti dell'agente.

Dibattute in dottrina⁵² e giurisprudenza sono state le azioni perseguibili dall'agente abusivo al fine di ottenere quanto dovuto. Le principali tesi, di stampo squisitamente civilistico sono state diverse, prima fra tutte si è cercato di individuare se l'attività posta in essere dall'agente abusivo potesse avere i requisiti di "sostanza e forma" di un diverso contratto rispetto quello nullo ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., rinvenendo nel procacciamento d'affari⁵³ il contratto "alternativo". Tale tesi è stata in prima istanza accolta dalla giurisprudenza⁵⁴, la quale, successivamente, ha individuato una debolezza nel fatto che la conversione sarebbe ammessa solamente nel caso nel caso in cui le parti, qualora avessero conosciuto in

⁵⁰ Cass. S.U. 12 novembre 1983, n. 6730, in *Mass. GL.*, 1984, 2, pp. 383 e ss, con nota di E. SARACINI, "Le sezioni unite e l'agente abusivo"

⁵¹ Secondo il brocardo *Quod nullum est nullum producit effectum*.

⁵² R. BALDI "Agenti di commercio non iscritti al ruolo e diritto alla provvigione", in *Giur. Comm.*, 1979, II, pp. 1054 e ss.; dello stesso autore "L'agente non iscritt al ruolo e la varietà della Cassazione", in *Mass. GL*, 1983, 2, pp. 598 e ss.; P. DE SANNA, "L'agente non iscritto al ruolo: il diritto delle provvigioni nella giurisprudenza", in *Resp. Civ.*, 1987, pp. 604 e ss; P. ARBORE "Agenti non iscritti al ruolo e compenso per l'attività" in *Giur. It.*, 1988, I, pp. 61 e ss.; G. MANNACIO "Quali speranze per l'agente abusivo?" in *DPL*, 1989, 4, pp. 1348 ss; " E. GABRIELLI "Ancora in tema di applicabilità dell'art. 2126 c.c. al piccolo agente abusivo", in *DL*, 1983, II, pp. 195 e ss; L. ALIBRANDI, "Ancora in tema di agente di fatto", in *AC*, 1993, I, pp. 569 ss; G. MAMMONE "Tardiva iscrizione al ruolo dell'agente di commercio e nullità del contratto di agenzia", in *GC*, 1993, I, pp. 52 e ss.; F. CARACCILO, la Terza, "La direttiva comunitaria e la nuova normativa codicistica sul rapporto di agenzia; armonie e contrasti" in *RCDL*, 1994, 1, pp. 435 ss. F. BESENGHI "Il contratto di agenzia", Milano, 2008, pp. 14 – 17.

⁵³ R. BALDI "Il contratto di agenzia – la concessione di vendita – il franchising", 1992, Milano, pp. 302 e ss; G. MANNACIO "Agenti e Rappresentanti: la mancata iscrizione al ruolo", in *DPL*, 1988, 5, pp. 1620 ss.; M. MISCIONE, "Agenti di commercio abusivi e ripetizione dell'indebito" in *Il rapporto di agenzia. Profili di diritto interno e comunitario* in Atti del Convegno del Centro nazionale studi di diritto del lavoro "Domenico Napolitano", Fermo, 11 giugno 1988, Rimini, 1989, pp. 116 e ss.

⁵⁴ T. Milano 30 novembre 1978, in *Giur. Comm.*, 1978, II, pp. 1053 e ss.; Pret. Parma, 16 ottobre 1989, in *Resp. Civ. Prev.*, 1990, pp. 197 e ss. Contra Cass. S.U. 12 novembre 1983, n. 6729, in *Giust. Civ.*, 1984, I, pp. 1546 e ss, confermata da Cass. S.U. 3 aprile 1989, n. 1613.

principio la nullità del contratto, avrebbero posto in essere il contratto di cui sarebbe stata ammessa per “sostanza e forma” la stipulazione, ed era ovvio che sicuramente una delle parti (il preponente) ne era a conoscenza. Inoltre, la difficoltà di discernere il rapporto di agenzia dal procacciatore d'affari, figure assai simili ma non identiche, ha determinato la presunzione che le parti, indipendentemente dall'elemento qualificante, potessero porre in essere un mezzo per eludere norme imperative⁵⁵.

Un'altra tesi riteneva applicabile la disposizione di cui all'art. 2126 c.c., facendo leva soprattutto sul fatto che la predetta norma avrebbe acquistato, a seguito dello sviluppo della sensibilità sociale, una portata più vasta rispetto a quella originaria (limitata al solo lavoro subordinato), in conformità alla tendenza espansiva del diritto del lavoro e all'esigenza di tutela del lavoro "parasubordinato" sullo stesso piano di quello subordinato in senso proprio. A sostegno di questa tesi sono stati valorizzati alcuni indici legislativi e giurisprudenziali ed è stato invocato l'art. 35, comma 1, Cost.

L'applicazione dell'art. 2126 c.c., infatti, salvava gli effetti del contratto nullo limitatamente al periodo della propria esecuzione, ed in pratica permetteva di far godere all'agente abusivo i medesimi diritti dell'agente iscritto all'albo⁵⁶.

E' interessante notare lo sforzo della giurisprudenza che ha tentato di individuare i criteri giustificativi per far prevalere l'applicazione ora di una, ora dell'altra delle teorie formulate.

⁵⁵ G. TRIONI “ *Il contratto di agenzia*”, 1994, op. cit. pag. 53 - 54

⁵⁶ Solitamente la Cassazione è sempre stata rigida sul punto, soprattutto quando l'agente era costituito in forma societaria, si veda Cass. 27 febbraio 1998, n. 2157, prediligendo disciplinare ai sensi dell'art. 2126 cod. civ. l'agente persona fisica come in Cass. 10 gennaio 1990, n. 14. Apprezzabile per la dissertazione volta a distinguere norme eccezionali da norme speciali, per cui la seconda può essere applicata in via analogica, e delle conseguenze sul rapporto di agenzia. In particolare il giudice ha ritenuto speciale la norma contenuta nell'art. 2126 applicabile al rapporto di parasubordinazione come quello di agenzia. Pretura Pisa, 8 gennaio 1980, in *GI*, 1981, I, 2, pp. 456 ss. Poi ripresa anche da Cass. 23 maggio 1987 n. 4681.

A risolvere i vari contrasti si sono espresse anche le Sezioni Unite con le famose pronunce n. 6729 e 6730 del 12 novembre 1983, con le quali si è negato l'applicabilità dell'art. 2126 cod. civ. al contratto di agenzia stipulato da chi non fosse iscritto al ruolo.

Le Sezioni Unite hanno respinto l'applicazione dell'art. 2126 cod. civ. sul duplice rilievo dell'illiceità della causa del contratto di agenzia (illiceità che per espressa previsione dell'art. 2126 cod. civ. impedisce che si producano gli effetti indicati dalla norma stessa) e della natura di norma eccezionale propria della disposizione richiamata (come tale non applicabile, analogicamente, a rapporti diversi da quelli di lavoro subordinato).

Tuttavia, la pronuncia delle Sezioni Unite non ha posto fine al contrasto insorto in riferimento alla possibilità da parte dell'agente abusivo di ottenere il proprio compenso⁵⁷.

La maggior critica mossa alla pronuncia delle Sezioni Unite è stata la diversa concezione del contratto stipulato con l'agente abusivo, che sarebbe illegale e non illecito con la diversa applicazione dell'art. 1418, in quanto nel primo caso il contratto sarebbe nullo non per un vizio dell'oggetto o della causa (comma 1) ma semplicemente perché contrario a norme imperative (comma 2).

Esclusa l'illiceità della causa o dell'oggetto del contratto stipulato dall'agente abusivo ed accertata la mera illegalità, la S.C. ha superato l'ulteriore ostacolo frapposto dalle S.U. alla piena applicazione dell'art. 2126 cod. civ.

⁵⁷ Cass 23 maggio 1987 n. 4681, respingendo recisamente quanto affermato dalle precedenti S.U. ha ritenuto applicabile l'art. 2126 affermando "*di non poter condividere l'identificazione nel contratto illegale perché contrario a norme imperative (art. 1418, 1° comma C.C.) di una situazione di contratto con causa illecita perché contraria a legge cogente e proibitiva (art. 1343 C.C.), operata nelle suddette decisioni delle S.U., e di dover invece conservare la distinzione, nell'ambito della categoria del contratto illegale, di una sottocategoria rappresentata dal contratto illecito, che è tale (v. Cass. S.U. n. 63-1973) quando illecito sia l'oggetto ovvero illecita sia (art. 1343) o si reputi per legge (art. 1344) la causa, ovvero illecito sia il motivo comune e determinante (art. 1345 C.C.)*".

Le S.U. avevano rilevato che l'art. 2126 cod. civ. sia una norma eccezionale riferita unicamente al lavoro subordinato, quindi non applicabile per analogia agli altri rapporti di lavoro, fra cui quello parasubordinato o di collaborazione.

Dal canto suo, la Corte di Cassazione a sez. semplici, rigettando tale impostazione, ha affermato che la norma è una norma speciale e può essere divisa in due parti, ritenendo non eccezionale la parte integrante il nucleo "restitutorio", il quale garantisce al lavoratore l'equivalente della prestazione.

Circoscritta agli effetti restitutori la norma va dunque analogicamente applicata anche ai rapporti di parasubordinazione, a tale scopo la S. C. richiama l'art. 35 Cost. il quale non è rivolto unicamente a lavoratore subordinato ma a tutti lavoratori.

La pronuncia della Sezione Lavoro è un chiaro esempio della difficoltà e soprattutto dell'eterogeneità di tesi che si sono venute a creare sul punto, tanto che solo un anno dopo la Suprema Corte è ritornata sui suoi passi rifiutando l'applicazione dell'art. 2126 cod. civ.⁵⁸

Per comporre il contrasto ingeneratosi sull'argomento, sono nuovamente intervenute le Sezioni Unite che, con la sentenza n. 1613 del 3 aprile 1989, hanno confermato l'orientamento precedente e quindi l'esclusione dell'applicazione analogica dell'art. 2126 cod. civ. nei confronti dell'agente

⁵⁸Con la pronuncia n. 2893 del 12 aprile 1988, la S.C., pur riconoscendo che la nullità del contratto stipulato dall'agente abusivo discende da illegalità e non da illiceità, ha negato l'operatività dell'art. 2126 c.c., che "*avendo natura di disposizione eccezionale, derogatoria dell'art. 1418 c.c., riguarda soltanto il lavoro subordinato*", affermando il carattere eccezionale della norma che, tuttavia, non può essere divisa, ma deve essere considerata unitaria non potendo individuarsi un «nucleo restitutorio», che regolerebbero i soli aspetti economici del rapporto e sarebbe estensibile per analogia a rapporti diversi da quello di lavoro subordinato, ed una parte riguardante gli «effetti diversi» alla quale soltanto potrebbe essere attribuita natura derogatoria dei principi generali sulla nullità dei contratti. Sulla disciplina dell'art. 2126 si rimanda a M. DELL'OLIO, "*La prestazione di fatto del lavoro subordinato*", Padova, 1970; F. MAZZIOTTI "*Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*", Napoli, 1974; M. MISCIONE "Art. 2126" in Comm. Cod. Civ. cur. CENDON, Torino 1991, 489 ss, ZAGO ZARRELLI "*I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*", Padova, 1964.

abusivo, ritenendola norma eccezionale in riferimento al lavoro subordinato e quindi non soggetta ad interpretazione analogica.

Tale argomento è stato anche fatto proprio dalla stessa giurisprudenza di legittimità che ha escluso l'applicazione dell'art. 2231 cod. civ. in riferimento alla disciplina dell'esercizio abusivo della professione intellettuale⁵⁹.

La pronuncia del 1989, inoltre, esplicitamente ha richiamato quell'orientamento secondo cui l'agente non iscritto nel ruolo non ha diritto alle provvigioni relative all'attività espletata, ma può agire nei confronti del preponente soltanto ai sensi dell'art. 2041 c.c. per arricchimento senza causa⁶⁰.

Questa, infine, è stata la tesi che verrà seguita dalla giurisprudenza maggioritaria⁶¹ fino al 1999, anno in cui la Corte di Giustizia Europea, con la famosa sentenza Bellone, ha superato ogni difficoltà sulla nullità o meno del contratto stipulato dall'agente abusivo⁶².

⁵⁹ Cass. 13 novembre 1991, n. 12093; Cass. 12 dicembre 1990 n. 11814.

⁶⁰ Inoltre, in riferimento alla possibilità dell'azione ai sensi dell'art. 2041 cod. civ., la c.d. *actio de in rem verso*, come sottolineano le Sezioni Unite, non necessita di formule sacramentali o riferimenti formali, necessitando solo di alcuni elementi sostanziali: l'arricchimento di un soggetto, la diminuzione patrimoniale di un altro, il nesso di causalità fra i due elementi e la richiesta di risarcimento, tutti facilmente provabili dall'agente.

⁶¹ Fra molte Cass. 19 agosto 1992, n. 9675, in FI, 1993, I, pag. 428 ; Cass. del 04 novembre 1994, n. 9063, in *Mass. GC*, 1994, 11 di cui si riporta il principio di diritto “ *E' nullo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., il contratto di agenzia commerciale stipulato con un soggetto non iscritto nel ruolo degli agenti e rappresentanti di commercio, per violazione della norma perativa di cui all'art. 9 legge 204 del 1985, non derogabile da parte dei contraenti, in quanto rivolta alla protezione non solo degli interessi della categoria professionale degli agenti, ma degli interessi generali della collettività. Pertanto l'agente di commercio non iscritto nel ruolo non può agire con l'azione contrattuale per conseguire le provvigioni relative all'attività espletata, né sono applicabili al caso gli artt. 2231 e 2126 c.c. norma quest'ultima riguardante il solo rapporto di lavoro subordinato, non suscettibile di interpretazione analogica per il carattere eccezionale. Devono trovare applicazione, invece i principi in materia di prestazioni non dovute di fare, riconoscendosi all'agente la possibilità nei confronti del preponente ex art. 2041 c.c. con l'azione di arricchimento senza giusta causa, ovvero di invocare la conversione del contratto di agenzia nullo in un contratto atipico di procacciamento di affari o di mediazione, ricorrendone gli estremi e di conseguire il compenso per l'opera svolta in relazione a detti contratti*”. La stessa pronuncia si trova anche in *Contratti*, 1995, con nota V. FRANCESCHIELLI, “*L'agente di fatto*”, pp.172 e ss.

⁶² F. BOCHICCHIO, “*Contratto di agenzia e mancata iscrizione nel ruolo dei rappresentanti e degli agenti di commercio: effetti civilistici- il ruolo della nullità nell'attuale ordinamento*”, in *Nuov*

La signora Bellone, non iscritta a nessun albo, al termine del proprio rapporto di collaborazione con la Yokohama S.p.A. si è vista rifiutare le indennità di cessazione del rapporto ed ha quindi adito il Tribunale di Bologna affinché decidesse nel merito portando alla sua evidenza il contrasto interno fra la legge ordinaria e la direttiva comunitaria.

Il Tribunale di Bologna ai sensi dell'art. 117⁶³ del trattato Cee ha rimesso la questione pregiudiziale direttamente alla corte di Giustizia Europea affinché quest'ultima potesse indicare le modalità da seguire, non essendo intervenuta, al tempo, un norma interna che abrogasse l'articolo 9 della legge del 1985 e considerando che la direttiva n. 653 del 1986 non prevede, quale condizione per l'applicabilità delle tutele offerte, una preventiva iscrizione dell'agente a nessun albo o ruolo.

Inoltre il Tribunale ha chiesto alla Corte Europea quali norme interne siano da considerarsi incompatibili con la direttiva⁶⁴.

La Corte di Giustizia ha rilevato che la direttiva dell'1986 *“osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo”*.

Giur. Civ., 1999, I, pp 163 e ss.; S. BASTIANONO, “L'agente “abusivo” ed il diritto comunitario”, in *Resp. Civ.*, 1998, pp. 1340 ss; M. LUZZANA, “La Corte di giustizia fa piazza pulita della giurisprudenza sull'agente abusivo”, in *OGI*, 1998, III, pp. 58 e ss; M. PAPALEONI, “La liberalizzazione comunitaria del contratto di agenzia commerciale”, in *AGL*, 1998, 3, pp. 855 e ss; F. BORTOLOTTI, “Inapplicabilità del principio della nullità dei contratti con agenti non iscritti nell'apposito ruolo per contrasto con la direttiva 86/653/Cee” in *Mass. GL*, 1998, 6, pp. 756 e ss; G. MANNACIO – R. NUNIN, “Giustizia (comunitaria) per l'agente abusivo”, in *LG*, 1998, pp. 841 e ss; A. PALEGGI, “Il contratto d'agenzia resta valido se il rappresentante non è iscritto all'albo – La legge italiana deve adeguarsi alla direttiva che impone il solo requisito della forma scritta”, in *GD*, 1998, 22, pp. 117 e ss.

⁶³ Con ordinanza del 16 aprile 1997 il Tribunale di Bologna ha chiesto alla CGE di risolvere la seguente questione pregiudiziale *“Se la direttiva 86/653/Cee sia incompatibile con gli artt. 2 e 9 della legge interna italiana n. 204 del 3 maggio 1985. che condizionano la validità dei contratti di agenzia all'iscrizione degli agenti di commercio in apposito albo.”*

⁶⁴ Cass. 19 agosto 1992, n. 9675, , in *FI* 1993, I, c. 430 ss , con nota R. PARDOLESI *“Recondite (dis) armonie: appunti (e dubbi) in chiave comparativa, sulla nuova disciplina del contratto di agenzia”*. Anche F. CARACCILO, la Terza , *“La direttiva comunitaria e la nuova normativa codicistica...”* cit.

Tuttavia la pronuncia non si è specificamente riferita alla legge del 1985 ed in particolare agli artt. 2 e 9, bensì si è rivolta genericamente a tutto l'impianto normativo interno.

In particolare la Corte di Giustizia non ha dichiarato illegittima la norma che prevede l'iscrizione degli agenti ad un albo, ma piuttosto ha dichiarato incompatibile con la direttiva che i contratti stipulati con gli agenti non iscritti all'albo fossero dichiarati nulli.

Quanto sopra è stato affermato, in quanto la direttiva non prevede una qualificazione stringente di agente di commercio, ma lo qualifica come *“la persona che, in qualità di intermediario indipendente. È incaricata in maniera permanente di trattare per un'altra persona, qui di seguito chiamata preponente, l'acquisto e la vendita di merci”*⁶⁵. Seguendo, la direttiva indica specificamente chi non può essere considerato un agente ⁶⁶, ossia *“una persona che, in qualità di organo, ha il potere di impegnare una società o associazione; un socio che è legalmente abilitato ad impegnare gli altri soci, un amministratore giudiziario, un liquidatore o un curatore di fallimento”*, facendo leva su elementi sostanziali della figura dell'agente e non invece su quelli formali o amministrativi come l'iscrizione ad un albo professionale, inoltre la Corte prende in considerazione anche l'art. 13 n.2 in cui la direttiva individua unicamente che gli stati membri possono prescrivere per la validità del contratto di agenzia la forma scritta e non altre imposizioni.

Premesse queste motivazioni, indicate in questa sede sommariamente, la Corte ha affermato che la validità del contratto di agenzia non è inficiata dall'iscrizione o meno ad un albo, affermando quindi che l'art. 9 della L.1985 non era da applicarsi.

⁶⁵ Art. 1 capoverso 2 Dirr. 86/653/Cee

⁶⁶ Si veda il capo 3° della direttiva

Ulteriori chiarimenti alla sentenza Bellone in ordine alla applicabilità dell'art. 9 della legge del 1985, ovvero dell'art. 1418 cod. civ., sono state portate dalla Corte di Cassazione che sin da subito ⁶⁷, affermando il rapporto verticale della direttiva tra Stato da una parte e gli agenti dall'altra, ha riconosciuto la possibilità di disapplicare la norma interna a favore di quella sovranazionale sottesa la propria "supremazia".

Le conclusioni della sentenza Bellone sono state accolte dalla giurisprudenza italiana in maniera pressoché unanime che le ha più volte richiamate ⁶⁸ affermando la possibilità di disapplicare la normativa interna in favore della direttiva Europea ⁶⁹

⁶⁷ Cass. 18 maggio 1999 n. 4817, in *FI.*, 1999, I, c. 2542 ove si legge "Sulla base di tale piana considerazione, deve dunque ritenersi che la direttiva viene ad incidere su un rapporto verticale, in quanto l'art. 9 della legge del 1985, che vieta agli agenti di esercitare l'attività e ai preponenti di servirsene (comminando una sanzione amministrativa, a carico di entrambe le parti contrattuali, da uno a quattro milioni in caso di violazione), riguarda con tutta evidenza il rapporto tra lo Stato da un lato e gli agenti e i preponenti dall'altro. Pertanto, rispetto a tale norma la direttiva ha efficacia diretta, con conseguente obbligo per il giudice nazionale di "disapplicare" la disposizione interna incompatibile. Ne discende che, non trovando più applicazione il divieto sancito dall'art. 9 della legge 204/1985, viene meno in radice la ragione che portava, ai sensi dell'art. 1418 c.c., a considerare nulli i contratti stipulati con gli agenti non iscritti al ruolo"; in *LNG*, 1999, 9, pp. 940 ss, con nota di G. MANACCIO "L'ex agente abusivo approda in cassazione"; critico F. BORTOLOTTI sulla sentenza Bellone ed in riferimento alla pronuncia del 1999, in *MassGL*, 1999, 10, p. 1132 "Validità dei contratti con agenti non iscritti al ruolo".

⁶⁸ Cass. 14 settembre 2005, n. 18202, in *Agenti & Rapp.*, 2005, n. 6, pp. 35 e ss; Cass. 30 agosto 2004, n. 17350, in *OGI*, 2004, pp. 994 e ss; Cass. 19 maggio 2003, n. 7844, in *Agenti & Rapp.*, 2003, n. 4, pp. 43 e ss.

⁶⁹ Successivamente seguita dalla normativa italiana che ha definitivamente cancellato il ruolo degli agenti con il D.lgs 59/2010.

2. La qualificazione del rapporto di agenzia

Premessa

Uno dei maggiori problemi per lo studio del contratto di agenzia è la qualificazione del rapporto di agenzia.

Il rapporto di agenzia, infatti, è estremamente eclettico e, a seconda del modo in cui viene svolta l'attività e dalla natura dell'agente, esso può essere assimilabile al rapporto di lavoro subordinato, come nel caso del piccolo agente monomandatario, ovvero ne è sensibilmente distante, si pensi all'agente di commercio società di capitali.

Tuttavia, se non è stato possibile trovare una unitaria qualificazione del rapporto, molti indici sono usati per distinguere il rapporto di agenzia da altri rapporti di stampo più commerciale come ad esempio il mandato, la commissione ed il franchising. Fra questi vi sono la stabilità e continuità della prestazione, lo svolgere l'attività in favore di una parte e l'assunzione del rischio economico.

Nelle pagine seguenti verrà analizzata la figura contrattuale al fine di chiarire quali siano gli elementi principali in base ai quali poter definire un rapporto di agenzia quale rapporto di lavoro autonomo, ovvero meno, ovviamente riconoscendo che tali fattispecie necessitano di volta in volta di una verifica nel concreto.

Infine, si analizzeranno i principali obblighi e diritti dell'agente.

2.1) Distinzioni con altre figure affini

2.1.1) *Con il mandato*

Per parecchio tempo ci si è interrogati sulle principali differenze fra il contratto di agenzia ed una delle figure maggiormente assimilabili ad esso, ossia il mandato.

Autorevole dottrina⁷⁰ pur ammettendo che nella fase genetica della disciplina del contratto di agenzia si fosse mutuata parte della disciplina ben più roduta del mandato di commercio⁷¹, ha fermamente distinto i contratti.

Il legislatore del 1942 ha ben posto le basi da cui trarre i principali elementi di differenza tra il mandato⁷² ed il contratto di agenzia⁷³. Due sono essenzialmente gli elementi dirimenti su cui soffermarsi per individuare le differenze fra i contratti.

Il primo è l'attività propria a cui mirano le due figure giuridiche.

Il mandato, infatti, prevede che una parte compia uno o più atti giuridici per conto di un'altra, mentre il contratto di agenzia prevede che una parte assuma l'obbligo di promuovere la conclusione di contratti in favore dell'altra.

La differenza sostanziale che vi è fra le due figure giuridiche risiede nell'attività stessa del mandatario e dell'agente, infatti mentre al primo viene chiesta dal mandante di procedere all'attuazione di determinati affari,

⁷⁰ G. GHEZZI, "Il contratto di agenzia", op. cit., pag. 13

⁷¹ In particolare è lo stesso codice del commercio del 1882 che all'art. 349 prevedeva che il mandante potesse trattare affari commerciali per conto ed in nome del mandante. Tuttavia è anche necessario rilevare come affermato da A. LUMINOSO, "Mandato, commissione, spedizione", Milano, 1984, in Tratt. Dirr. Civ e Comm., curr. CICU – MESSINEO – MENGONI. che il mandato è il tipo guida della disciplina per tutti i contratti di collaborazione.

⁷² L'art. 1703 cod. civ. definisce il mandato come "il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra."

⁷³ L'art. 1742 cod. civ. afferma che "Col contratto di agenzia una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata.

Il contratto deve essere provato per iscritto. Ciascuna parte ha diritto di ottenere dall'altra un documento della stessa sottoscritto che riproduca il contenuto del contratto e delle clausole aggiuntive. Tale diritto è irrinunciabile.

siano essi più o meno determinati ⁷⁴, l'agente si assume unicamente l'obbligo generale di promuovere la conclusione di contratti.

Ulteriore elemento di discriminazione fra i due contratti risiede nella durata del rapporto. Infatti, mentre per il mandato, sia esso specifico o generale, l'azione del mandatario si esaurisce nell'atto indicato nel mandato, per l'agente invece si tratta di una "messa a disposizione" stabile ⁷⁵ di un'attività svolta in via strumentale a quella principale del preponente finalizzata alla stipulazione di contratti.

Quindi, la differenza fra le due figure sta nel fatto che il mandatario viene incaricato dal mandante di svolgere determinati atti, mentre l'agente si obbliga nei confronti del preponente di svolgere stabilmente un'attività materiale e propedeutica alla conclusione di contratti.

In questa sede, inoltre, non si può tralasciare il fatto che il mandato ha forma libera, e quindi, qualora l'affare da concludere in nome e per conto del mandante non sia soggetto a particolari forme ⁷⁶, è possibile concludere

⁷⁴ In base all'ampiezza dell'oggetto il mandato si qualifica come generale o speciale. Il mandato speciale riguarda un singolo affare determinato mentre quello generale tutti gli affari del mandante così come previsto dall'art. 1708 cod. civ. a tal riguardo è lo stesso articolo che precisa che esso non comprende gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, se non sono indicati espressamente così C. SANTAGATA, "Mandato. Disposizioni generali", in Comm. cod. civ., curr. di SCIALOJA – BRANCA; Bologna - Roma, 1985, p.526 e F. BILE, "Il mandato, la commissione, la spedizione(commento agli articoli 1705 -1741 del codice civile)", Roma, 1961, p.77 .

Si può anche prospettare una figura di mandato che, quanto alla comprensività dell'oggetto si ponga su una linea intermedia tra mandato speciale e mandato generale. Si parla a questo proposito di mandato generico, ma anche, curiosamente, di mandato specifico. La terminologia è relativa: ciò che conta è che, con queste espressioni si allude ad un mandato che ha per oggetto il conferimento dell'incarico di compiere una serie di atti determinata (non un atto, non tutti gli atti), per lo più ricadente in una categoria.

Non va confusa con l'ampiezza del mandato generico la comprensività anche nel mandato speciale delle attività accessorie di cui al I° comma dell'art. 1708 cod. civ. La disposizione chiarisce soltanto il fatto che la gestione non può non comprendere anche gli atti strettamente necessari a portare a compimento l'incarico conferito, con l'esclusione di quelli ulteriori, non consequenziali

⁷⁵ La giurisprudenza ha sempre ritenuto l'importanza della stabilità nel rapporto di agenzia così Cass. Del 23 aprile 2009 n. 9686: "Il contratto di agenzia si connota per la continuità e la stabilità dell'agente di promuovere la conclusione di contratti per conto del proponente nell'ambito di una determinata sfera territoriale,". (cfr. conformi: Cass. 5322/89, Cass. 5569/98, Cass. 1078/99)

⁷⁶ Si pensa a tutte le forme di contratto per cui l'ordinamento richiede la forma scritta *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1350 cod. civ.

il mandato anche oralmente. Ciò non potrebbe essere possibile per il contratto di agenzia per cui è lo stesso legislatore che prevede la forma scritta *ad probationem*⁷⁷.

Come visto, quindi, l'agente non può assolutamente definirsi un mandatario in quanto non ha il potere di sottoscrivere contratti in nome e per conto del preponente e, se lo facesse, questi dovranno essere ratificati dallo stesso preponente in base a quanto disposto dall'art 1399 cod civ.⁷⁸.

La differenza fra mandato ed agenzia si assottiglia qualora all'agente si conferisca il potere di concludere i contratti procacciati in nome e per conto del preponente ai sensi dell'art. 1752 cod.civ.

La dottrina è divisa sul punto, una parte vede nell'agente rappresentante unicamente un mandatario⁷⁹, altra, invece, ritiene che non è possibile equiparare le due figure in una sorta di mandatario commerciale⁸⁰.

⁷⁷ Tale forma deve essere considerata quale forma scritta *ad probationem* rinforzata, visto non solo l'originaria disposizione dell'art. 1742 comma 2 in cui le parti avevano il diritto di chiedere all'altra copia del contratto firmato, ma anche con la nuova disposizione in cui, a seguito del d.lgs 65/1999, si tutela maggiormente l'agente attraverso la possibilità di chiedere documenti che attestino il contenuto del contratto di agenzia medesimo, e quindi, anche eventuali patti successivi e modificativi.

E' da notare che l'adeguamento posto in essere dal legislatore cercando di accordarsi alla direttiva del 1986 ha suscitato non pochi problemi interpretativi dell'articolo novellato, individuando che le disposizioni siano indirizzate alla tutela dell'agente che, sebbene abbia contratto oralmente possa far fissare su carta i propri diritti, essendo gli obblighi presunti per legge (G. TRIONI, "*Il contratto di agenzia*", op. cit. pp. 73 -78; v. A. FORMIGGINI, "*Contratto di agenzia*", op cit, VIII, 2, pag 65 nt 1). Ad avallo di tale tesi sovviene anche, da ultimo l'AEC Commercio del 2009, che, facendo ormai proprio quanto stipulato dalla parti sociali nei precedenti, ha previsto all'art. 3 che all'atto del conferimento dell'incarico, all'agente debbono essere precisati per iscritto, oltre al nome delle parti, la zona assegnata, i prodotti da trattare e la misura delle provvigioni. In tal modo le parti sociali hanno previsto non la mera possibilità di ottenere un documento scritto, ma l'obbligo di segnare per iscritto i principali diritti dell'agente.

⁷⁸ In caso di mancata ratifica, l'agente sarebbe da considerarsi quale *falsus procurator*, oppure agente rappresentante apparente (cfr. G. GHEZZI, "*Il contratto di agenzia*" op. cit. pp. 235 e ss), in tal caso il preponente potrebbe agire nei confronti di quest'ultimo per azioni risarcitorie (cfr. GIORDANO - IANNELLI - SANTORO, "*Il contratto di agenzia, la mediazione*", in Giur. Sistematica Civ e Comm. Dirr. W. BIGIARI, Torino, 1993, p 196; CAVANI - BOSELLI, "*L'agente e la rappresentanza*", Milano, 2004, pag 124 e ss.

⁷⁹ F. TOFFOLETTO, "*Del contratto di agenzia*", cit. pp. 100, 563 e ss; M. MISCIONE "*Il contratto di agenzia*", cit., p. 358; C. SANTAGATA, "*Del mandato. Disposizioni generali*", in Commentario al c.c. SCAJOLA - BRANCA, sub art. 1703 -1709 Bologna - Roma, 1985 p. 139 s; E. SARACINI, "*Il contratto di agenzia*", cit., 428 ss.; G. TRIONI, op. cit., pag. 53.

L'argomentazione principale della dottrina contraria a rinvenire nell'agente un mero mandatario, risiede nel fatto che con la rappresentanza non vengono mutati i rapporti interni del contratto di agenzia per cui l'agente deve sviluppare l'attività commerciale del preponente attraverso la promozione della stipulazione dei contratti.

All'agente, infatti, vien concessa la possibilità di vincolare il preponente attraverso la sottoscrizione dei contratti, ma ciò deve essere sempre previamente autorizzato, anche se non formalmente, dal preponente.

Ciò determina una notevole distinzione fra l'*animus* del mandatario e quello dell'agente con rappresentanza, in quanto si rileva in modo eclatante, nel secondo caso, la strumentalità della rappresentanza, considerata una semplice obbligazione accessoria rispetto a quella principale della promozione dei contratti. Infatti la rappresentanza non obbliga l'agente a stipulare il contratto, cosa che invece il mandatario è tenuto a fare pena l'inadempienza, bensì gli concede la facoltà, come detto pocanzi, di impegnare il preponente⁸¹. Altresì l'agente rappresentante non potrà mai stipulare contratti diversi da quelli affidatigli dal preponente, con un ulteriore evidente limitazione alla teoria del rappresentante quale mandatario commerciale⁸².

La rappresentanza, tuttavia, può anche essere estesa non solo alla stipulazione dei contratti, ma anche alla loro modificabilità o risoluzione.

⁸⁰ G. GHEZZI op cit. p. 231, LUMINOSO- ZUDDAS, "La mediazione - Il contratto di agenzia", op. cit., BALDI - VENEZIA, op. cit. , p. 236.

⁸¹ Ovviamente il preponente potrà, in ogni caso, vincolare la conclusione del contratto con la clausola "salvo approvazione della casa". Tale clausola fissa in un secondo momento la stabilizzazione della proposta soggetta ad un periodo di irrevocabilità dal momento della stipulazione del contratto fino al momento di approvazione del preponente (C.M. BIANCA, v. "Condizioni generali di contratto", in Enc. giur. Treccani, pag. 6). In giurisprudenza prevale l'opinione in base alla quale si tratti di una semplice proposta contrattuale da parte del cliente (per lo più in veste di acquirente), dovendo reputarsi concluso il contratto nel momento in cui il proponente ha notizia della accettazione dell'altra parte (Cass. Civ. Sez. III, 145/77 ; Cass. Civ. Sez. III, 2273/76).

⁸² G. GHEZZI, op cit. p. 231 in cui l'autore afferma che la possibilità di contrarre è un obbligo non una facoltà, G ZUDDAS, op cit., pp. 274 - 275

Tuttavia se pare decisamente incoerente la possibilità di affidare all'agente rappresentante il potere di modificare, e quindi anche ampliare, l'oggetto, ed in generale tutti i termini della proposta, così da travalicare il proprio incarico⁸³, si ritiene, invece, possibile configurare la possibilità di attribuire all'agente rappresentante il potere di estinguere i contratti con relativa incidenza sulla propria provvigione ai sensi dell'art. 1748 cod. civ.

2.1.2) Con il contratto di commissione

Il commissionario è nato come una sottospecie di figura di mandato ed in particolare del mandato commerciale senza rappresentanza.⁸⁴

Ad oggi la distinzione fra le due figure è quanto mai netta, in primo luogo è lo stesso articolo 1731 cod. civ. che, descrivendo il contratto di commissione quale "*mandato che ha per oggetto l'acquisto o la vendita di beni per conto del committente ed in nome del commissionario*", qualifica il commissionario quale mandatario senza rappresentanza che agisce per conto del mandante ed in proprio nome.

Ciò comporta che il commissionario, benché agisca per conto del committente, sottoscrive il contratto col proprio nome ponendosi quale contraente nei cui confronti si produrranno gli effetti del contratto.

Solo successivamente, il commissionario dovrà stipulare un nuovo contratto col committente, il quale si vedrà trasferire il bene oggetto della commissione.

⁸³ Si pensa al fatto che così facendo l'agente possa fissare parametri differenti ed altri rispetto all'incarico affidato.

⁸⁴ Per i rapporti fra commissione e mandato senza rappresentanza cfr. F. GIORDANO, "*Il contratto di commissione e mandato senza rappresentanza*", in Giust. Civ. 1996, p. 171 e ss; in giurisprudenza Cass. 5 maggio 2004, n. 8512, in rep. Foro it. 2004, pagg. 802- 803. Sulla sussidiarietà delle norme del mandato applicabili alla commissione si veda anche JANNUCCI - BALDASSARRI "*Commissione. Spedizione*" artt. 1731 - 1741, pag. 14, in Comm. del Codice Civile curr. SCIALOJA - BRANCA., e Cass. 29 maggio 1988 n. 773.

A differenza del commissionario, invece, l'agente non è un mandatario e, nel caso fosse dotato di rappresentanza ai sensi dell'art. 1752 cod. civ., esso agirà in nome e per conto del preponente⁸⁵, facendo ricadere sin da subito gli effetti del contratto in capo a quest'ultimo, cosa che, non succede nella commissione in cui il rapporto contrattuale si svolge in due fasi.

Altra evidente peculiarità che contraddistingue il contratto di commissione dal rapporto di agenzia è il carattere occasionale e specifico del primo rispetto alla stabilità del secondo.

Infatti, mentre, il commissionario è addetto alla vendita o all'acquisto di uno o più beni determinati per conto del committente, il ché si perfeziona e si conclude nel momento in cui il commissionario esegue le due fasi del rapporto, l'attività dell'agente non riguarda un singolo affare, né tantomeno la vendita o l'acquisto di uno o molteplici beni, bensì, l'adoperarsi al fine di sviluppare una rete di vendite, ed in particolare nel promuovere la sottoscrizione di contratti a favore del preponente per un periodo di tempo più o meno determinato, se non addirittura indeterminato. Ciò comporta, quindi, lo svolgimento di una attività materiale generale tendente alla promozione di contratti, svolta in maniera stabile e continuativa per un arco di tempo predeterminato. Elementi questi del tutto assenti nel contratto di commissione che invece mira alla stipulazione di un determinato contratto, vendita o acquisto di beni, per conto di terzi, attività che si esaurisce col trasferimento del bene al committente.

Elementi di commistione fra le due figure richiamate sono quelle indicate nell'art. 1746, comma secondo cod. civ. in cui viene espressamente richiamata la figura del commissionario⁸⁶.

⁸⁵ Non potendo l'agente contrarre in nome proprio.

⁸⁶ Al comma secondo dell'articolo citato si legge infatti “ *Egli deve altresì osservare gli obblighi che incombono al commissionario (1713), ad eccezione di quelli di cui all'art. 1736, in quanto non siano esclusi dalla natura del contratto di agenzia.*” Tale riferimento è inserito espressamente

Rimandiamo ad una trattazione più approfondita⁸⁷ l'espresso riferimento agli obblighi del commissionario, ed in particolare all'obbligo di buona fede e diligenza⁸⁸, di cui, a suo volta il legislatore rimanda ai medesimi doveri che il mandatario ha con il mandante.

Mentre per quanto riguarda il rinvio allo "*star del credere*"⁸⁹, applicabile in precedenza ad entrambi gli istituti, è necessario rilevare come la disciplina sia stata ben differente, in quanto "*lo star del credere*" è stato per l'agente sin da subito regolato dalla contrattazione collettiva⁹⁰ sia avente natura *erga omnes* che da quella successiva, avente natura privatistica. La specificità della disciplina prevista dagli A.E.C. ha comportato, sin da subito, l'inapplicabilità della norma generale prevista dal codice, e ciò per il principio "*lex specialis derogat lex generalis*"⁹¹.

negli obblighi dell'agente. Il riferimento, vista la genesi dell'istituto era naturale in quanto, come visto, il commissionario è stata la forma da cui poi si è sviluppato il contratto di agenzia moderno, diversificandosi nel tempo dalla figura genitrice.

⁸⁷ Cfr *Infra*

⁸⁸ Il primo comma dell'art. 1746 recita "*Nell'esecuzione dell'incarico l'agente deve tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede. In particolare, deve adempiere l'incarico affidatogli in conformità delle istruzioni ricevute e fornire al preponente le informazioni riguardanti le condizioni del mercato nella zona assegnatagli, e ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari. E' nullo ogni patto contrario.* più dettagliatamente *infra*.

⁸⁹ Art. 1736 cod. civ., è stato un istituto comune sia all'agente che al commissionario, superato come visto, dalla legge 526 del 1999 che lo ha abrogato per l'agente.

⁹⁰ Sin dai primi AEC degli ultimi anni trenta.

⁹¹ Di tal parere è stata anche la giurisprudenza di legittimità la quale, richiamando una pronuncia del 1999 emessa poco prima dell'entrata in vigore della novella n. 526, ha affermato che "*Al contratto di agenzia non può applicarsi, in via analogica, l'art. 1736 c.c., in tema di contratto di commissione, poiché la responsabilità dell'agente per lo "star del credere" è disciplinata in modo specifico dall'accordo economico collettivo 20 giugno 1956, reso obbligatorio erga omnes dal dpr 16 gennaio 1961 n. 145 (che limita la responsabilità dell'agente senza ulteriore compenso al venti per cento della perdita subita dal preponente), ovvero della più favorevole disciplina posta nei successivi accordi collettivi del settore (qualora le parti vi abbiano aderito), i quali adottano il più ristretto limite del quindici per cento*" (Cass. Sez. Lav. 19 novembre 1999 n. 12879 in FI, Arc. Civ. 2000,167). E riprendendo un'ulteriore pronuncia precedente gli ermellini si sono espressi affermando che "*Ove nel contratto di agenzia sia pattuita la garanzia dello "star del credere" senza la previsione a tale titolo del supplemento di provvigione, l'agente ha comunque diritto per l'assunzione di tale garanzia ad un corrispettivo che il giudice può determinare secondo equità ai sensi dell'art. 1376 cc, ove le parti abbiano richiamato tale disciplina facendo espresso rinvio alla norma dell'art. 1746, 2° comma c.c., relativa all'applicabilità all'agente degli obblighi posti a carico del commissionario*" (Cass. Sez. Lav. 14 giugno 1991, n. 6741 in Giur. It, 1992, I, 1, 880) .

Infine, è necessario ricordare che il contratto di commissione sia stato nella pratica via via sempre meno utilizzato, essendo stato superato dal contratto di agenzia che meglio poteva svolgere l'attività commerciale a cui il commissionario era destinato.

2.1.3) Con il contratto di mediazione

Ulteriore figura che si avvicina al contratto di agenzia è il contratto di mediazione.

Il contratto di mediazione è disciplinato dall'art. 1754 cod. civ. che descrive il mediatore come colui che “ *mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o rappresentanza*”.

La figura del mediatore, inteso come colui che si interessa a far incontrare domanda ed offerta senza ricevere un incarico *ad hoc*, ha le proprie origini sin dai tempi remoti in cui il mediatore veniva comunemente chiamato sensale.⁹²

Tuttavia sin dalla sua primordiale formazione, poi, positivizzata nel codice civile, il rapporto di mediazione, o più correttamente il mediatore, è sempre stato caratterizzato dalla sua imparzialità rispetto alle future parti contraenti, dall'occasionalità della prestazione e dal diritto del compenso⁹³.

⁹² Rinviando a scritti di storia del diritto la figura antica del sensale, è interessante notare, invece, come esso fosse indicato nel codice del commercio del 1865 quale figura del mediatore privato, chiamato appunto sensali. Agli artt. 32 -34 del codice si legge “ 32. *La legge riconosce per gli atti di commercio agenti intermedi, che sono gli agenti di cambio ed i sensali. Essi hanno la qualità di pubblici mediatori, quando sono ammessi ad esercitare il loro ufficio nel modo dei pubblici mediatori E le condizioni per l'ammissione a questo ufficio sono retti da leggi e regolamenti speciali.*33. *Niuno può essere agente di cambio o esercitarne l'ufficio senza la qualità di pubblico mediatore.* 34. *Nelle altre specie l'ufficio di sensale può essere esercitato anche da colui che non è pubblico mediatore*”. E' interessante notare come nella relazione al codice del 1865 il Guardasigilli faccia riferimento alla precedente legge dell'8 agosto 1854 sempre in riferimento alla disciplina dei mediatori e sensali, rilevandone la sovrapposizione delle figure.

⁹³ La giurisprudenza di legittimità ha sempre sottolineato questo aspetto come ad esempio in Cass. Sez. III, 26 maggio 2000 n. 6959; Cass. Sez. III, 06 aprile 2000, 4327. Da ultimo anche Cass. civ. Sez. III, Sent., 14 luglio 2009, n. 16382 che richiamando le pronunce precedenti afferma che :“

Benché col tempo la disciplina della mediazione sia stata sviluppata e resa più sofisticata, i criteri sopra indicati rimangono, ad oggi, i principali grimaldelli riconosciuti oramai sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza⁹⁴ sulla base dei quali distinguere un mediatore da un agente di commercio.

Evidenti, infatti, sono le differenze. Il mediatore, come detto, è imparziale e la sua attività non è continuativa, mentre l'agente svolge un'attività continuativa per uno dei futuri contraenti, ed in particolare per il preponente.

Particolarità, invece, si evidenziano nel diritto alla provvigione del mediatore rispetto a quella prevista per l'agente.

In entrambi si premia la conclusione del contratto, tuttavia la fonte che dà origine al diritto di chiedere la remunerazione è differente. Infatti nella mediazione ciò che fa sorgere il diritto ai sensi dell'art. 1755 cod. civ. è il fatto giuridico dell'aver fatto incontrare i due contraenti e che l'affare “*si sia concluso per suo intervento*”, mentre nel rapporto di agenzia ciò che determina il diritto alla provvigione è il negozio giuridico, ossia l'accordo intervenuto fra agente e preponente.

Sulla posizione di "neutralità" ed "imparzialità" nei confronti delle parti che concludono l'affare, tra le altre, Cass. n. 12106/2003, Cass. n. 13184/2007, la quale sottolinea la posizione di "terzietà" del mediatore rispetto ai contraenti posti in contratto in ciò differenziandolo dall'agente di commercio, nonché Cass. n. 6959/2000, che sottolinea come carattere essenziale della figura giuridica del mediatore, ai sensi dell'art. 1754 c.c., è appunto la sua imparzialità, intesa come assenza di ogni vincolo di mandato, di prestazione d'opera, di preposizione institoria e di qualsiasi altro rapporto che renda riferibile al dominus l'attività dell'intermediario”

⁹⁴ G. TRIONI, *op. cit.*, pag. 44 e ss. Ciò che contraddistingue maggiormente la mediazione dall'agenzia, oltre all'imparzialità, è la stabilità dell'incarico, in quanto è previsto un possibile mediatore parziale. Chiarissima la giurisprudenza che da tempo, al fine di distinguere le due figure, ricerca i citati requisiti. “ *La differenza fra la mediazione e l'agenzia, anche quando gli incarichi sono conferiti dalla stessa parte, consiste nel fatto che l'incarico di mediazione riguarda un singolo affare, mentre l'incarico di agenzia riguarda un numero indeterminato di prestazioni della stessa specie da svolgere in una determinata zona, derivando dalla stabilità dell'incarico nell'ambito di tale zona l'esclusiva a vantaggio dell'agente (cui spetta altresì il trattamento di fine rapporto) e l'obbligo del preponente di corrispondere le provvigioni anche per gli affari da lui conclusi direttamente, mentre il compenso al mediatore – come per il procacciatore d'affari (il cui rapporto è caratterizzato dalla mancanza di esclusiva e di vincolo di stabilità) – spetta solo quando l'affare è concluso per effetto del suo intervento”* (Cass. 16 febbraio 1993, n. 1916, GCo, 1994, II, 787, nel merito A. Torino, 16 gennaio 2004; T. Bologna, sez. II, 17 aprile 2007, n. 837; P. Monza, 19 dicembre 1986)

Di fatto è lo stesso legislatore che, indicando i diritti dell'agente⁹⁵, ha affermato che l'agente ha diritto alla provvigione quando l'operazione è stata conclusa per effetto del suo intervento, ovvero nel caso in cui il contratto sia stipulato tra terzo e preponente anche senza l'intervento dell'agente a patto che il terzo sia nella medesima zona di esclusiva dell'agente.

Ciò determina che l'agente può richiedere la provvigione⁹⁶ semplicemente alla stipulazione del contratto da parte del preponente, anche se non ha partecipato a favorirne la stipulazione stessa.

Ben diverso invece, è il momento in cui il mediatore matura il diritto alla provvigione, in quanto il negozio giuridico è quasi ininfluenza, essendo l'obbligazione nascente dal fatto materiale di aver fatto incontrare le parti e che queste abbiano stipulato un contratto.

Tali elementi sono, quindi, i principali elementi sulla base dei quali distinguere il rapporto di mediazione dal rapporto di agenzia.

2.1.4) Con il procacciatore di affari

Ulteriore figura caratterizzata dall'occasionalità del rapporto è il "procacciatore d'affari", tale figura è altresì atipica, ossia non legata ad una disciplina legale specifica⁹⁷.

Tuttavia, sebbene manchi una definizione normativa del procacciatore d'affari, ciò è stato sopperito da una intensa attività giurisprudenziale che ha definito il procacciatore di affari come colui che "raccolle le ordinazioni dei clienti, trasmettendole alla ditta da cui ha ricevuto

⁹⁵ Art. 1748 cod.civ.

⁹⁶ C.d. provvigioni indiretto *cf. infra*

⁹⁷ G. TRIONI, op cit. pag. 48 e ss; R. BALDI op cit. pag. 51, G. GHEZZI op. cit. p. 42

l'incarico di procacciare tali commissioni, ma senza vincolo di stabilità ed in via del tutto occasionale"⁹⁸.

Dalla descrizione giurisprudenziale, quindi, si possono rinvenire i principali elementi in base ai quali poter identificare il procacciatore d'affari. Esso, infatti, svolge la propria attività di procacciatore senza la stabilità tipica del rapporto di agenzia⁹⁹ e l'imparzialità del mediatore¹⁰⁰.

In concreto, però, la figura del procacciatore d'affari è forse, nella sua interezza, quella che più si avvicina all'agente, infatti ciò che lo contraddistingue da quest'ultimo è la stabilizzazione del rapporto, tanto è che alcuni autori hanno definito l'agente " *procacciatore stabile* " ¹⁰¹ .

Ed è proprio la stabilità che, intesa nella sua accezione giuridica, distingue essenzialmente le due figure ¹⁰² in quanto la stessa è dimostrazione e volontà negoziale di voler affidare all'agente l'incarico di "procacciatore di affari" per un determinato periodo di tempo. Mentre la continuità deve essere considerata quale mero fatto materiale, che solo indirettamente potrà avere un'efficacia giuridica.

⁹⁸ Cass. 8 febbraio 1999, n. 1078, ed anche Cass. civ. Sez. II, 03 febbraio 2005, n. 2163.

⁹⁹ Cfr *infra*

¹⁰⁰ Cfr *supra*

¹⁰¹ W. BIGIAMI in " *Recensione a Formaggini* " in riv. Trim proc. Civ. , 1953, 1112. Altresì G. TRIONI in op. cit. pag. 49 afferma che in realtà la figura del procacciatore d'affari è esattamente quella dell'agente in quanto l'obbligazione è esattamente la medesima, l'unica differenza è appunto la stabilità dell'incarico, anche se l'autore citato specifica che non bisogna equivocare fra stabilità e continuità dell'incarico tanto è che il potenziale incarico di procacciare una potenzialità indeterminata di affare renderebbe quasi nulla la differenza fra le due figure.

¹⁰² Si veda F. TOFFOLETTO " *Il contratto di Agenzia* ", cit., pag. 37 : " *Per il momento conviene rilevare che la stabilità dell'agente, se da un lato si identifica con la non occasionalità ovvero con la continuità del suo incarico, dall'altro coincide con la sua professionalità* " anche la giurisprudenza di legittimità conviene nell'individuare gli elementi caratterizzanti il rapporto di agenzia ai sensi dell'art. 1742 c.c. al confronto con il diverso e atipico procacciamento di affari : " *Il contratto di agenzia si connota per la continuità e la stabilità dell'agente di promuovere la conclusione di contratti per conto del proponente nell'ambito di una determinata sfera territoriale, mentre il rapporto di procacciamento di affari si concreta nell'attività più limitata di chi senza vincolo di stabilità ed in via del tutto occasionale ed episodica, raccoglie le ordinazioni dei clienti, trasmettendole al committente da cui ha ricevuto l'incarico di procurare tali commissioni* ". Cass. 23 aprile 2009, n. 9686 (cfr. conformi: Cass. 5322/89, Cass. 5569/98, Cass. 1078/99).

Parte della dottrina si è lamentata di come questi concetti siano stati intesi, a volte, quali sinonimi¹⁰³, quando in realtà ben profonda ne risulta la distinzione, rendendo la stabilità elemento caratterizzante il rapporto di agenzia¹⁰⁴.

Di particolare interesse semantico e quindi interpretativo, è la distinzione che si necessita nel distinguere il concetto di continuità dell'incarico con quello di stabilità, in quanto solo il secondo qualifica il rapporto di agenzia. Tanto più se si considera che il termine "stabilità", inteso come sopra indicato, possa avvicinarsi al termine "professionalità"¹⁰⁵, nel senso che, come il professionista, l'agente svolge in maniera abituale e "consapevole" un'attività specifica ben delineata nella sua "continuità". Tuttavia, vista l'estrema somiglianza fra la figura dell'agente con quella del procacciatore di affari, considerato quest'ultimo quale contratto atipico¹⁰⁶, è stato evidente dal lato meramente pratico che tale figura potesse essere utilizzata al fine di evitare l'applicazione delle norme inderogabili ovvero convenzionali¹⁰⁷ previste a vantaggio dell'agente, con notevoli vantaggi economici e gestionali da parte del preponente.

¹⁰³ TRIONI, op. cit., pag. 50, BALDI, op. cit. pag. 51

¹⁰⁴ Si veda Cass. 8 agosto 1998, n. 7799, più recentemente anche Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 06 aprile 2009, n. 8214

¹⁰⁵ BIGIAMI, op. cit. pag. 49-54

¹⁰⁶ Cass. civ., 12 dicembre 2011, n. 26608 e Cass. civ., Sent., 19 agosto 2011, n. 17398 in cui a stessa Suprema Corte, che ha affermato che: "Va, infatti, ricordato che secondo consolidati, costanti e condivisi indirizzi di questa Corte:

a) il rapporto di procacciamento di affari - che può essere tanto un rapporto di lavoro autonomo, quanto un rapporto di lavoro subordinato - è un rapporto atipico che ha qualche analogia, ma non identità con quello di mandato (Cass. 6 luglio 1950, n. 1766, Cass. 8 aprile 1965, n. 609)"

¹⁰⁷ Ovviamente una volta accertata l'attività di procacciatore d'affare ciò che consta all'effettiva ricerca della causa del contratto ed infine alla effettiva volontà delle parti risulta essere proprio il concetto di stabilità, che si vedrà più avanti caratterizzerà anche la qualificazione o meno dell'agente monomandatario persona fisica quale lavoratore subordinato. L'orientamento in giurisprudenza è pacifico si veda Cass. 8 febbraio 1999, 1078, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999 Cass. civ., 26 gennaio 2004, n. 1365

2.1.5) Con la concessione di vendita ed il franchising

Il contratto di concessione di vendita ed il *franchising* sono tipici esempi di contratti di distribuzione e vendita, e vista la loro somiglianza verranno trattati assieme.

Per meglio comprendere tale somiglianza occorre in primo luogo descrivere le due figure.

La dottrina definisce la concessione di vendita come un contratto di distribuzione con il quale il concessionario agendo in veste di acquirente-rivenditore, assume l'incarico di curare la commercializzazione di un determinato prodotto, oggetto di concessione, da parte del concedente in cambio di una posizione privilegiata nella rivendita.¹⁰⁸

Tale descrizione è accompagnata anche dalla giurisprudenza che in maniera uniforme ha affermato che “ *La concessione di vendita è un contratto di distribuzione che viene stipulato da due imprenditori autonomi, attraverso il quale vengono regolate, per la durata del rapporto, tutte le vendite che verranno effettuate in costanza di detto accordo. Il produttore può, in tal modo, contemperare l'esigenza di non assumere i costi ed i rischi di gestione, normalmente connessi alla distribuzione dei prodotti, con l'esigenza di pari rilevanze di non disinteressarsi della loro commercializzazione. Obblighi ricorrenti del concessionario sarebbero quelli relativi allo svolgimento di attività volte al reperimento della*

¹⁰⁸ In dottrina si veda A. PISTILLI, “ *Il contratto di concessione di vendita*”, pagg. 715 e ss, in “*I contratti di intermediazione*” curr. G. CASSANO - M. E. DI GIANDOMENICO, Padova, 2009; BALDI - VENEZIA, op. cit., pag. 109 e ss.; O. CAGNASSO, “*La concessione di vendita*”, Milano, 1983. Tale privilegio, tuttavia non può avvicinarsi all'esclusiva di cui all'art. 1743 cod. civ. ritenuto elemento naturale del contratto di agenzia, in quanto il contratto di concessione potrà unicamente beneficiare di obbligazioni scaturenti dalla volontà negoziale in base alla quale, quindi, in caso violazioni di un eventuale violazione di un'esclusiva contrattuale sorgerà unicamente il diritto al risarcimento ai sensi dell'art. 1218 e ss cod.civ. Di fatto l'agente con le c.d. provvigioni indirette non subisce la violazione di un diritto bensì fa sorgere il diritto ad ottenere le provvigioni come se avesse svolto la propria attività.

clientela e alla promozione e pubblicizzazione dei prodotti di concerto con il concedente, alla organizzazione di vendita, alla visita e assistenza ai clienti, alla informazione al concedente, ai criteri di vendita commerciale da seguire.”¹⁰⁹

Dalla definizione offerta dalla giurisprudenza, quindi, emergono per il contratto di concessione, come per le altre figure di contratti commerciali, gli elementi tipici che possono identificarsi in: i) una attenuata stabilità di incarico derivante, come per il contratto di agenzia, dalla volontà delle parti negoziali; ii) l’agire del concessionario in nome e per conto proprio¹¹⁰; iii) promozione dell’attività di vendita del concedente.

Ovviamente il vincolo che lega il concedente al concessionario ricalca quello di tutti i contratti di carattere commerciale in cui una parte si impegna per lo sviluppo degli affare dell’altra parte.

Quindi gli elementi “accessori del rapporto” sono da una parte la concessione di privilegi di vendita, come ad esempio l’esclusiva¹¹¹, dall’altro vi è l’obbligo di acquisto di una determinata quantità di prodotti, oltre all’obbligo di promozione dell’attività di vendita del concedente.

Entrambe le parti, infine, sono legate da un rapporto fiduciario e quindi soggette al principio generale di buona fede e correttezza nell’esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.¹¹²

Elemento dirimente che distingue il contratto di concessione dal contratto di agenzia è tuttavia il fatto che il concessionario diventa parte della vendita, e quindi contraente egli stesso del “bene” oggetto di vendita.

¹⁰⁹ Cass. 3 ottobre 2007, n. 20775 anche A. Roma 23 luglio 2005.

¹¹⁰ Carattere dirimente che distingue nettamente la figura dell’agente da quella del concessionario di vendita, in quanto l’agente non stipula mai contratti di acquisto se non nel caso di agente con rappresentanza, ma comunque sottoscrive il contratto in nome e per conto del preponente.

¹¹¹ Che si ricorda essere una semplice obbligazione *ex contractu*, da non confondere con quell’elemento naturale previsto *ex lege* proprio dell’agente.

¹¹² Anche in questo caso un elemento distinto da quello specificamente individuato dall’art. 1746 cod. civ. previsto per l’agente, cfr *infra*.

Tale requisito, come immediatamente comprensibile, è il discrimine fra le due figure, in quanto l'agente, in considerazione del proprio ruolo, non potrà mai essere parte diretta nella vendita.

In altre parole sebbene entrambi, concessionario ed agente, decidono di accollarsi il compito di sviluppo dell'attività commerciale del venditore, sia esso concedente o preponente, solamente il concessionario si assume il rischio di una possibile mancata vendita, in quanto con l'acquisto del bene si onera del possibile rischio di una mancata vendita con la conseguente perdita economica, cosa che non potrà mai succedere all'agente, il quale, al massimo, non potrà godere delle provvigioni.

E' opportuno, quindi, rilevare che varie sono state le teorie che hanno cercato di qualificare il contratto di concessione¹¹³, successivamente risolte dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina sul finire degli anni '90.

In particolare una prima tesi considerava il contratto di concessione quale contratto innominato misto¹¹⁴, il quale mutuava la propria disciplina dalla vendita e dal mandato¹¹⁵, da rendere, quindi, il contratto di concessione un contratto normativo ossia un contratto su cui disciplinare eventuali e successivi contratti¹¹⁶; una seconda tesi, invece, ha ritenuto avvicinare il

¹¹³ Il contratto di distribuzione commerciale che più si avvicina al contratto di concessione, come poi risulterà evidente anche dall'analisi, seppur descritta per sommi capi, del medesimo contratto è quello della somministrazione di cui all'art. 1559 cod. civ il quale prevede che " *la somministrazione è un contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche e continuative di cose*". Di fatto nel caso del concessionario la prestazione rimane quella dell'acquisto di merce, obbligazione assai più rilevante rispetto a quella di cooperazione commerciale che avvicinerrebbe il concessionario all'agente. Tuttavia tale cooperazione se nel contratto di agenzia risulta essere l'obbligazione portante nel contratto di concessione si dimostra essere strumentale.

¹¹⁴ Ossia contratto misto atipico, non disciplinato da norme specifiche di legge ma lasciato alla regolamentazione libera delle parti ai sensi di cui all'art. 1322 cod. civ.

¹¹⁵ G. SCORZA, " *La concessione di vendita* ", Pag. 518, in " *I contratti di distribuzione* " curr. G. CASSANO, Milano, 2006.

¹¹⁶ Per il concetto di contratto normativo si veda fra tutti T. ASCARELLI, " *Il contratto plurilaterale* ", Milano, in Studi in tema di contratti, 1952, p.146. In giurisprudenza Cass. 20 maggio 1994, n. 4976 e Cass. 22 ottobre 2002, n. 14891. Sulla concessione di vendita come contratto innominato a struttura di contratto normativo, cfr. anche Cass. 22 febbraio 1999, n. 1469, in Giur. it. 1999, 1653, con nt. di O. CAGNASSO.

contratto di concessione al contratto estimatorio ¹¹⁷ ponendo in soverchiante supremazia il passaggio di proprietà del bene, e ritenendo quasi superficiale l'attività di collaborazione e cooperazione.

Altri, invece, hanno affiancato il contratto di concessione di vendita alla somministrazione, da cui trarre spunto per la disciplina generale dell'istituto, salvo poi attenuarlo con disposizioni convenzionali tali da "annacquare" la disciplina codicistica ¹¹⁸.

La *querelle* è stata risolta, come sopra accennato, dalla giurisprudenza di legittimità che si è andata a consolidarsi nel tempo, la quale ha confermato l'orientamento secondo il quale il contratto di concessione di vendita è un contratto "quadro", comunque diverso dalla somministrazione e dalla vendita.

Il contratto di concessione di vendita, infatti, non è un semplice contratto di vendita, né uno scambio di prestazioni continuative, in considerazione dell'assetto strutturale e delle finalità proprie a cui è tenuto il concessionario, che non si limitano unicamente all'acquisto ed alla rivendita del bene, ma è un contratto normativo in cui il concessionario si impegna all'acquisto o al trasferimento di una determinata quantità di beni a scadenze periodiche in cambio di agevolazioni alla rivendita come possono

¹¹⁷ Di cui all'art. art. 1556 cod. civ , così Cass. 29 ottobre 1991, n. 11504, in RIDL, 1992, II, 860; Pret. Cosenza 15 febbraio 1999, in RGL, 2000, II, 336 con nt. L. D'ARCANGELO, " *Contratto di agenzia e concessione di vendita in esclusiva, l'autore afferma che " il contratto di concessione di vendita (in esclusiva) con il quale il concessionario si impegna, in nome e per conto proprio, a acquistare prodotti dal concedente per rivenderli a terzi, non riconducibile alla diversa fattispecie del contratto di agenzia in cui l'agente si obbliga a promuovere la conclusione di affari per conto (o anche in nome) del preponente. Piuttosto, il contratto de qua, sotto questo profilo, ricalca il contenuto del contratto estimatorio, la cui essenza è rinvenibile, a norma dell'art. 1556 c.c. nella consegna di una o più cose mobili da una parte all'atra con obbligo di quest'ultima di pagarne il prezzo salvo la restituzione delle cose stesse nel termine stabilito.*"

¹¹⁸ CICU – MESSINEO – RUBINO, "La compravendita", in Tratt. dirr. civile e comm., tomo III, Torino, 1962, pp. 601 e ss.

essere l'esclusiva, il poter acquistare con sconti o qualsiasi altra clausola che possa agevolare la rivendita del bene.¹¹⁹

Una breve riflessione, infine, necessita la disciplina del *franchising*¹²⁰.

Il *franchising* è un contratto di distribuzione commerciale che prende spunto dalla disciplina della concessione di vendita e che ha trovato prima in Europa e poi in Italia una propria regolamentazione speciale sia attraverso il regolamento CEE del 30 novembre 1988, n. 4087¹²¹ ed in Italia con la legge del 06 maggio 2004 recante “*Norme per la disciplina della filiazione commerciale*”¹²².

Il contratto di *franchising* è il contratto col quale un'impresa affiliante, detta appunto *franchisor*, concede ad un'altra impresa, *franchisee*, di norma

¹¹⁹ R.PARDOLESI, “*I contratti di distribuzione*”, Napoli, 1979, 297, O. CAGNASSO, v. “*concessione di vendita*”, in Dig. Disc. Priv., Vol. III, Torino, 1998, p. 223. D'altronde la riflessione naturale a tale scambio è dovuta proprio al fatto che il concessionario, assumendosi il rischio dell'acquisto, accetta il medesimo in quanto possa essere agevolato nella stessa rivendita, ad esempio riuscendo ad abbassare il prezzo con sconti effettuati dal concedente, ovvero riducendo la concorrenza con clausole di esclusiva. Difficilmente il legislatore avrebbe potuto vincolare con stringenti lacci normativi e precettivi le necessità che di volta in volta, di prodotto in prodotto, sarebbero potute sorgere.

¹²⁰ Per un maggior approfondimento si rimanda a BALDI, “*Il contratto di agenzia*”, op. cit., CASSANO, “*I contratti distribuzione*”, op. cit.; G. ZUDDAS, “*Somministrazione, Concessione di vendita, Franchising*”, Sezione II - Tomo III/II, pag. 406 e ss, in Tratt. Dirr. Comm, dirr. V. BUONOCORE. Torino, 2003.

¹²¹ Tale provvedimento comunitario offre la una più precisa definizione di franchising all'art. 1, comma 3 lett. B in cui il contratto di franchising viene definito come un “*accordo col quale un'impresa, l'affiliante, concede ad un'altra, l'affiliato, dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un franchising allo scopo di commercializzare determinati tipi di beni e/o servizi.*”

Esso comprende almeno gli obblighi connessi all'uso di una denominazione o di un'insegna commerciale comune e di una presentazione uniforme della sede e/o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto, alla comunicazione da parte dell'affiliante all'affiliato di un know-how, alla prestazione permanente, da parte dell'affiliante all'affiliato, di un'assistenza in campo commerciale o tecnico per la durata dell'accordo.”

¹²² In cui all'art. 1 comma 1, ricalcando la definizione offerta dal regolamento comunitario viene affermato che “*il Franchising, ovvero affiliazione commerciale, è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazione commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commercial, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi.*”

di proporzioni decisamente più modeste della prima, di commercializzare determinati tipi di beni o prodotti di riferimento del *franchisor*.

In sostanza, pur essendo l'affiliante e l'affiliato due soggetti giuridici a se stanti, da un punto di vista commerciale tale distinzione è molto sottile, in quanto l'affiliato non solo rivende in esclusiva i prodotti dell'affiliante, ma ne utilizza anche il know how, brevetti e marchi.

Il *franchisor* quindi riesce ad espandere conservando il proprio marchio la propria rete di vendite, mentre il *franchisee* gode sin da subito di un marchio già affermato e della gestione commerciale già protocollata, riducendo drasticamente il rischio delle scelte imprenditoriali. Mentre il *franchisee* in cambio di ciò, si impegna, come il concessionario di vendita, ad acquistare dal *franchisor* una determinata quantità di beni oggetto di rivendita, ovvero di offrire al *franchisor* una percentuale sui beni venduti (le c.d. *royalties*).

Ciò che contraddistingue, però, il *franchising* dalla concessione di vendita è la preponderanza della visibilità del *franchisor* rispetto alla visibilità del franchisee, tale da vincolare anche il prezzo del bene rivenduto, determinato univocamente dal *franchisor*.

In Italia prima dell'entrata in vigore della legge del 2004, il *franchising* godeva già di una propria autonomia, anche se la dottrina e la giurisprudenza non potevano che indicarlo quale contratto atipico ne rilevavano la notevole importanza e quindi la necessità di assicurare una sorta di tutela indiretta, non garantita da nessuna legge¹²³.

¹²³ D'altronde essendo il franchising una *species* del contratto di concessione di vendita è naturale che la giurisprudenza abbia mutuato i medesimi concetti sviluppando le questioni di diritti intrinseche della fattispecie. In particolare si veda Trib Milano 28 febbraio 2002 "Il contratto di "franchising" ormai affermatosi nella prassi negoziale, risulta meritevole di tutela giacchè le reciproche prestazioni di servizi permettono all'affiliante di aumentare le proprie capacità di penetrazione sul mercato e, in pari modo, permettono all'affiliato di giovare della posizione di affidabilità e di prestigio acquisita dall'affiliante e di inserirsi quindi nel mercato sfruttando la conoscenza da parte dei consumatori del nome dell'impresa primaria e mantenendo una facciata

Premesso ciò e richiamando quanto già detto per il contratto di concessione di vendita, le linee di demarcazione fra il *franchising* ed il rapporto di agenzia sono decisamente evidenti, in quanto non solo il *franchisee* si assume il rischio di impresa, seppur limitato dalla figura del *franchisor* che non solo ne limita i rischi con il proprio marchio, ma anche con la propria consulenza ed in generale col proprio “protocollo”, ma paradossalmente il *franchisor*, in caso di stipula di *royalties*, ottiene ricavi dalle vendite del *franchisee*, ribaltando di fatto il concetto di provvigione dell’agente.

Macroscopiche differenze con il contratto di agenzia, quindi, si individuano nel processo di vendita dove il *franchisee*, come il concessionario, diventa contraente diretto rendendo la somma ottenuta dalla vendita del bene quale vero e proprio ricavo di impresa e non invece, come nel rapporto di agenzia, una provvigione del venduto da parte del proponente.

2.1.6) Con il promotore finanziario

Infine occorre evidenziare la diversità che intercorre fra il promotore finanziario e il rapporto di agenzia. Questa breve disamina sul promotore finanziario è dovuta al particolare ruolo che tale figura ha assunto negli ultimi anni soprattutto dopo la legge del 4 gennaio 1991, n. 1¹²⁴ e relative modificazioni, che ha offerto alla figura del promotore un primo riconoscimento giuridico. Tuttavia la natura dell’attività lavorativa svolta

di imprenditorialità. Di regola, gli obblighi del "franchisor" sono individuati nell'impegno di aggiornare ed esplicitare il c.d. "know how" al "franchisee" per permettergli di mettere a disposizione degli utenti i servizi realizzati secondo le istruzioni trasmesse dal "franchisor". In tale contesto contrattuale, ove ciascuna parte agisce con i propri rischi imprenditoriali, il funzionamento del servizio offerto all'affiliato rappresenta una condizione essenziale per il raggiungimento dello scopo contrattuale, affinché l'affiliato sia messo in grado di offrire ai propri utenti il medesimo servizio predisposto ed organizzato dall'affiliante.” (in Giur. Milanese, 2002, pag. 273)

¹²⁴ In particolare l’art. 5 della legge citata disciplina la figura del promotore finanziario, in cui si legge al comma 3 che la figura del promotore può essere rivestita da un dipendente dell’istituto di credito, ovvero agente o mandatario.

dal promotore finanziario non è cosa semplice. Si ha infatti motivo di ritenere che il d. lgs 58 del 1998¹²⁵, che ha di fatto abrogato la legge del 1991, sia poco chiaro e incompleto non aiutando a sciogliere i tanti nodi problematici strettamente connessi allo studio di tale tipologia di lavoratori. In dottrina¹²⁶ non sono mancate sicuramente perplessità sulla possibile equiparazione del promotore all'agente di commercio.

Tuttavia a chi scrive pare doveroso rilevare come in effetti le due figure debbano essere tenute distinte, infatti un conto è quanto disciplinato dall'art. 1742 ed un altro è l'attività di promotore.

La legge n. 1 del 1991¹²⁷ per prima ha istituito la figura dei promotori finanziari. Tale normativa, con il D.lgs. n. 415/1996, veniva in buona parte modificata. In data 24 febbraio 1992 entrava in vigore il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria che, all'articolo 31, n. 2 definisce il promotore finanziario come la persona fisica che, in qualità di agente collegato, o dipendente ai sensi della Direttiva 2004/39/CE, esercita professionalmente *“l'attività di promozione e di collocamento presso il pubblico di strumenti finanziari e di servizi di investimento in luogo diverso dalla sede, legale o secondaria, del soggetto abilitato per il quale opera”*.

L'attività di promotore finanziario è svolta esclusivamente nell'interesse di un solo soggetto, che è l'istituto di credito.

Il promotore finanziario è esclusivamente una persona fisica che ha il compito ed il potere di operare fuori dai normali istituti di credito al fine di offrire ai risparmiatori strumenti finanziari o servizi di investimento. Il promotore finanziario, regolarmente iscritto all'albo di competenza tenuto

¹²⁵ Nonostante i ripetuti interventi di aggiornamento, da ultimo il d.l. 179 del 18 ottobre 2012. Il promotore è specificamente disciplinato all'art. 31 dello stesso decreto

¹²⁶ F. TOFFOLETTO, *Il contratto di agenzia*, in Tratt. CICU – MESSINEO- MENGONI, cur. P. SHLESINGER, Milano, 2008, pagg. 51 e ss.

¹²⁷ L. 2/01/1991 n. 1 (in Gazz. Uff., 4 gennaio, n. 3) - Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari (in parte modificata ed abrogata dal D.lgs. n. 415/1996).

presso la CONSOB dopo aver superato un esame abilitante, è soggetto all'osservanza di norme di stampo istituzionale a garanzia dei risparmiatori, oltre a essere il responsabile indiretto dei prodotti finanziari offerti ¹²⁸.

Ulteriore vincolo imposto ¹²⁹ a chi volesse svolgere l'attività di promotore finanziario è il fatto di vincolarsi in maniera esclusiva per un solo mandante, il che fa sussistere l'obbligo del cd. monomandato.

Altro rilevante elemento che non permette una sovrapposizione delle discipline del contratto di agenzia e quello del promotore, o meglio una inopinata equiparazione, è la modalità di retribuzione dei promotori, non tanto dal fatto che la stessa è elargita dalla società, ma per il fatto che essa consta di una quota-parte fissa, una legata al portafoglio clienti ed un'altra prevista in misura percentuale e proporzionale all'attività di nuova raccolta effettuata dal promotore.

Sicuramente, anche se in generale è possibile che una tale forma di retribuzione possa essere predisposta anche per l'agente, è sicuramente un'eccezione al diritto principale delle provvigioni ¹³⁰.

L'attività svolta dal promotore, è da considerare quale mera attività, non legata a nessuna figura specifica di lavoratore. In altre parole l'attività di promotore finanziario può essere esercitata secondo tre differenti modalità negoziali e precisamente con contratto di agenzia, con contratto di mandato o con rapporto di lavoro subordinato.

Dato per imm modificabile il fatto che l'attività di promotore debba essere esercitata da una persona fisica, occorrerà di volta in volta effettuare un'analisi puntuale dell'attività espletata, qualora una delle parti ne contesti

¹²⁸ A. BELSITO, *Il lavoro degli agenti e dei rappresentanti tra autonomia e subordinazione*, Bari, 2010, pag. 42; D. BALDUCCI, *Il promotore Finanziario*, III^a Edizione, Milano, 2006.

¹²⁹ Così come previsto dalla direttiva 2004/39/Ce.

¹³⁰ Cfr *infra* cap. 2 pag. 82 e ss

l'inquadramento negoziale. In tal caso sarà necessario provare ai sensi dell'art. 2697 c.c. gli elementi rilevatori.

Di fatto, secondo il principio della rilevanza della verità materiale¹³¹ tipica del diritto del lavoro, è necessario identificare le modalità di come venga esercitata l'attività di promotore, indipendentemente dal *nomen iuris*.

Inutile ribadire che se l'attività dovesse risultare svolta sotto le costanti direttive del datore di lavoro, che esercita altresì poteri di controllo e disciplinari, potrà parlarsi di subordinazione. Qualora, al contrario, il lavoratore risultasse esente da vincoli di orario e non fosse sottoposto ai poteri del datore di lavoro sopra citati la sua attività potrebbe essere riconducibile a quelle previste al n. 3 dell'art. 409 c.p.c.. Nel caso in cui, poi, siffatta attività fosse espletata in totale autonomia con propria organizzazione e senza vincoli allora occorrerà qualificarla come lavoro autonomo ex art. 2222 cod. civ.

Spesso accade che la giurisprudenza di legittimità, chiamata a dirimere controversie inerenti l'attività di intermediazione finanziaria, si avvalga delle norme codicistiche in materia di contratti di agenzia anche sulla base del legame che tale figura ha con quella dell'agente di commercio anche se si deve far rilevare che, ad oggi, non esiste un accordo economico collettivo dei promotori finanziari né questi ultimi sono firmatari dell'accordo degli agenti di commercio¹³².

Altresì, come accennato in precedenza, a differenza dell'agente, il promotore finanziario è responsabile¹³³ solidalmente con l'intermediario per il quale opera.

¹³¹ A. VALLEBONA, *Il diritto processuale del lavoro*, in Trattato di diritto del lavoro, dirr. M. PERSIANI – F. CARINCI, Padova, 2011, pagg. 125 e ss.

¹³² In tal caso, tuttavia, potrebbero intervenire gli AEC con efficacia erga omnes in caso di disposizioni peggiorative.

¹³³ Art. 31 T.U.I.F. (Testo Unico Intermediazione Finanziaria) D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58: “il soggetto abilitato che conferisce l'incarico è responsabile **in solido** dei danni arrecati a terzi dal

Siffatto vincolo di solidarietà sussiste sempre e non può considerarsi escluso neppure nell'ipotesi in cui il promotore ponga in essere comportamenti dolosi ed esorbitanti la propria attività ¹³⁴. In sede civile quella che investe il soggetto intermediario è una sorta di responsabilità oggettiva ¹³⁵ che, a seconda dei casi, può altresì essere qualificata come responsabilità rinforzata essendo l'intermediario chiamato a rispondere anche qualora il promotore abbia agito come agente senza rappresentanza¹³⁶.

Altre problematiche allo svolgimento dell'attività di promotore finanziario come agente risiedono, nel caso di cessazione del rapporto, della disciplina del patto di non concorrenza non potendosi applicare pedissequamente le norme del codice per gli agenti di commercio ¹³⁷.

Alla cessazione del rapporto di lavoro al promotore agente spetta, comunque, la liquidazione del F.I.R.R. e altre indennità. Regola generale vuole che l'obbligo di iscrizione all'ENASARCO produca il diritto di ottenere il F.I.R.R. ¹³⁸ che la banca è tenuta a versare presso tale Ente. Il F.I.R.R. viene versato dalla ditta proponente ogni anno presso

promotore finanziario, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertate in sede penale”.

¹³⁴ Così si è espressa la Cassazione, sez. penale, in merito alla responsabilità dell'intermediario e promotore ai danni dell'investitore, 7 maggio 2009 n. 34526

¹³⁵ Si rimanda a quanto affermato dall'art. 31 del dlgs 58/1998 in cui viene esplicitamente indicata la responsabilità rinforzata dell'intermediario a favore del promotore.

¹³⁶ La Cassazione ha avuto modo di affermare che : *“La banca è responsabile in solido ogni volta che il danno risulta causato dal promotore finanziario nell'ambito delle attività legate alle incombenze di cui il professionista è investito. Il cliente, però, non è esente da colpe se all'atto della richiesta di disinvestimento viola le regole accettando di versare le somme di sua pertinenza sul conto personale del promotore”* (Cass. civ. Sez. III, 11 giugno 2009 n. 13529). A confermare tale indirizzo talune decisioni anche della sezione lavoro della Cassazione fra cui Cass. civ. Sez. lav. 24 luglio 2009 n. 17393.

¹³⁷ Di fatto il rapporto che lega cliente e promotore è decisamente più stretto rispetto a quello che lega l'agente commerciale al futuro cliente del preponente. In sostanza il legame di fiducia che si instaura fra cliente e promotore è decisamente un *quid pluris* rispetto alla mera attività di cui all'art. 1742 cod. civ., per cui è decisamente plausibile che non vi siano rigide responsabilità di sviamento della clientela nel caso il rapporto fra intermediario e promotore si interrompesse. Sul patto di non concorrenza per l'agente di commercio si veda *amplius* cap 4, pagg. 134 e ss

¹³⁸ Si veda *infra* cap. 5 pagg 141

l'ENASARCO che provvede ad accantonarne le relative somme liquidate all'agente, al termine del rapporto di lavoro.

Tuttavia l'agente promotore finanziario non può essere sovrapposto alla figura dell'agente commerciale. Diverse, infatti, sono le “*sfumature*” che esistono fra le due figure. In primo luogo sono le conseguenze della violazione del patto di non concorrenza . Secondariamente è la materia trattata dal promotore che è vincolato non solo al superamento di un concorso abilitante, ed al superiore controllo della conseguente legittimità da parte della CONSOB, ma anche nella materia oggetto dell'attività di promotore, esso infatti è esclusivamente legato alla promozione di prodotti finanziari e non di altro. Altresì vi è anche la non trascurabile circostanza secondo cui l'agente non è chiamato alla necessaria presenza fisica all'interno dei locali dell'azienda preponente, diversamente dal promotore finanziario tenuto all'assidua frequenza dell'ufficio sito nella filiale cui è assegnato.

2.1.7) Con l'agente assicurativo

La figura dell'agente di assicurazioni così come individuato dall'art. 1753¹³⁹ cod. civ., sebbene sia sistematicamente inserito nella disciplina codicistica dell'agente di commercio si discosta da esso per notevoli differenze.

Gli agenti di assicurazione sono state fra le prime categorie di lavoratori a dotarsi di un assetto convenzionale collettivo e ciò prima del sistema corporativo¹⁴⁰.

¹³⁹ “*Le disposizioni di questo capo sono applicabili anche agli agenti di assicurazione, in quanto non siano derogate [dalle norme corporative o] dagli usi e in quanto siano compatibili con la natura dell'attività assicurativa*”

¹⁴⁰ Vista l'importanza del contratto assicurativo che ha le sue fondamenta sin dal periodo romano, il primo concordato fra agenti e case mandanti fu nel 25 giugno 1920 con il c.d. “concordato Brambilla”.

A differenza del comune agente di commercio l'agente di assicurazione è caratterizzato dal fatto di essere vincolato a trattare strumenti assicurativi, come polizze e contratti di assicurazione. Per tale elemento, quindi, l'agente di assicurazioni è soggetto a vincolanti controlli amministrativi ¹⁴¹ e a una maggior disciplina sia convenzionale, dovuta alla specifica indicazione degli AEC assicurazioni, sia legale, in considerazione del fatto che i contratti procacciati dall'agente sono specificamente disciplinati dal nostro legislatore dagli articoli 1882 e seguenti del codice civile.

La legge istitutiva, che ha dato rilevanza giuridica all'agente assicurativo, prevedendo una sua autonomia ed analogia con l'agente commerciale, fra cui l'iscrizione ad un albo, è la legge del 7 febbraio 1979 n. 48.

La legge citata prevede, oltre all'istituzione dell'albo, anche le modalità per accedervi le quali si riducono a due requisiti ¹⁴²: il primo è il possesso dell'onorabilità e dei diritti civili, il secondo è il superamento di un esame abilitante ¹⁴³.

Gli agenti di assicurazione, a differenze di quanto accade ai normali agenti di commercio, sono soggetti non solo a stringenti e pubblicitiche norme di controllo, ma anche a procedimenti disciplinari comminati dall'organizzazione di appartenenza e disciplinati dalla legge del 1979 ¹⁴⁴.

¹⁴¹ Nell'82 è stata creata l'ISVAP al fine di controllare l'esercizio delle società di assicurazioni

¹⁴² Art. 4 della legge citata.

¹⁴³ Il superamento di un esame determina che l'agente è in possesso dei requisiti tecnici inerenti i prodotti assicurativi oggetto del rapporto. E' interessante notare come anche per un'altra figura il legislatore non solo ha previsto un organo per il controllo ma addirittura un esame abilitante ed un albo. Ci si riferisce al promotore finanziario, che, sebbene non sia soggetti a norme convenzionali, è da considerare (nella sua qualità di agente) come uno specialista tecnico di settore, così come lo è anche l'agente di assicurazioni. Tale affiancamento è tanto più verosimile se si considera la compatibilità per un agente di assicurazione di svolgere contestualmente sia l'attività di promotore finanziario sia quello di agente assicurativo, a condizione di rispettare alcuni presupposti quali il presentarsi alla clientela come agente assicurativo e non come promotore e di non mettere in concorrenza gli strumenti assicurativi eventualmente offerti dall'intermediario finanziario con quelli offerti dalla società di assicurazione, così come chiarito dalla comunicazione della Consob del 22 ottobre 1999 n. DI/99077423.

¹⁴⁴ La procedura di costituzione del collegio giudicante, il procedimento sanzionatorio e l'eventuale impugnazione sono disciplinati dagli artt. 13 - 19

Vista la rilevanza pubblicistica della figura, l'esercizio abusivo dell'attività comporta anche una sanzione amministrativa prevista dall'art. 21 della medesima legge. Come visto in precedenza ¹⁴⁵, l'annullamento del contratto tra preponente ed agente porta senza dubbio a delle sperequazioni e delle evidenti ingiustizie nei confronti dell'agente.

Tuttavia, lo stesso, come detto al primo capitolo, può ricorrere a diversi strumenti al fine di vedersi riconosciuta il proprio corrispettivo come ad esempio l'art. 2041 cod. civ.

Prima di proseguire nell'analisi della figura dell'agente di assicurazione è necessario effettuare una divisione, ossia individuare il tipo di agente in base alla modalità con cui il medesimo agente esegua e la propria attività.

Partendo dal presupposto che l'attività di agenzia può essere svolta sia in forma individuale che collettiva, ossia dalla singola persona fisica o da società, l'agente di assicurazione può eseguire il proprio lavoro "in economia" o "a gestione libera"¹⁴⁶.

L'agente in economia è solitamente il preposto ad una filiale o sede secondaria della compagnia di assicurazione. Questo tipo di agente, che in realtà è un dipendente della compagnia assicurativa assume, per le sue funzioni, la veste e la qualifica di "istitutore".

In quanto istitutore, l'agente in economia può compiere tutti gli atti inerenti l'esercizio dell'impresa assicurativa, salve le limitazioni contenute nella procura affidatagli. Egli può, inoltre, stare in giudizio in nome e per conto dell'impresa d'assicurazione per le obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell'esercizio della sede dell'impresa cui egli è preposto.

L'agente in economia che non sia preposto ad un'impresa o ad una filiale o sede secondaria, o che comunque non sia fornito di poteri rappresentativi,

¹⁴⁵ Cfr *supra* cap. 1 pagg. 23 e ss.

¹⁴⁶ G. TRIONI, "Il contratto di agenzia", op. cit., pag. 264, V. BALDI, "Il contratti di agenzia", op. cit. pag. 324; GHEZZI, "del contratto di agenzia", op. cit. pag. 248.

non riveste la qualifica di institore, ma è solo un dipendente della compagnia, che può essere munito di poteri determinati mediante procura.

L'agente a gestione libera, invece, è un vero e proprio agente. Quando l'impresa di assicurazione stima che sia più vantaggioso affidare in una certa zona ad organizzazioni esterne l'attività promozionale ed amministrativa del portafoglio clienti nomina agenti a gestione libera.

In questo caso, sussistono pertanto i presupposti per un contratto di agenzia in quanto il contraente è autonomo ed assume in proprio l'onere del rischio d'impresa.

Di conseguenza, può essere instaurato fra l'agente di assicurazione e l'impresa preponente il contratto di agenzia purché, ovviamente, siano rispettate le disposizioni in materia di iscrizione all'albo degli agenti assicurativi.

L'agente a gestione libera conduce un'attività autonoma, caratterizzata dall'indipendenza dell'intermediario e dal rischio di impresa.

Ulteriori figure di agenti di assicurazioni sono il sub agente¹⁴⁷ ed il coagente.

Per quanto riguarda il primo ne parla la stessa legge del 1979 la quale descrive il sub agente all'art. 5 affermando che il sub agente *“colui che, con l'onere di gestione a proprio rischio e spesa, dedica abitualmente e prevalentemente la sua attività professionale all'incarico affidatogli da un agente e che non esercita altra attività imprenditoriale o lavorativa, subordinata o autonoma”*. Al subagente si applicano quindi le medesime norme, legale e contrattuali, che vengono applicate all'agente principale.

La seconda figura, quella del coagente, si ha nel caso in cui il rapporto viene stipulato con più agenti; in questo caso i titolari del contratto di agenzia sono più di uno. Essendo prevista tale possibilità, l'incarico è stato

¹⁴⁷ Per quanto concerne il sub agente *amplius* infra. pag.68

disciplinato dalla stesa contrattazione collettiva la quale al comma 4 dell'art. 2 dell'accordo nazionale agenti del 1994 prevede che : “*l’incarico si considera sempre conferito congiuntamente e solidalmente, anche se ai coagenti è data la facoltà di agire separatamente*”. Ciò sta a significare che non è necessaria una congiunta volontà dei coagenti nell’esecuzione dell’attività, ma che la decisione di uno vincola “congiuntamente” l’altro coagente rendendoli solidalmente responsabili ¹⁴⁸.

Vi sono, infine, altre figure particolari di agente di assicurazione come quella dell’agente generale, agente locale, agente di zona e di città caratterizzati unicamente dall’ampiezza di zona e non da particolari vincoli normativi.

La struttura normativa del rapporto dell’agente di assicurazione è decisamente peculiare in quanto il rapporto che solitamente vi è fra norme legali e convenzionali viene ribaltato. Infatti è l’articolo 1753 cod civ. che ammette tale mutamento della gerarchia delle fonti, rendendo di fatto la normativa codicistica sussidiaria e residuale rispetto alla disciplina collettiva ¹⁴⁹.

Come è stato notato ¹⁵⁰ tale impostazione priva di forza la tesi della *reductio ad unum* della figura dell’agente, avendo di fatto l’agente di commercio e l’agente alcuna comune norma vincolante, in quanto, come detto pocanzi, la gerarchia delle fonti del diritto è invertita e quindi ciò che è vincolante per uno non lo è per l’altro ¹⁵¹. A ciò, infine, si aggiunga la diversità dei soggetti

¹⁴⁸ Il rapporto di coagenzia richiama *mutatis mutandis* il lavoro ripartito del d.lgs 276/2003 artt. 41 - 45

¹⁴⁹ TRIONI, “*Il contratto di agenzia*”, op. cit., pag. 265; BALDI, op. ult. cit., pag. 315; BALDASSARRI, “*Contratto di agenzia*”, cit., pag. 535; MISCIONE, “*Il contratto di agenzia*”, cit., XII, tomo 4, pag. 376; GHEZZI, op ult. cit., pag. 240

¹⁵⁰ TRIONI pag. 266, contro SARACNI – TOFFOLETTO, op cit., pagg. 37 e ss.

¹⁵¹ Neanche l’art. 1745 c.c. che disciplina la rappresentanza dell’agente può applicarsi alla figura dell’agente di assicurazione, in quanto si applica la più specifica disciplina dell’art. 1903 c.c.

firmatari degli accordi collettivi che possono rendere estremamente diversa l'applicazione della normativa in materia.

A causa di tale derogabilità non è possibile effettuare un'analisi corretta sulle vere intenzioni del legislatore, ma forse lo stesso, in considerazione delle innegabili difficoltà tecniche del contratto di assicurazione e della necessaria professionalità specifica che deve possedere l'agente, abbia voluto demandare in toto alle parti private lo svolgimento del rapporto, a danno, anche, della tutela offerta dell'impianto codicistico¹⁵².

2.2) Il rapporto di agenzia fra il lavoro autonomo e subordinato

Prima di analizzare gli obblighi ed i diritti dell'agente, che a seconda della loro intensità, possono avvicinare il rapporto di agenzia al rapporto di lavoro subordinato, occorre svolgere una riflessione sulla natura giuridica dell'agente.

L'agente non può essere considerato *tout court* imprenditore, in considerazione del fatto che il legislatore ha inserito la disciplina dell'agente di cui agli artt. 1742 e ss cod. civ. nel IV libro del codice civile dedicato ai singoli contratti, e non invece nel V, dedicato, appunto, al lavoro ed all'impresa.

Tuttavia, vista la genesi del rapporto di agenzia, essa risulta imprescindibilmente legata ad una struttura tipicamente imprenditoriale¹⁵³, caratterizzata da una forte rilevanza dell'aspetto commerciale.

Tralasciando il preponente che si presume imprenditore¹⁵⁴, occorre, a questo punto, considerare la figura dell'agente non tanto considerato quale

¹⁵² Si nota che l'applicazione della direttiva comunitaria 653 del 1986 rende facoltativa la propria applicazione all'agente di assicurazione, a differenza dell'agente di commercio comune per la quale vi è un obbligo.

¹⁵³ TRIONI, op. cit. pag. 79.

¹⁵⁴ Il discorso varrebbe anche per il sub agente, in quanto, l'agente – preponente, utilizzando una propria organizzazione strutturata e non più la sola attività personale (cfr *infra*).

soggetto collettivo, e quindi società, sia essa di capitali o di persone, ma soggetto singolo.

In tale circostanza il legislatore italiano ponendosi in una posizione opposta a quella tedesca¹⁵⁵, ha ritenuto più conciliabile alla figura dell'agente quella del lavoratore autonomo anziché quella dell'agente imprenditore¹⁵⁶.

Ma, in considerazione dell'eccentricità della figura, come sopra detto, il *limen* che distingue l'agente imprenditore¹⁵⁷ da quella dell'agente lavoratore autonomo è assai sottile, in quanto non è sempre detto che l'agente lavori con la veste di società, o in maniera del tutto "solitaria". E' possibile che esso si giovi anche dell'ausilio di collaboratori o di associati che pur formando un soggetto plurisoggettivo non rivesta quella forte carica imprenditoriale prevista dall'art. 2082 cod. civ., e quindi con una struttura complessa e gerarchicamente organizzata, in quanto l'attività principale è svolta prevalentemente dall'agente.

Quindi se la distinzione fra impresa ed agente è ben delineata, quella fra piccolo imprenditore e agente lavoratore autonomo è meno chiara.

Esistono diverse tesi sulla qualificazione soggettiva dell'agente, la più datata prevede che la figura dell'agente lavoratore autonomo così come previsto dall'art. 2222 cod. civ. sia assorbita dalla figura del piccolo imprenditore¹⁵⁸.

Ciò in quanto si ritiene che la figura del lavoratore autonomo sia una figura sussidiaria al piccolo imprenditore, il quale necessita dell'esistenza di un'organizzazione di beni e servizi in maniera professionale al fine dell'esercizio dell'attività economica.

¹⁵⁵ Sulla distinzione tra i due sistemi cfr PARDOLESI, "*I contratti di distribuzione*", cit., pag. 129 e ss.

¹⁵⁶ GHEZZI, "*del contratto di agenzia*", op. cit. pag. 11 e ss

¹⁵⁷ Più correttamente del piccolo imprenditore ex art. 2087 cod. civ.

¹⁵⁸ W. BIGIAMI, "*La piccola impresa*", Milano, 1947, pag. 132, GHEZZI, op. ult. Cit., pag. 16, SARACINI TOFFOLETTO "*Il contratto di Agenzia*", op. cit. pag. 96 e ss.

Il legislatore, infatti, ha definito il lavoratore autonomo con l'art. 2222 cod. civ.¹⁵⁹, affermando quindi che quest'ultimo è una "persona" che presta la propria attività senza vincolo di subordinazione in cambio di un corrispettivo, distinguendolo dal lavoratore subordinato e ponendolo in antitesi ad esso.

La "persona" che presta la propria attività non è soggetta a qualificazioni particolari, come invece richiesto per il piccolo imprenditore. Quest'ultimo, infatti, presta la propria attività con professionalità, ossia con stabilità ed abitudine¹⁶⁰.

Altra parte della dottrina¹⁶¹, invece, ritiene che non si possa limitare la visione dell'agente alla bipartizione imprenditore/piccolo imprenditore, ma che la figura dell'agente lavoratore autonomo sia da considerarsi a se stante e quindi avere una tripartizione (agente lavoratore autonomo, piccolo imprenditore e imprenditore).

I detrattori della tesi dicotomica ed in sostanza fautori di quella tripartita giustificano la loro tesi essenzialmente con la presunta prevalenza, se non totalità, dell'attività dell'agente singolo, che non si giova, a differenza dell'imprenditore, sia esso anche piccolo imprenditore, di un'organizzazione di più soggetti.

In altre parole ciò che rileva al fine di configurare l'agente quale lavoratore autonomo è in sostanza la sua attività che viene svolta essenzialmente dal medesimo.

¹⁵⁹ Disciplina per mezzo della quale il legislatore ha voluto rilevare le differenze con l'art. 2094 cod. civ. e quindi le differenze fra il lavoro subordinato e quello autonomo

¹⁶⁰ Tale tipo di professionalità non inquadrabile in quella prevista dall'art. 2229 cod. civ., si condivide, infatti quanto detto da TRIONI, in, "*contratto di agenzia*" op cit., pag. 90, non potendo qualificare l'agente, benché professionista in senso lato, in quelle professioni c.d. liberali a cui l'art. 2229 cod. civ è dedicato (*contra* TOFFOLETTO, op. cit., pagg. 37-38)

¹⁶¹ V. ZANNELLI, "*Storia e teoria del rapporto di agenzia*" op. cit. pag. 191, BALDI op. cit. pag. 56 ss.

Il secondo elemento per cui si ritiene l'agente lavoratore autonomo, figura altra e diversa dall'agente piccolo imprenditore, è che l'agente lavoratore autonomo per lo svolgimento della propria attività non necessita di un investimento di capitali che, anche se minimo, è presente nel piccolo imprenditore¹⁶².

Tuttavia tale seconda tesi è stata fortemente criticata¹⁶³.

Nonostante la distinzione fra le due figure non sia perfettamente delineabile, è da notare che tale qualificazione ha quale conseguenza pratica unicamente la possibilità o meno di applicare una normativa più favorevole, come, ad esempio, per il piccolo imprenditore, l'esenzione dalla possibilità di fallimento¹⁶⁴, ovvero della tenuta delle scritture contabili¹⁶⁵. Tuttavia, in questa sede tali risvolti non hanno particolare rilevanza, in quanto ciò che si ha intenzione di analizzare è la possibilità o meno di individuare figure di agente che possono avvicinarsi più o meno alla figura del lavoro autonomo/piccolo imprenditore, ovvero al lavoro subordinato.

Infatti, come detto, se non sussistono particolari difficoltà a ritenere l'agente quale soggetto autonomo rispetto al preponente quando lo stesso agente sia una società ovvero un qualsiasi altro soggetto dotato di una

¹⁶² TRIONI, op. cit., pag. 81

¹⁶³ F. GALGANO, "Diritto commerciale, l'imprenditore", Bologna, 1982, pag. 30.

¹⁶⁴ Prima della riforma del diritto fallimentare del 2007 n.169, l'art. 1 del RD 267 del 1942 c.d. "Legge Fallimentare", prevedeva espressamente la dizione di piccolo imprenditore per poi individuarne quelle caratteristiche che non rendono l'imprenditore piccolo, ossia "hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila; hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila." Successivamente, con la riforma sopra citata, la qualificazione di piccolo imprenditore è stata eliminata per lasciare unicamente i limiti quantitativi per cui si ammette la possibilità di fallimento dell'imprenditore.

¹⁶⁵ L'Art. 2214 cod. civ dispone: "L'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve tenere il libro giornale e il libro degli inventari.

Deve altresì tenere le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa e conservare ordinatamente per ciascun affare gli originali delle lettere, dei telegrammi e delle fatture ricevute, nonché le copie delle lettere, dei telegrammi e delle fatture spedite.

Le disposizioni di questo paragrafo non si applicano ai piccoli imprenditori".

organizzazione strutturata che faccia utilizzo anche di collaboratori, problemi sorgono, invece, quando l'agente sia un "piccolo agente".

In tale circostanza l'autonomia delle parti è sensibilmente compromessa visto il notevole peso economico esercitato dal preponente al momento non solo della stipulazione del contratto, ma anche nel suo svolgimento¹⁶⁶ ed in particolare dei poteri controllo e direzione esercitato da quest'ultimo¹⁶⁷.

Di particolare interesse in questa sede è il richiamo alle teorie sviluppatesi intorno alla funzione del contratto del lavoro subordinato, e ciò al fine di identificare correttamente in cosa si sostanziasse la subordinazione stessa.

A tal proposito è necessario richiamare le principali teorie sulla funzione del rapporto di lavoro ossia la teoria "istituzionalista", di stampo corporativistico (poi ripresa più recentemente con la costituzione della c.d. corrente dei "neo istituzionalisti") e la teoria "contrattualista", più moderna e di stampo civilistico¹⁶⁸.

¹⁶⁶ E' innegabile che tale diseguaglianza accomuni il piccolo agente al lavoratore dipendente. Tale rilevante aspetto è stato notato anche dal legislatore che ha voluto inserire con la l. 533 del 1973 fra le cause di competenza del giudice del lavoro anche le questioni riguardanti "gli altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non con carattere subordinato". Ulteriori garanzie vengono offerte dal legislatore anche per quanto riguarda la disciplina di cui all'art. 2113 cod. civ, in materia di rinunce e transazioni in merito al rapporto di lavoro subordinato, l'argomento verrà trattato più avanti al capitolo 6 del presente scritto.

¹⁶⁷ Cfr *infra* paragrafo 2.2 "Obblighi e diritti dell'agente"

¹⁶⁸ La dottrina sul punto ha sempre discusso senza mai sopirsi, anche con la formazione di una nuova corrente detta dei neo-istituzionalisti, tutti i maggiori studiosi del diritto del lavoro si sono pronunciati sulla questione perorando una o l'altra tesi, in tal caso non si possono non citare L. BARASSI "Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano", Milano, 1915; F. MANCINI "La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro", Milano, 1957; M. PERSIANI "Contratto di lavoro e organizzazione", Padova 1965 G. GIUGNI, "Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro", Napoli, 1963; L. MENGONI "Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana", in RSoc., 1965, 676 e ss; si ricordano M. NAPOLI "Contratto e rapporti di lavoro" in le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995; SCOGNAMIGLIO, "Lezioni di diritto del lavoro" Bari, 1963, e dello stesso autore "La natura non contrattuale del lavoro subordinato", RIDL, 2007, 379 e ss; U. ROMAGNOLI "La prestazione di lavoro nel contratto di società", Milano 1967, F. MAZZIOTTI, "Contenuto ed effetti del contratto di lavoro", Napoli 1971; M. MARAZZA "Saggio sull'organizzazione del lavoro" Padova, 2002. Le opere sono decisamente notevoli sia per contenuto che per numerosità quindi per un organico sviluppo delle due teorie sviluppate dai vari autori, oltre a quelli pocanzi citati, si rimanda a P. ICHINO "il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile" in Relazione al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" Università "la

La questione tra le più dibattute dalla dottrina giuslavoristica è quella concernente l'origine contrattuale oppure no del rapporto di lavoro di lavoro, e quindi dove si possa individuare la subordinazione.

A tal proposito si possono distinguere due diversi orientamenti di pensiero in quanto, da un lato vengono sostenute tesi che possono essere definite istituzionaliste, perché pur nella varietà delle ricostruzioni e delle argomentazioni addotte negano che la disciplina del rapporto di lavoro debba essere posta in chiave contrattuale; dall'altro si propugnano tesi cosiddette contrattualistiche perché muovono dall'opposto rilievo che il rapporto di lavoro derivi necessariamente dal contratto, benché di quest'ultimo il codice civile non dia alcuna definizioni, limitandosi alla disciplina del rapporto.

Nell'ambito del primo orientamento, discorrendo in termini generalissimi e molto sintetici, si può distinguere la teoria istituzionalistica che configurando l'azienda quale comunità necessaria di cui, sia pure con ruoli diversi, fanno parte il datore di lavoro che il lavoratore, legati dall'identico sentimento di appartenenza, esclude che il rapporto di lavoro abbia natura contrattuale in quanto in esso sia fortemente limitata l'autonomia negoziale del prestatore, autonomia di cui il contratto è invece la massima espressione dalle teorie che fanno riferimento all'art. 2126 c.c. e quindi della rilevanza della prestazione di fatto.

Nell'ambito del secondo orientamento, invece, si fa risalire la subordinazione alla modalità di svolgimento del rapporto di lavoro comunque definito nel contratto individuale.

Il molto sintetico richiamo alle due diverse teorie serve al fine di individuare se nel rapporto di agenzia possa o meno individuarsi la

Sapienza" di Roma - 2 dicembre 2011, infine occorre ricordare M. PERSIANI " Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato", in Studi in onore di Tiziano Treu, II, Napoli 2011.

subordinazione in base o all'inserimento dell'agente nell'organizzazione dell'attività imprenditoriale del committente, ovvero nella nell'indicazione della clausole del contratto di agenzia dalle quale possa trasparire un indiretto vincolo di ubbidienza.

Dalla trattazione che seguirà, si può evincere come nel rapporto di agenzia fra piccolo agente monomandatario e committente si possano individuare entrambe le tesi che in un modo o in un altro comunque giungono allo stesso risultato ovvero individuare un elemento più o meno preponderante che possa identificare la subordinazione. Nel caso del piccolo agente, infatti, è innegabile che esso subisca (*patis*) sia l'organizzazione del datore di lavoro di cui fa direttamente parte sia in vincoli contrattuali che spesso, nella realtà, vincolano l'agente ai principali doveri del prestatore di lavoro subordinato.

Tuttavia in tale rapporto rimane sempre una generale autonomia che solamente quando venga notevolmente ridotta, appunto per vincoli contrattuali, ovvero disposizioni organizzative del committente, avvicina tale rapporto al lavoro di lavoro subordinato.

Sotto tale aspetto quindi il piccolo agente è stato assimilato al lavoratore parasubordinato¹⁶⁹, in considerazione della notevole disparità della forza contrattuale e dell'ingerenza del preponente nell'attività dell'agente

Tuttavia la parasubordinazione¹⁷⁰, o simil-subordinazione¹⁷¹, si attaglia perfettamente alla figura del piccolo agente accentuando ulteriormente le

¹⁶⁹ Sulla nascita del termina parasubordinazione si veda Cass. 24 settembre 1960 n. 2485 in Dir. Lav., 1961, II, pp. 295 e ss, con nt di G. PERA “ *Agente con rappresentanza e diritto a provvigione per gli affari promossi, ma conclusi dal preponente*”, in cui l'autore afferma “ *La conclusione a cui è giunta la Suprema Corte mi sembra difficilmente contestabile non solo per argomenti testuali, ma anche per considerazioni equitative non trascurabili, in riferimento al particolare favor protettivo che ispira la regolamentazione, legislativa e sindacale dello speciale rapporto di collaborazione esterna all'impresa, quale rapporto di “parasubordinazione”, secondo un recentissima qualificazione. Il rapporto di agenzia è, infatti, caratterizzato dalla assunzione stabile dell'incarico di promuovere la conclusione di contratti per conto del preponente*”

difficoltà sistematiche di una precisa classificazione giuridica del rapporto di agenzia tale da gettarla *ad libitum* in una “zona d’ombra”¹⁷², sempre in bilico fra la subordinazione, l’autonomia ed altre forme di collaborazione¹⁷³.

Ulteriori problemi di sistema sono sorti successivamente all’entrata in vigore del d.lgs 276/2003 che inseriva la collaborazione a progetto¹⁷⁴.

La necessità di una riforma che sostituisse l’ambigua forma di una parasubordinazione fortemente soggetta a spazi di abuso tendenti a nascondere vere e proprie forme di subordinazione, è stata percepita sia dalla giurisprudenza¹⁷⁵ che dalla dottrina¹⁷⁶ tanto da cercare di vagliare

¹⁷⁰ In merito alla parasubordinazione solo per citare alcune fra le principali opere G.SANTORO PASSARELLI, “*Il lavoro parasubordinato*”, Milano, 1979; M. PEDRAZZOLI, “*Prestazione d’opera e parasubordinazione*”, in RIDL, 1984, I, 2, pp. 506 e ss; P. SANDULLI, “*Lavoro autonomo e parasubordinazione*”, in Tratt. di dirr. privato, Torino, XV, Impresa e lavoro, I, II, 1986, p. 1417; M.V. BALESTRERO, “*L’ambigua nozione di lavoro parasubordinato*”, in LD, 1987, p. 41; G. FERRARO, “*Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*”, in DLRI, 1998, pagg. 455 e ss.; M. PERSIANI, “*Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*”, in L&D, 1998, I, pag. 203; O. MAZZIOTTA “*Diritto del lavoro*”, in Tratt. Dir. Priv. cur. G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 2013, pagg.90 e ss;

¹⁷¹ In Germania vi è una figura analoga le “*arbeitnehmerähnliche*”, che corrispondono a figure di lavoro autonomo parzialmente tutelato.

¹⁷² Fra i molti a definirla tale si veda O. CAGNASSO, “*I contratti commerciali*”, cit, pag. 172 che definisce l’atipicità del contatto di agenzia una zona grigia.

¹⁷³ M. MISCIONE “*La qualificazione dell’agente di commercio*”, in LNG, 7, pag.605 e ss., l’autore rileva che maggiori difficoltà si hanno nella corretta separazione fra l’agenzia e le altre forme di collaborazione commerciale, ovvero di contratti inerenti la distribuzione.

¹⁷⁴ Art. 61 dlgs 276/2003 : “*Ferma restando la disciplina per gli agenti e i rappresentanti di commercio, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all’articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l’esecuzione della attività lavorativa*”.

¹⁷⁵ Sull’elaborazione di una subordinazione attenuata al fine di offrire maggiori garanzie alle collaborazioni si veda Cass. 6 luglio 2001, n. 9167 in RIDL, 2002, II, 272; Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, in Mass.GL, 2003, pag. 127;

¹⁷⁶ Diverse sono state le soluzioni proposte dalla dottrina divisa tra garantismo ed autonomia. Fra i maggiori esponenti del garantismo P.G. ALLEVA “*Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*”, cur. G. GHEZZI, “*La disciplina del mercato del lavoro, proposte per un testo unico*”, Roma, 1996; Nella medesima opera, M. D’ANTONA “*Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*”. Fra i più rigidi forse il DDL C. SMURAGLIA, richiamato in Quad.Dir. Lav., 1998, 21, 285, che ha affiancato molte tutele del lavoro subordinato alle collaborazioni, introducendovi anche norme dello Statuto dei Lavoratori. Tale proposta, è stata criticata da F. LISO “*Note a proposito dell’iniziativa legislativa in materia*

altre forme di contratto al fine di garantire comunque un minimo di tutela per tutti quei lavoratori che, benché autonomi, fossero economicamente dipendente dal committente.

Il decreto legislativo 276 del 2003 con l'art. 61 ha posto una formale e non sostanziale fine alla disciplina dell'abuso delle collaborazioni coordinate e continuative, in quanto ha arricchito tale figura con l'apposizione di un progetto.

Tale elemento, in sostanza, ha avvicinato maggiormente queste forme di parasubordinazione, o autonomia condizionata, alla figura del lavoro autonomo ponendo alla collaborazione un risultato¹⁷⁷, ovvero il progetto o una fase di esso.

Nonostante ciò, proprio per l'eccellenza nello svolgimento del rapporto, il contratto di agenzia è stato specificamente escluso dall'applicazione della normativa¹⁷⁸.

di lavori atipici" in A. ACCORNERO - F.LISO - A. MARESCA, " *I cosiddetti "lavori atipici". Aspetti sociologici, giuridici ed esigenze dell'impresa*", Roma, 2000, 44. Tra i fautori dell'istituzione di un *tertium genus* tra il lavoro subordinato e autonomo rendendo la figura del collaboratore quale figura sussidiaria DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI in DLRI, 1998, 21,331.

¹⁷⁷ L. MENGONI, " *Obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi*", in Riv.dir.comm., 1954, I, p. 189.

¹⁷⁸ E' da rilevare che anche l'ultima riforma del luglio 2012 n. 92, ha introdotto, un nuovo sistema di presunzioni assolute al fine di ridurre ulteriormente l'abuso alle collaborazioni di lavoro che in qualunque forma possano essere fraudolentemente sottratte alla disciplina del lavoro subordinato. A tal proposito è stato introdotto il nuovo art. 69 bis il quale afferma che non vi può essere parasubordinazione o autonomia nel caso in cui: "a) la collaborazione abbia una durata complessivamente superiore a otto mesi nell'arco dell'anno solare;

b) il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco dello stesso anno solare;

c) il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente". Escludendo, quindi, chi esercita un'attività professionale per cui è necessario iscriversi ad un albo, ovvero chi svolge attività di aspetti tecnici e professionali elevati (comma 2). E' interessante notare come il legislatore abbia posto una presunzione di subordinazione nel fatto che vi sia un unico committente, paragonabile all'agente lavoratore autonomo monomandatario. Non sono mancate in dottrina chiose sull'introduzione di tale nuovo articolo fra cui V. PINTO " *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*", pag. 20 e ss. in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it 151-2012.

A questo punto, dopo aver effettuato una panoramica sulle varie figure di agente che più o meno si possono avvicinare alla subordinazione, occorre svolgere una breve riflessione sulla figura dell'agente che forse più si avvicina al lavoratore subordinato rispetto ad altre, *id est* il piccolo agente monomandatario¹⁷⁹.

Tale figura, infatti, racchiude in sé gli aspetti più deboli delle tesi che valutano l'agente quale lavoratore autonomo ovvero piccolo imprenditore, in quanto i poteri di controllo ovvero di vera e propria organizzazione, o libertà economica, sono strettamente vincolati alla volontà del preponente, tale da essere, grazie all'esclusiva a lui "assegnata" dall'agente, equiparato ad un vero e proprio datore di lavoro¹⁸⁰.

Tuttavia, sarà sempre necessario, in sede di accertamento giudiziale valutare non solo il dato formale, ma effettivamente l'intensità ed in

¹⁷⁹ A tal punto occorre rilevare come tale clausola dipenda dal c.d. diritto di esclusiva da parte dell'agente ai sensi dell'art. 1743 cod.civ. "*Il preponente non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, nè l'agente può assumere l'incarico di trattare nella stessa zona e per lo stesso ramo gli affari di più imprese in concorrenza tra loro*". Volendo fare una rapida disamina dell'istituto, e ciò per scrupolo di completezza, si può affermare che esso sia un elemento naturale ma non essenziale del rapporto di agenzia, per cui si ammette pacificamente la derogabilità (cfr. GHEZZI, "*del contratto di agenzia*", cit., pag. 60 e ss; GIORDANO – IANELLI - SANTORO, "*Contratto di agenzia. Mediazione*", in *giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. BIGIAMI, I, pag. 357 e ss, TRIONI, op. cit., pp. 113 e ss; BALDI, "*Il contratto di agenzia*", Milano, 1987, p.58 e Cass. Civ. Sez. Lavoro, 2634/1994), ed altresì che esso vale sia per il preponente che per l'agente. L'esclusiva è riferita sia alla zona che all'ambito di attività dell'agente (più correttamente "il ramo d'affari" trattato dall'agente). La "zona" viene intesa in senso ampio ovvero sia riferito allo spazio effettivamente assegnato all'agente, sia alla tipologia dei clienti ed in generale a qualsiasi elemento che possa determinare quantitativamente l'attività dell'agente, mentre per "ramo di attività" si intende l'ambito merceologico in cui è stata definita l'attività dell'agente.

¹⁸⁰ Sulla rilevanza della monocommittenza, quale elemento presuntivo della subordinazione, se ne è dato un accenno in precedenza quando si è discusso della nuova disciplina per le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 69 bis D.lgs 276/2003. In dottrina si veda G. GIORDANO "*Il contratto di agenzia, la mediazione*" , 1995, pag. 193. Per una decisa affermazione della vicinanza del rapporto di agenzia al rapporto di lavoro subordinato G. GHEZZI, op. cit. pag. 8 "*La disciplina del contratto di agenzia trova il suo modello, come tra poco ricorderemo, in quella del contratto di lavoro, e del contratto di lavoro impiegatizio in particolare: il parallelismo strutturale, del tutto evidente – per lo meno nelle sue grandi linee – per quanto attiene alle fasi estintive, traspare anche in parte almeno della normativa che, riguardo lo svolgimento del rapporto. Attiene in particolare agli obblighi dell'agente (art. 1746)"*

generale la penetrazione delle direttive e del controllo del preponente sull'attività dell'agente monomandatario.

Infine è necessario considerare anche la figura che solitamente viene definita come "l'agente dell'agente", ovvero il subagente.

Il subagente è colui che presta la propria opera professionale in favore di un altro agente, considerato agente / preponente ¹⁸¹.

La figura del sub agente è ammissibile in quanto oramai è opinione comune che l'agente possa avvalersi di uno o più ausiliari, purché, nel rapporto intercorrente tra le parti si realizzi l'attività di promozione della conclusione di contratti verso retribuzione ¹⁸².

Come il contratto principale anche quello di sub agenzia rientra nello schema previsto dall'art. 1742 c.c. Il compito del subagente è sempre quello di favorire la raccolta delle proposte contrattuali che poi sarà onere dell'agente trasmettere al suo preponente ¹⁸³.

Al contratto di subagenzia è applicabile la disciplina codicistica, in quanto trattasi di un sub contratto ovvero contratto derivato¹⁸⁴. Problematiche sorgono, nel caso in cui il subagente operi nella stessa zona di esclusiva dell'agente. In tale circostanza l'inapplicabilità della disciplina dell'"esclusiva" sarebbe a detrimento delle provvigioni dell'agente che si

¹⁸¹ Cass. 14 aprile 2000, n. 4877, MGC, 2000, II, 814

¹⁸² SARACINI – TOFFOLETTO, op. cit., pag. 106. Ma ancor di più legittimata anche per una espressa previsione convenzionale, anche se di specie, come quella per gli agenti assicurativi dove la figura del subagente è espressamente indicata sin nel Contratto Collettivo del 19 dicembre 1941 dove all'art. 1 si legge "è sub agente di assicurazione colui il quale viene incaricato direttamente e per iscritto dall'agente di assicurazione, con incarico analogo a quello ricevuto dall'agente, di provvedere, a proprio rischio e spese, con compenso in tutto o in parte in provvigioni, alla gestione di una sub agenzia e allo sviluppo degli affari e che svolge direttamente i suoi rapporti con l'agente". La figura dell'agente di assicurazione trova, nel nostro ordinamento, una disciplina speciale all' art. 1753 del cod. civ. in cui la viene richiamata la disciplina ordinaria del contratto di agenzia, affermando che essa è applicabile anche all'agente assicuratore se la materia non è incompatibile con la disciplina prevista da contratti collettivi, prassi o usi. Sul contratto di agenzia nelle assicurazioni si veda fra i molti TRIONI, op. cit. pag. 260 e ss; BASEGNHI " *Il contratto di agenzia*", op. cit., pagg. 356 e ss.

¹⁸³ BALDASSARRI, *Il contratto di agenzia*, op. cit., cit, pag. 96

¹⁸⁴ B. GRASSO, " *Il subcontratto*" Napoli 1977, pag. 140; TRIONI, op cit., pag. 95. M. MESSINEO, " *Il contratto*", Milano, 1979, 212

ritrovrebbe ad essere una figura meramente formale fra preponente e subagente, con evidenti ricadute anche per le c.d. provvigioni indirette. Diverse problematiche sorgono anche in merito all'applicabilità dell'art. 1745 c.c., concernente i poteri di rappresentanza dell'agente¹⁸⁵ e alle norme contenute negli accordi economici collettivi del commercio, che non sempre sono le medesime che legano l'agente principale al preponente principale.

Infatti per l'AEC da applicare è sempre necessario individuare quale attività sia svolta dal preponente, che in questo caso è l'agente. Tale osservazione comporta il fatto che l'AEC da applicare ai subagenti sarà sempre quello del settore commercio¹⁸⁶, in quanto l'attività di agenzia inerisce sempre l'attività commerciale e mai, invece, quella industriale.

L'interdipendenza che si incardina tra contratto di agenzia principale e quello di subagenzia fa sì che gli effetti conseguenti alle possibili vicende che possono travolgere il contratto principale, si estendano inevitabilmente anche a quello di subagenzia e le cause di invalidità, inefficacia o risoluzione che vanno a colpire il contratto principale necessariamente investono anche quelle di subagenzia¹⁸⁷

Si stabilisce in tal modo la coesistenza di due contratti che sono uno accessorio all'altro, seppure il contratto di subagenzia, pur restando derivato, può anche avere una durata ed uno svolgimento diverso¹⁸⁸.

¹⁸⁵ La dottrina è divisa sulla possibilità di applicare l'art. 1745 c.c. al sub agente in senso sfavorevole: BALDI, *"Il contratto di agenzia"*, cit. pag. 55, BALDASSARRI, *"Il contratto..."*, op. cit. pag. 97, TRIONI, op cit, pag. 100; in sensi favorevole SARACINI - TOFFOLETTO, *"Il contratto..."*, op. cit. pag. 109.

¹⁸⁶ BALDI, *ibidem*, pag. 351, BALDASSARRI, *ibidem*, pag. 318, TRIONI *ivi*, *contra* TOFFOLETTO, op. ult. cit.; pag. 110 in cui afferma che l'AEC da applicare è sempre quello di riferimento al preponente principale.

¹⁸⁷ SARACINI - TOFFOLETTO, *"Il contratto di agenzia"*, in comm. P. SHLESINGER, Milano 2002, pag. 190, in particolar modo gli obblighi ed i diritti dell'agente e del sub agente e dell'indennità di risoluzione del rapporto di sub agenzia (*cf. Infra*)

¹⁸⁸ Ovviamente le ripercussioni in caso di risoluzione anticipata di un contratto a termine di sub agenzia non inerente la colpa del subagente ai sensi dell'art. 2119 cod. civ. non può considerarsi

Nessun tipo di questioni, infine sorgono per la previdenza, le cui norme di riferimento sono sempre applicabili anche ai subagenti.

2.2.1) La durata del rapporto di agenzia: rapporto a tempo indeterminato e determinato.

Il rapporto di agenzia, come ogni altro tipo di rapporto a prestazioni reiterate nel tempo può essere sia a tempo indeterminato che a tempo determinato.

Come per il rapporto di lavoro subordinato, la presunzione è che il rapporto di agenzia sia previsto a tempo indeterminato.

Le obbligazioni assunte *sine die*, tuttavia, necessitano sempre di una facoltà concessa alle parti di interrompere il rapporto in qualsiasi momento o in via ordinaria oppure in via straordinaria¹⁸⁹.

Vista la particolarità del rapporto di agenzia, di cui la stabilità dell'impiego è elemento caratterizzante della figura, non si può non rilevare come nei confronti dell'agente di commercio a tempo indeterminato si possa equiparare la disciplina prevista per il rapporto di lavoro subordinato.

Non si vuole con questo affermare che le garanzie offerte al secondo siano identiche a quelle offerte dal primo, ma, si vuole evidenziare come in effetti il legislatore abbia offerto all'agente a tempo indeterminato la medesima predilezione che ha previsto per il lavoratore subordinato¹⁹⁰.

Tale *favor* per il rapporto a tempo indeterminato è stato fatto proprio in maniera esplicita anche dal legislatore il quale all'art. 01 del d.lgs

legittima, e quindi il sub agente potrà chiedere il risarcimento all'agente, il quale eventualmente godrà dell'azione di regresso nei confronti delponente.

¹⁸⁹ Cfr *Infra*.

¹⁹⁰ E' evidente che tale atteggiamento è giustificato solo per il piccolo agente monomandatario, il quale è soggetto più degli altri tipi di agenti alla sperequazione di forza contrattuale al momento della sottoscrizione del contratto, ed in generale, al suo svolgimento.

368/2001 prevede che *“il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro”* ¹⁹¹.

Inoltre, in merito all'apposizione del termine, se è pur vero che nel caso di lavoro subordinato la forma scritta dell'apposizione del termine costituisce elemento costitutivo dell'obbligazione¹⁹², elemento quest'ultimo assente nel rapporto di agenzia, è da rilevare che l'art. 2 AEC Commercio prevede la forma scritta per il rinnovo, ma tale applicazione può a buon ragione essere rivolta anche al momento iniziale del rapporto, in considerazione anche della forma richiesta dall'art. 1742 cod. civ..

In tal caso, quindi, la forma scritta del termine acquista una valenza superiore a quella del semplice diritto delle parti a ricevere copia scritta dei documenti del contratto di agenzia¹⁹³, in quanto se nel primo caso è possibile stipulare il contratto oralmente e poi eventualmente ottenere i documenti sottoscritti della parti per questioni evidenti di tutela, nel secondo caso, trattandosi di una clausola accessoria al contratto che ne limita la durata dovrà essere sin da subito accettata e provata in forma scritta.

L'importanza di avere per iscritto e sin dal momento dell'instaurazione del rapporto di agenzia l'apposizione del termine è conseguenza di una necessaria armonizzazione del rapporto di agenzia col principio del *favor prestatoris* e ciò in quanto si limiterebbero gli abusi di una costrizione successiva alla stipulazione del rapporto tale per cui le parti, ed in

¹⁹¹ Il lavoro a tempo determinato è sempre stato considerato quale eccezione al lavoro a tempo indeterminato così come previsto dalla L.230/1962 e dal d.lgs 368/2001. Tuttavia, l'art. 01) del decreto legislativo ultimo citato, è stato introdotto unicamente con la legge 247 del 24 dicembre 2007 e modificato dalla riforma del 2012 n. 92, che comunque, pur apportando significative modifiche alla disciplina previgente ha mantenuto ferma l'eccezione del ricorso al contratto a termine.

¹⁹² Comma 2 art. 1 dlgs 368/2001 *“2. L'apposizione del termine e' priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1”*.

¹⁹³ Comma 2 art. 1742 cod. civ. *“Ciascuna parte ha il diritto di ottenere dall'altra una copia del contratto dalla stessa sottoscritto.”*

particolare il preponente, potrebbe, nel corso del rapporto ed al fine di evitare il pagamento di indennità relative al recesso illegittimo del rapporto di agenzia a tempo indeterminato, inserirla successivamente a discapito dell'agente.

Dato per presupposto la libertà di apposizione del termine nel contratto di agenzia senza che esso sia giustificato da causali o ragioni giustificative come invece prevede il d.lgs 368/2001¹⁹⁴ per il rapporto di lavoro subordinato, è da notare, inoltre, che quest'ultima disciplina si stia avvicinando, viste anche le ultime novità normative, ad una libertà non propria¹⁹⁵.

Tale liberalità ha in sostanza avvicinato le due regolamentazioni per quanto concerne l'allentamento di vincoli formali e sostanziali, senza tuttavia confonderle.

La prosecuzione del rapporto oltre il termine indicato determina, in base al comma 1 dell'art. 1750 cod. civ., la trasformazione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato.

Tale indiscusso precetto normativo, ricorda, la precedente sanzione prevista per i contratti a termine nel rapporto di lavoro subordinato¹⁹⁶ in cui,

¹⁹⁴ Comma 1 art. 1 D.lgs 368/2001 “ *E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.*”.

¹⁹⁵ Di fatto la disciplina del contratto a termine nel rapporto di lavoro subordinato è transitata dalla rigida normativa in merito del 1962 n. 230, fino al decreto attuativo della direttiva Europea 70 del 1999, ossia il dlgs 368/2001, che ne ha allargato l'applicazione. Successive aperture sono avvenute poi con l'art. 21 L. 133 del 06 agosto 2008, che ha ammesso la possibilità di applicare il contratto a termine anche per l'ordinaria attività aziendale, ed infine con la legge. 92/2012 con cui è stata data la possibilità di assunzione senza causale **nel caso di stipulazione del primo contratto di lavoro a termine di durata non superiore a 12 mesi**. Il contratto a termine, quindi, è stato in qualche modo liberalizzato nel lavoro subordinato tale da avvicinarsi alla libertà prevista per il rapporto di agenzia. Tale “liberalizzazione” tuttavia è stata successivamente arginata (cfr circolare 18 luglio 2012 in cui il Ministero del Welfare ha offerto le prime indicazioni operative inerenti la L. 92/2012) in considerazione anche della *ratio* sottesa alla riforma tendente allo sviluppo dell'occupazione.

¹⁹⁶ Fra le molte pronunce degli ermellini che sanzionavano la prosecuzione del rapporto di lavoro a termine con la trasformazioni con un rapporto di lavoro a tempo indeterminato si veda Cass. Lav., 11 novembre 1983, n. 6701 “*Nell'ipotesi della prosecuzione dell'attività lavorativa dopo la*

come per l'agenzia, il legislatore mirava a garantire stabilità al rapporto. Tale sanzione, tuttavia, è stata successivamente attenuata dall'entrata in vigore del d.lgs 368/2001 e delle successive modifiche che hanno introdotto i c.d. termini di tolleranza¹⁹⁷.

Ulteriori indizi per cui si ritiene che il legislatore abbia preferito il rapporto a tempo indeterminato rispetto a quello determinato, risultavano dall'ormai abrogata norma inerente l'indennità di cessazione del rapporto, di cui al previgente art. 1751 cod. civ., dovuta unicamente in caso di scioglimento del rapporto di agenzia a tempo indeterminato¹⁹⁸. Tuttavia tale distinzione è stata superata dalla riformulazione dell'art. 1751 cod. civ. da parte del d.lgs. 303 del 1991 e d.lgs 65 del 1999, che hanno reso indifferente per tale indennità la sussistenza di un rapporto a tempo determinato o indeterminato.

Ad oggi, quindi, ciò che non può essere corrisposto all'agente a tempo determinato è unicamente l'indennità di mancato preavviso prevista dal secondo comma dell'art. 1750 cod. civ.¹⁹⁹

scadenza del termine inizialmente fissato, che è considerata dalla prima parte del 2° comma dell'art. 2 l. 18 aprile 1962, n. 230 (disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato), la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, fin dalla data della prima assunzione del lavoratore, si verifica indipendentemente dalla dimostrazione di un intento elusivo" in Mass. Giur. It., 1983 Tale affinità con la trasformazione anche del rapporto di agenzia è stata rilevata da TRIONI, op. cit. pag. 188, nonché da M. NAPOLI, op. cit. pag. 461 e anche CARACCILO – LA TERZA, op. cit. ,II, parte pag. 741, in cui si giunge ad un'assimilazione tra la disciplina della conversione del contratto di agenzia e l'art. 2 l.230/1962, *contra* TOFFOLETTO, op. cit., pagg. 382 - 383 in nota.

¹⁹⁷ Art. 5 d.lgs 368/2001.

¹⁹⁸ Il previgente art. 1751 recitava " *All'atto dello scioglimento del contratto a tempo indeterminato, il preponente è tenuto a corrispondere all'agente un'indennità proporzionale all'ammontare delle provvigioni liquidategli nel corso del contratto e nella misura stabilita dagli accordi economici collettivi, dai contratti collettivi, dagli usi o, in mancanza dal giudice secondo equità.*

Da tale indennità deve detrarsi quanto l'agente ha diritto di ottenere per effetto di atti di previdenza volontariamente compiuti dal preponente. L'indennità è dovuta anche se il rapporto di agenzia è sciolto per invalidità permanente o totale dell'agente. Nel caso di morte dell'agente l'indennità spetta agli eredi."

¹⁹⁹ In merito all'istituto del preavviso, elemento comune sia del rapporto di agenzia che del rapporto di lavoro subordinato, visto che entrambi rapporti costituiscono obbligazioni di durata per cui si necessita, secondo il principio di buona fede e correttezza, che chiunque apporti delle

Problematiche sono sorte sulla possibilità di applicazione della c.d. clausola di rinnovazione tacita, in cui le parti si impegnano a rinnovare tacitamente di anno in anno il contratto di agenzia in mancanza di una preventiva disdetta.

Vista la libertà conferita alla parti in merito alla stipulazione del contratto di agenzia, e vista l'assenza di qualsiasi norma che ne imponga il divieto o la nullità, tale tipo di clausola è da intendersi valida.

Tuttavia, questioni sorgono in riferimento alla distinzione tra contratti di agenzia a tempo determinato in cui sia presente o meno tale clausola.

modifiche nella sfera soggettiva di chi subisce la risoluzione del rapporto possa essere previamente avvertito al fine anche di seguire la condotta più vantaggiosa (Cass. 14 novembre 2006 n. 24274, Pres. Sciarelli est. Picone, in RIDL, 2007, con nt. di E. RAIMONDI, *"Frode alla legge e principio di parità in materia di recesso: una sentenza innovativa della Corte di Cassazione"*, 403). E' interessante notare come anche per il rapporto di agenzia siano sorte questioni in merito alla natura del preavviso, come anche nel rapporto di lavoro subordinato.

Infatti, si è discusso, e si discute tutt'ora, se il preavviso ex art. 2118 cod. civ., abbia efficacia "reale" ovvero "obbligatoria". Brevemente nel primo caso *"ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato dando il preavviso nel termine stabilito dal contratto collettivo, dagli usi o secondo equità. Il diritto a lavorare durante il periodo di preavviso può venir meno solo con il consenso della controparte che, ad esempio, accetti la indennità sostitutiva del preavviso"* (Cass. Sez. lav. 23 luglio 2004 n. 13883, in dottrina F. MAZZIOTTI, *"Il licenziamento illegittimo"*, Napoli, 1983, M. MEUCCI, *"Orientamenti di giurisprudenza sul preavviso"*, in RIDL, 1983, p. 222, M. NAPOLI, *"La stabilità reale del rapporto di lavoro"*, Milano, 1980; G. PERA, *"Diritto del lavoro"*, Padova, 1991, p. 534); nel secondo *"in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, altrettanto immediatamente il rapporto si risolve, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva"* (Cass. Sez. Lav. 19 gennaio 2004 n. 741, si veda in dottrina G.F. MANCINI, *"Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, Il recesso ordinario"*, Milano 1962; G. GHEZZI, *"La mora del creditore nel rapporto di lavoro"*, Milano 1965, 154 e ss.). In altre parole, in caso il preavviso avesse efficacia reale, significa che gli effetti risolutivi del rapporto si sospendono fino al termine del preavviso, ritenendo il periodo lavorato alla stregua della prosecuzione naturale del rapporto di lavoro; nel secondo caso, invece il preavviso viene inteso quale obbligazione alternativa al pagamento dell'indennità. Senza entrare nel merito della questione è da notare che ultimamente la giurisprudenza (Cass. Sez. lav. n. 22443 del 4 novembre 2010 e n. 13959 del 16 giugno 2009) segue quest'ultimo indirizzo, ritenuto minoritario, a seguito anche delle sentenze n. 11094 del 15 maggio 2007 e n. 11740 del 21 maggio 2007 che a distanza di una settimana l'una dall'altra hanno affermato principi esattamente opposti. Tale questione è stata affrontata anche per quanto riguarda la risoluzione del rapporto di agenzia, tuttavia, benché alcuni autori (M. BARBIERI, *"La nuova disciplina dell'agente"*, in *Foro pad.*, 1992, II, p. 60) propendessero per l'efficacia reale del preavviso anche per l'agente, vista la riconosciuta libertà della parti di apporre ulteriori clausole all'interno del contratto individuale e quindi apporre anche una maggiore indennità sostitutiva del preavviso, la giurisprudenza ha invece (così come per il rapporto di lavoro subordinato), accolto la tesi dell'efficacia obbligatoria del preavviso (Cass. 14 novembre 2006, n. 24274).

Infatti, nel caso in cui l'agente continui nella sua attività, con tacita accondiscendenza del preponente, le soluzioni, a seconda, sono decisamente differenti. Infatti nel caso in cui la clausola non fosse presente, si applicherebbe la normativa codicistica e quindi il rapporto si trasformerebbe a tempo indeterminato, nel caso di presenza della clausola il rapporto si rinnoverebbe per un'ulteriore anno, o quale altro periodo voluto dalle parti, alle medesime condizioni del primo contratto²⁰⁰.

Nel primo caso, quindi, la parte che intende interrompere il rapporto dovrà comunicare la propria intenzione nel rispetto dei termini di preavviso di cui all'art. 1750 cod. civ., mentre nel secondo caso la parte dovrà dare disdetta entro i termini previsti dalle parti²⁰¹.

In sostanza con la disdetta, a differenza di quanto accade col recesso, non si risolve il rapporto di agenzia ma ne si conferma il termine finale impedendo quindi il rinnovo.

Vista la libertà dell'apposizione la possibilità di un abuso della clausola al fine di eludere la disciplina del preavviso, e l'eventuale sua indennità, è quantomeno plausibile qualora la stessa clausola venga attivata ripetutamente anche per diverse volte, quasi come un rapporto senza soluzione di continuità.

In tal caso, è possibile, ai sensi dell'art. 1419 cod. civ., comma 2, chiedere l'annullamento della clausola in quanto in frode alla legge, e applicare l'art. 1750 comma 2 cod. civ. Si propende, infine, di seguire il carattere "oggettivo" della frode, limitato alla condotta, senza vagliare l'effettiva

²⁰⁰ TRIONI, *"Il contratto di agenzia"*, 1994, cit., pag. 165; BALDI, op. cit. pag., 235. Diversamente M. BARBIERI, *"la nuova disciplina degli agenti"*, cit. pag. 61, M. PERASSI, *"Attuazione della direttiva 86/653 CEE relativa al coordinamento degli stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti"*, in le nuove leggi civ. e comm, 1992, p. 533.

²⁰¹ Entrambi gli atti sono atti unilaterali recettizi conseguenti all'esercizio di un diritto potestativo, sul punto è solo il caso di richiamare U. ROMAGNOLI, *"Disdetta"*, in Enc. Dir., XII, pp.91-92, R. SCOGNAMIGLIO, *"Contratti in generale"*, in Trattato GROSSO-SANTORO-PASSARELLI, 1977, p. 222.

volontà delle parti²⁰² che si presume sussistente quantomeno dalla parte del preponente e ciò anche in conseguenza del principio del *favor praestatoris* a cui soggiace anche contratto di agenzia.

2.2.2) *Obblighi e diritti dell'agente.*

Una volta analizzate le questioni inerenti la durata del rapporto di agenzia, rilevandone dove possibile, le analogie con il rapporto di lavoro subordinato, occorre analizzare gli obblighi ed i diritti dell'agente, i quali forse più di tutti possono avvicinarsi a quelli previsti per il lavoro subordinato.

Di fatto gli articoli 1746 e 1748 del codice civile, racchiudono in sé i principali obblighi dell'agente, ossia la diligenza, la conformità dell'agente alle istruzioni ricevute, la lealtà e la buona fede nell'esecuzione del contratto, mentre il principale diritto dell'agente è quello di ricevere il proprio compenso o la retribuzione. Quest'ultimo è anche l'obbligo principale del preponente in base all'art. 1749 cod. civ.. E' innegabile che tali obblighi e diritti sono paralleli a quelli previsti per il rapporto di lavoro subordinato.

Nel paragrafo seguente, quindi, si cercheranno di rilevare, per quanto possibile, le varie somiglianze degli istituti e le sostanziali differenze che rendono di fatto inconciliabile la sovrapposizione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato al rapporto di agenzia

A) l'obbligo di lealtà, buona fede e diligenza

²⁰² Così TOFFOLETTO, op. cit., pag. 386, SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 176. Per la teoria "soggettiva" F. CARRARO, v. "*Frode alla legge*", in Nuoviss. Dig. it, VII, pag. 647 e ss. e SANTORO – PASSARELLI, "*dottrine generali ..*", cit. pag. 191.

L'agente in esecuzione del suo mandato deve agire secondo lealtà e buona fede.

Le indicazioni che offre il legislatore per la qualificazione del rapporto di agenzia, si sostanziano, in primo luogo nel rispetto di due clausole generali.

Nella prima parte del primo comma dell'art. 1746 cod. civ. si può leggere “ *Nell'esecuzione dell'incarico l'agente deve tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede.*”

Quindi il legislatore ha cura di evidenziare come in ogni caso l'agente debba rispettare un comportamento corretto nei confronti del preponente.

Tale indicazione offre lo spunto per rilevare come tale precetto sia estremamente elastico, ed adattabile alle evoluzioni sociali²⁰³. Infatti, non limitando a strette fattispecie la definizione di comportamenti di lealtà e buona fede, e legando questi ultimi agli interessi del preponente, il legislatore ha voluto qualificare con un *quid pluris* l'ordinaria clausola generale rendendola specificamente riferibile all'interesse del preponente.

La buona fede citata dall'art. 1746 cod. civ., quindi, richiama in sostanza, la buona fede prevista per l'esecuzione di ogni tipo di contratto così come previsto dall'art. 1375 cod. civ.²⁰⁴, e quindi anche per il rapporto di lavoro subordinato.

Con l'indicazione di buona fede, vi è intrinseco anche il principio di correttezza nell'esecuzione del rapporto di cui all'art. 1175 cod. civ.²⁰⁵

²⁰³ Cass. 30 luglio 2004, n. 14605; Cass. 9 luglio 2004, n. 12685, Cass. 4 marzo 2003, n. 3185; in dottrina R. SCOGNAMIGLIO, “*Dei contratti in generale*”, in Comm. Cod. Civ. SCIAJOLA – BRANCA, curr. F.GALGANO, 2006., sub art. 1321 – 1352, pag. 205.

²⁰⁴ TRIONI, op. cit., pag. 126.

²⁰⁵ TRIONI, op. cit. pag. 129.

Discusso in dottrina è stato anche il riferimento della buona fede se essa debba essere riferita all'art. 1375 cod. civ. ovvero all'art. 1176 cod. civ.²⁰⁶

La differenza sostanziale fra le due tesi è che la prima considera la buona fede quale clausola generale per ogni contratto, mentre la seconda attribuisce doppia validità al diligente adempimento delle obbligazioni, che non solo deve essere eseguito, appunto, diligentemente, ma che tale diligenza sia quella propria del buon padre di famiglia.

Tale ultima tesi non pare essere condivisibile, in quanto l'articolo di riferimento riguarda la diligenza nell'esecuzione del contratto e solo in via accessoria prevede la correttezza nell'adempimento.

Le due clausole, ossia la "correttezza" e la "diligenza", devono essere considerate separatamente.

Correttamente, infatti, la "diligenza" non può essere affiancata ovvero usata in sostituzione della buona fede, in quanto se la quest'ultima richiama un generale valore sociale nell'affidamento di una prestazione non fraudolenta²⁰⁷, la "diligenza", invece, qualifica la prestazione stessa connotandola della minima attenzione che il prestatore deva offrire.

In altre parole, mentre la buona fede si riferisce ad uno stato d'animo²⁰⁸, la diligenza invece si riferisce all'esecuzione attenta della

²⁰⁶ Di tal parere TOFFOLETTO, op.cit., pagg. 243 e ss.

²⁰⁷ *Ars boni et aequi*, ossia la c.d. giustizia sostanziale, non si tratta di un mero formalismo ma con il principio di buona fede ci si riferisce a quell'affidamento che le parti fanno sulle rispettive intenzioni che devono essere legate alla causa della stipulazione del contratto. (in dottrina V. MANCINI " *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*", Milano, 1957, pag. 60; più recente C. CESTER – M.G. MATTAROLO " *Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro*", in comm, cod. Civ. Milano, 2007, V. FERRANTE " *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*", in comm. Cod. civ., Milano 2012)

²⁰⁸ E' da notare che tale tipo di aspetto riguarda la buona fede oggettiva generale dovere di correttezza e di reciproca lealtà di condotta nei reciproci soggetti (F. GALGANO, " *Degli effetti del contratto*", in comm. SCIAJOLA -BRANCA, sub art. 1372 – 1405, Bologna - Roma, 1993, pag. 94 e ss.)

prestazione, tanto da far discendere da essa anche valutazioni di carattere tecnico, qualora la prestazione sia un'attività professionale ²⁰⁹.

In sostanza il dovere di diligenza (art. 1176 cod. civ.), si riferisce alla modalità di come si svolge la prestazione, da cui potrebbero anche discendere degli inadempimenti per la sola omissione di un singolo fatto²¹⁰, mentre il dovere di buona fede riguarda l'aspetto soggettivo della prestazione, e quindi l'assenza di ogni sorta di riserva mentale ovvero intenzioni fraudolente.

Tale diligenza nell'esecuzione dell'attività è riscontrabile anche nel lavoro subordinato nel primo comma dell'art. 2104 cod. civ. in cui il legislatore richiama tacitamente lo stesso art. 1176 cod. civ. Ovviamente all'agente non si richiede che la propria diligenza sia conforme a quella richiesta dalla “*produzione nazionale*”, ma è evidente che comunque deve essere conforme a quella della natura della “*prestazione dovuta*” e “*dall'interesse dell'impresa*” da intendersi quella del preponente²¹¹.

Il concetto di lealtà è legato strettamente al principio di buona fede in quanto evoca il concetto stesso di legalità ²¹² nello svolgimento del rapporto.

I doveri dell'agente, quindi, si aprono con un *incipit* che richiama le principali clausole generali di correttezza, buona fede e diligenza presenti in ogni tipo di contratto, fra cui quello di lavoro subordinato.

Tali clausole, tuttavia, in considerazione anche degli obblighi specifici indicati nello stesso art. 1746 cod. civ. e dagli AEC, risultano in

²⁰⁹ OSTI, “*deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*”, in riv. Trim,dir, proc. Civ., 1954, pag. 604 e ss.

²¹⁰ BIGIAMI, op. cit. pag. 124 e ss.; Cass.25 settembre 1995, n. 10130, in MGL 1996, pag. 431, nt NICOLI, “*Obbligo della diligenza dell'agente e inadempimento*”.

²¹¹ Come in effetti si legge nello stesso articolo 1746 cod. civ.

²¹² TRIONI, op. cit., pag. 127

definitiva delle clausole residuali e sussidiarie rispetto alla disciplina specifica.

B) L'obbligo di conformazione ed informazione.

Ulteriori obblighi che gravano sull'agente sono gli obblighi di conformazione ed informazione.

L'obbligo che più accomuna il lavoratore subordinato all'agente di commercio è proprio questo, per cui è immediata una comparazione con l'art. 2104 cod. civ.

Tuttavia la comunanza è solo di percezione immediata e non reale, infatti, sensibile è la differenza fra l'obbligo di osservanza alle direttive del datore di lavoro segnate al secondo comma dell'art. 2104 cod. civ.²¹³, rispetto all'obbligo di conformazione alle direttive del preponente. Infatti, a differenza della prima parte dell'art. 1746 cod. civ.²¹⁴ che parimenti al primo comma dell'art. 2104²¹⁵ prevede un dovere di diligenza universale e generale, valido per ogni forma di contratto e quindi valido sia per il rapporto di agenzia che per il rapporto di lavoro subordinato, il successivo ed imprescindibile obbligo che sorge è quello di conformazione e ubbidienza alle disposizioni del preponente o del datore di lavoro.

Senza voler analizzare, ovvero approfondire il potere gerarchico e direttivo del datore di lavoro²¹⁶ ovvero l'obbligo di ubbidienza del

²¹³ *“Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende”*

²¹⁴ *“deve adempiere l'incarico affidatogli in conformità delle istruzioni ricevute”*

²¹⁵ *“Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale”.*

²¹⁶ Si veda V. FERRANTE, *“Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato) art. 2084”*, in Comm. Cod. civ., SHLESINGER – BUSNELLI, Milano, 2012; in giurisprudenza Cass. 10 marzo 2011, n. 5712; 13 dicembre 2010 n. 25150.

lavoratore subordinato²¹⁷, in questa sede si vuole rilevare come i due obblighi, all'apparenza simili, siano in effetti assai differenti²¹⁸.

Infatti l'obbligo dell'agente, in tal senso, è simile più a quello previsto dal collaboratore parasubordinato, che quello del lavoratore subordinato.

Per comprendere meglio la differenza occorre, come sovente accade nella dottrina giuslavoristica²¹⁹, far presente che l'obbligo di una parte è sempre correlata al potere dell'altra parte, e quindi, nel caso di studio, si dovrà considerare l'estensione e l'incisività del potere direttivo del preponente rispetto a quella del datore di lavoro.

Nel rapporto di agenzia, infatti, tale potere è decisamente meno intenso rispetto a quello previsto per il datore di lavoro in quanto il preponente potrà dare solamente delle istruzioni all'agente e non dei veri e propri ordini, come invece accade nel rapporto di lavoro subordinato.

Tali "istruzioni", tuttavia, possono essere sia intese *latu sensu*, ossia delle istruzioni generali e date all'inizio o durante il rapporto al fine di offrire delle linee generali per ottimizzare l'attività dell'agente, e quindi non limitate a mere comunicazioni recettizie²²⁰, ovvero possono essere intese *stricto sensu*, ossia per coordinare l'attività dell'agente. Tuttavia questo potere di coordinamento può essere assimilato a quello del committente per le collaborazioni coordinate e continuative²²¹, in quanto le eventuali istruzioni non devono essere tali da limitare l'autonomia dell'agente.

²¹⁷ Nel medesimo commentario di cui alla nota precedente, C. CESTER – M.G. MATTAROLO, *"Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro art. 2104"*, Milano, 2007.

²¹⁸ M. NAPOLI, op. cit., pag. 464.

²¹⁹ PERA, *"Diritto del lavoro.."*, op. cit., pag. 29

²²⁰ GHEZZI, op. cit. pagg. 108-109

²²¹ Una sentenza del Tribunale di Milano definisce correttamente cosa si debba intendere per potere di coordinamento *"il coordinamento di tale gestione autonoma con l'organizzazione del committente, fermo restando che le indicazioni e disposizioni del committente devono essere isolate nel tempo, circoscritte nella durata e limitate nel contenuto."* (Trib. Milano 17 novembre

Le istruzioni date dal preponente all'agente, al fine di preservare l'autonomia di quest'ultimo, devono essere riferibili al contenuto tecnico funzionale e al buon svolgimento dell'attività dell'agente e non possano determinare o ricondurre l'istruzione ad una sorta di struttura gerarchica²²² e ciò ai sensi degli artt. 2104 e 2086 cod. civ.

Visto il sottile limite che distingue il potere direttivo più ingerente di cui all'art. 2104 cod. civ. rispetto a quello più attenuato proprio del rapporto di agenzia, di cui all'art. 1746 cod. civ., la giurisprudenza ha offerto una serie di casi in cui saggiare il grado dell'intensità di tale potere. Questi, a titolo esemplificativo, sono: l'indicazione di un itinerario delle visite ai clienti, la redazione di report periodici in merito all'attività svolta, indicazioni su come istruire altri collaboratori arrivando anche ad indicazione dell'osservanza di un orario²²³.

Quindi essendo il rapporto di agenzia non sussumibile all'art. 2094 cod. civ., è tuttavia necessario valutare caso per caso se non ci sia un abuso di tale figura atta a coprire un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato.

Come già accennato tale problema non sussiste quando l'agente sia una società, ma invece può accadere quando l'agente sia un piccolo agente monomandatario, allora è necessario un'attenzione maggiore al fine vagliare l'intensità del potere direttivo.

In tale frangente, è possibile che il preponente possa vincolare con stringenti lacci l'attività dell'agente tale da restringerne sensibilmente l'autonomia, a tal fine il legislatore ha sanzionato di nullità ogni patto

2007, Est. Martello, in D&L 2008, nt. S. HUGE, "*Requisiti di genuinità del lavoro a progetto*", 194)

²²² GHEZZI, op. cit., pag. 104 e ss. Risultando innegabile che il preponente esercita di fatto un potere di coordinamento, e quindi di una direzione dell'attività dell'agente, questa tuttavia non può limitare l'autonomia dell'agente stesso. Nei confronti del preponente si configura, quindi, un potere direttivo attenuato (si veda SUPPIEJ, "*il rapporto di lavoro*", Padova, 1982, pag. 49.). In giurisprudenza Cass. 15 maggio 2002. N. 7087; Cass. 27 agosto 2001, n. 11264.

²²³ Si veda Cass. 27 agosto 2001, n. 11264, Cass. 03 aprile 1990, n. 2680, Cass. 15 maggio 2002, n. 7087.

contrario, di talché l'agente, che ritenesse troppo stringenti i vincoli contrattuali potrebbe non rispettarli senza incorrere in alcun tipo di inadempimento.

In caso contrario qualora venissero rispettati tali vincoli, allora si avrà per provata la mutazione del rapporto da parasubordinato a subordinato²²⁴.

In ogni caso, qualora il piccolo agente monomandatario ritenesse sussistente un vincolo di subordinazione²²⁵, anche semplicemente in considerazione delle concrete modalità di svolgimento del rapporto di agenzia, sarà comunque necessario valutare tutti gli elementi essenziali e sussidiari²²⁶ della subordinazione primo fra tutti l'eterodirezione²²⁷ e

²²⁴ In tal caso la figura più vicina a quella dell'agente sono il piazzista ed il commesso viaggiatore, entrambe categorie di lavoro subordinato. Il primo è un ausiliario dell'imprenditore, a cui lo stesso si riferisce per le vendite. Il piazzista è assunto direttamente dall'imprenditore, e quindi non si assume nessun rischio di impresa. La propria retribuzione può essere sia fissa che fissa e a provvigione ed è soggetto alle direttive dell'imprenditore. Il commesso viaggiatore ricopre, similmente al piazzista, le mansioni di venditore dei prodotti dell'imprenditore. Anche lui, come il piazzista, non ha autonomia e non assume alcun rischio economico. Ciò che lo contraddistingue dal primo è essenzialmente il territorio (molto più vasto di quello del piazzista) e nella possibilità di non essere vincolato a essere presente all'intero dell'azienda, svolgendo la propria attività al di fuori di essa.

Gli elementi caratterizzanti le due figure sono i) l'obbligo di visitare quotidianamente le zone stabilite dall'imprenditore; ii) nessuna scelta della clientela; iii) itinerario di visite imposto dall'imprenditore; iv) mancanza di alcun rischio e di autonomia.

Le due figure sono disciplinate oltre che dagli artt. 2094 e ss cod. civ., anche da Contratti collettivi aventi efficacia *erga omnes* e di diritto comune (il primo risale al 10 giugno 1952, confermato con il dpr del 2 ottobre 1960 n. 1402, al quale sono succeduti CCNL di diritto comune).

²²⁵ *"In tema di distinzione tra il rapporto di lavoro subordinato e il rapporto di lavoro autonomo, le concrete modalità di svolgimento del rapporto prevalgono sulla diversa volontà manifestata nella scrittura privata eventualmente sottoscritta dalle parti, ben potendo le qualificazioni riportate nell'atto risultare non esatte, per mero errore delle parti o per volontà delle stesse, che intendano usufruire di una normativa specifica o eluderla; con l'aggiunta che la valutazione degli elementi probatori, ivi compresa l'interpretazione degli atti scritti, è attività istituzionalmente riservata al giudice di merito, insindacabile in cassazione se non sotto il profilo della congruità della motivazione del relativo apprezzamento"*. Così Cass. 8 giugno 2012 n. 9347, Pres. Miani Canevari Est. Stile, in OGL 2012, 271.

²²⁶ *"Nel caso in cui la prestazione dedotta in contratto sia estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione, al fine della distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato il criterio di rappresentato dall'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare non si manifesta come particolarmente significativo; ne segue che, per la qualificazione del rapporto di lavoro, occorre fare ricorso a criteri distintivi sussidiari, quali la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro, la presenza di una pur*

l'assunzione del rischio. Inoltre, ben sapendo che le linee di confine non sono ben tratteggiate, la giurisprudenza, al fine di valutare correttamente la volontà delle parti, ha dato notevole importanza anche al *nomen juris* dato dalle parti, valutazione ermeneutica usata dai giudici in fattispecie "ambigue" come ad esempio, oltre al rapporto di agenzia, quello di associazione in partecipazione²²⁸.

Il secondo principale obbligo dell'agente è quello di *"fornire al preponente le informazioni riguardanti le condizioni di mercato a lui assegnate, ed ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari"*²²⁹.

Occorre quindi valutare: in quale tipo di informazioni si concreta l'obbligo, il grado di impegno richiesto e le conseguenze di un eventuale inadempimento.

Per quanto riguarda il primo aspetto è necessario rilevare come l'agente debba in primo luogo fornire le informazioni generiche sulle condizioni del mercato, atte ad individuare i mezzi idonei che consentano una sempre maggiore introduzione dei prodotti nel mercato²³⁰. Esse possono riguardare qualsiasi elemento che possa influenzare lo sviluppo

minima organizzazione imprenditoriale (anche con riferimento al soggetto tenuto alla fornitura degli strumenti occorrenti) e la sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore". (Cass. 30 marzo 2010 n. 7681, Pres. Roselli Est. Picone, in D&L 2010, nt I. MAZZURANA, "Ancora qualche riflessione in tema di qualificazione del rapporto di lavoro", 476)

²²⁷ "Ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, assume rilievo prioritario e decisivo l'indagine sulla sussistenza del requisito della subordinazione, inteso come vincolo di carattere personale che assoggetta il prestatore d'opera al potere direttivo del datore di lavoro" (Così Cass. S.U., 30 giugno 1999, n. 379, conforme Cass. 26 luglio 2011 n. 16254, Pres. Lamorgese Est. Morcavallo, in LNG. 2011, 1054); nel merito si veda Trib. Milano 2 aprile 2012, Est. Dott. Mariani, in LNG, 2012, 830

²²⁸ Specificamente per il contratto di agenzia si veda: Cass. 18 aprile 2001, n. 5665, Cass. 27 agosto 2002, n. 12581; Cass. 1 marzo 2002; Cass. 27 agosto 2001, n. 11264; per il contratto di associazione in partecipazione si veda : Cassazione, 25 maggio 1976, n. 1885, in Mass. GL, 1977, p. 129; Cassazione, 14 giugno 1979, n. 3353, in Mass. GL, 1980, p. 636; Cassazione, 16 aprile 1999, n. 3822, in Guida Lav., 1999, n. 26, p. 23; Cassazione, 27 novembre 2002, n. 16805, in Foro It., 2003, I, c. 1148. Cassazione, 17 giugno 2009, n. 14054, in Guida Lav., 2009, n. 38, p. 30.; Cassazione, 18 aprile 2007, n. 9264 ; Cassazione, 7 ottobre 2004, n. 20002;

²²⁹ F. BASENGHI, "Il contratto di agenzia". 2008, cit. pagg. 131 – 134.

²³⁰ V. CERAMI, v. "Agenzia (contratto)", in *Enc.dirr.*, I, Milano 1958, pag.879

della rete commerciale del preponente, e quindi, ad esempio le società concorrenti, la solvibilità dei clienti ed i gusti degli stessi, la presenza di merce simile nel territorio etc.. etc... Si ritiene che l'agente adempia il suo obbligo limitandosi ad informare il preponente su tutto ciò che presenta attinenza con la situazione di mercato esistente nella sua zona, mentre nessun obbligo sussiste in riferimento all'organizzazione delle vendite, cioè, infatti, è attività propria del preponente²³¹ .

Ciò che è certo è che, in alcun modo l'adempimento di tale obbligo, così come si è visto avvenire anche per l'obbligo di conformazione, può arrivare ad eliminare l'autonomia della quale l'agente gode nell'esercizio della sua attività²³² .

Quanto invece alle informazioni relative alla convenienza dei singoli affari, bisogna intendere che un affare si dice "conveniente" ogniqualvolta il cliente paghi integralmente il prezzo.

Si tratta di una valutazione preventiva effettuata dall'agente che abbia riportato i c.d. *rumores* in merito al buono stato dell'impresa cliente, o della sua puntualità nei pagamenti.

Tali notizie svolgono un ruolo estremamente importante, in quanto consentono alla ditta proponente di decidere la condotta da tenere con un determinato cliente.

La scelta della concreta convenienza di un affare spetta sempre al preponente, indipendentemente che l'agente sia o meno rappresentante.

L'obbligo di informazione genera inevitabilmente il dubbio relativo all'effettivo contenuto di esso, e in particolare ci si domanda se l'agente possa limitarsi a trasferire al preponente le informazioni in suo possesso lasciando a quest'ultimo, eventualmente, il compito di verificare

²³¹ SARACINI, "Il contratto di agenzia", op.cit., pag. 243;

²³² Cass. 3 ottobre 1979, 5061

l'autenticità, oppure se sia sempre compito dell'agente accertare la corrispondenza al vero delle notizie raccolte²³³.

Si ritiene che una risposta all'interrogativo sollevato debba essere data solo ove calibrata al caso specifico. Infatti, l'obbligo di informazione costituisce un'applicazione pratica del generale obbligo di agire secondo diligenza a norma dell'art. 1176 c.c., quindi, poiché la diligenza che si richiede all'agente nell'espletamento del suo incarico è di tipo specifico, essa potrà comportare un obbligo di indagine e di verifica relativamente al contenuto delle informazioni²³⁴.

La giurisprudenza, infatti, esclude che l'agente debba risponder con riguardo alla serietà delle notizia in relazione al modo in cui furono assunte, proprio perché l'agente non ha l'obbligo di assumerle né, meno ancora, di assumerle seriamente²³⁵.

L'agente che omette di fornire notizie utili al preponente incorrerà in responsabilità per inadempimento, la quale potrà comportare, come conseguenza, la risoluzione del contratto, in presenza dei caratteri di gravità e di importanza richiesti dall'art. 1455 c.c. ed art. 2119 cod. civ. oltre ovviamente al risarcimento dei danni alla casa preponente²³⁶.

In tale ultima fattispecie, quindi, sarà necessario valutare ogni elemento ad esso riferibile come l'elemento psicologico e l'entità del danno subito dal preponente²³⁷.

C) rinvio agli obblighi del commissionario e lo star del credere.

²³³ GHEZZI, "Del contratto di agenzia", op. cit., pag. 254 contra SARACINI - TOFFOLETTO, "Il contratto di agenzia" cit., 254.

²³⁴ Ad esempi, quando l'agente risulti essere dotato di una grande esperienza professionale, sia munito di una notevole organizzazione, promuova affari di cospicua consistenza economica.

²³⁵ Cass. 12 luglio 1954, 2841.

²³⁶ SARACINI - TOFFOLETTO pag. 250.

²³⁷ TRIONI, op. cit., pag. 140, e Cass. 19 agosto 1996, n. 7644.

Gli ultimi due obblighi specifici dell'agente sono il richiamo agli obblighi del commissionario ed allo star del credere.

Per quanto riguarda il primo, è stato rilevato²³⁸, che esso si tratti più che altro di un “*residuo storico*”. Comprensibile e condivisibile tale tesi se si tiene a mente che l'articolo così segnato è stata una scelta legislativa dettata dalla precedente disciplina precodicistica²³⁹ del contratto di agenzia, che collocava quest'ultimo come declinazione del mandato.

Non potendo negare, anche per quanto detto in precedenza, che l'agenzia è cosa ben diversa dal mandato, e quindi anche delle sue sottospecie come il commissionario, è pur vero che allo stesso si riferiscono delle clausole generali applicabili, in quanto tali, a tutti i contratti. In particolare la dottrina richiama l'applicazione dell'obbligo di diligenza di cui all'art. 1710 cod. civ.²⁴⁰ anche per il contratto di agenzia.

Tale articolo fa riferimento al ben più generico ed evocativo richiamo al “*buon padre di famiglia*”, riferimento oramai non giustificato²⁴¹, e tuttavia superato, a parere di chi scrive, dal più specifico richiamo del comma 1) dell'art. 1746 cod. civ., che, pur richiamando la diligenza, essa deve riferirsi, come quella prevista dall'art. 2104 cod. civ., alla diligenza tecnica propria dell'attività svolta.

Per quanto concerne, poi, il c.d. “*star del credere*”²⁴² occorre osservare come ad oggi la legge 526 del 1999²⁴³, che ha modificato l'art. 1746 cod.

²³⁸ BALDI, op cit., pag. 222.

²³⁹ BALDI fa riferimento all'art. 349 del codice del commercio del 1865.

²⁴⁰ BALDI, op. cit., pag. 223, TRIONI, op. cit., pag. 142; GHEZZI, op. cit., pag. 114.

²⁴¹ Fra i principali detrattori DE LORENZI, in Dig. Disc. Priv., v. “*Buon Padre di famiglia*”, pag. 128.

²⁴² A. LUMINOSO, v. “*Commissione (contratto di)*”, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1988, vol. VII, 4.

²⁴³ Questa legge, come anche il d.lgs 65 del 1999, è un provvedimento per l'attuazione della direttiva Cee 53 del 1986. E' stato affermato anche che la limitazione alla responsabilità dell'agente di cui al comma 2 dell'art. 1746 cod. civ. sia stata in realtà una libertà del legislatore Italiano in quanto la direttiva stessa nulla prevedeva (in tal senso A. VENEZIA, “*Lo star del credere e contratto di agenzia*”, in I contratti, 2000, p. 275 e ss)

civ., ha notevolmente ridotto la portata generale dello star del credere così come ammesso in precedenza, limitandolo a specifici affari²⁴⁴.

In sostanza con la nuova formulazione, è assai difficile introdurre alcuna responsabilità dell'agente per l'inadempimento del terzo, anche se tale impedimento potrebbe essere superato da strutturate clausole penali, sottoscritte da entrambe le parti.

La precedente disciplina dello "star del credere" era in origine una clausola peculiare del rapporto di commissione, costituendo una forma di garanzia data dal commissionario al committente²⁴⁵ ed inserita, in via convenzionale, nella disciplina dell'agenzia²⁴⁶.

Lo star del credere, quindi, era considerata quale clausola protettiva del preponente, il quale poteva rifarsi, per una determinata quota in proporzione all'affare non andato a buon fine, nei confronti dell'agente. La responsabilità era prevista dai primi contratti aventi efficacia *erga omnes* per un generico "inadempimento totale o parziale" del compratore, successivamente, con l'evolversi della disciplina ed in particolare con l'applicazione degli accordi economici collettivi di diritto comune, il

²⁴⁴ L'articolo 28 della legge citata prevede, oltre all'esplicita esclusione dell'applicazione dell'art. 1736 cod. civ., anche l'aggiunta del terzo comma dell'art. 1746, che prevede "*E' vietato il patto che ponga a carico dell'agente una responsabilità, anche solo parziale, per l'adempimento del terzo. E' però consentito eccezionalmente alle parti di concordare di volta in volta la concessione di un'apposita garanzia ... purché ciò avvenga con riferimento a singoli affari, di particolare natura ed importo; (omissis) sia previsto per l'agente un apposito corrispettivo*".

²⁴⁵ L'art. 1736 cod. civ. prevede che "*Il commissionario che, in virtù di patto o di uso, è tenuto allo "star del credere" risponde nei confronti del committente per l'esecuzione dell'affare. In tal caso ha diritto, oltre che alla provvigione, a un compenso o a una maggiore provvigione, la quale, in mancanza di patto, si determina secondo gli usi del luogo in cui è compiuto l'affare. In mancanza di usi, provvede il giudice secondo equità.*" E' stato evidente anche in giurisprudenza che tale precetto normativo aveva la precipua funzione di attribuire una responsabilità al Commissionario al fine di sanzionare la mancanza di diligenza. (Cass. 28 novembre 1981, n. 6352, Foro it., Rep. 1981, voce Commissione, n. 3).

²⁴⁶ All'art. 6 dell'accordo corporativo del 30 giugno 1938, in cui si prevedeva, oltre alla necessaria forma scritta del patto, la percentuale di responsabilità in relazione all'inadempimento del cliente alla quale l'agente poteva essere soggetto.

riferimento all'inadempienza è stato circoscritto alla mera "insolvenza totale o parziale"²⁴⁷.

E' da rilevare, oltre al fatto che tale patto era oneroso, che i limiti quantitativi a cui era stato relegato lo "star del credere" dalla prima codificazione, non permettevano un'automatica comparazione con la responsabilità del commissionario prevista dall'art. 1736 cod. civ.

A seguito della novella del 1999 la disciplina e la portata del patto dello "star del credere" è stata, come detto in precedenza, notevolmente ridimensionata.

Infatti non sussiste più l'obbligo della forma scritta ed è prevista per la sua applicazione, una notevole restrizione della sua portata limitandola a "specifici affari", e non quindi alla generalità dei clienti trattati dall'agente.

Un ulteriore limite è stato individuato nella qualificazione "di particolare natura ed importo", e quindi considerando unicamente affari di particolare valore e rischio²⁴⁸.

2.2.3) I diritti dell'agente : la provvigione

A) La provvigione diretta ed il momento della maturazione del diritto.

Gli aspetti principali degli artt. 1748 e 1749 cod. civ. sono in buona sostanza opposti e simmetrici²⁴⁹, ossia dove il principale diritto dell'agente è quello di ottenere la provvigione, ossia la retribuzione per la propria attività, così il principale dovere del preponente è quello di pagare la retribuzione offrendo all'agente la massima disponibilità per il calcolo della medesima.

²⁴⁷ BALDI, "Il contratto di agenzia", op. cit., pag. 164; così Cass. 10 marzo 1994, n. 2356, in Resp. civ., 1994, 645, nt. A. GIOVATI; contra TRIONI, "Il contratto di agenzia", 1994, cit. 127.

²⁴⁸ TRIONI, op. cit. pagg. 148 – 149.

²⁴⁹ M. NAPOLI, op. cit. pag. 465, l'autore riferendosi in particolare agli obblighi intercorrenti tra le parti ha avuto modo di constatare come "La norma pone innanzi tutto anche sul proponente gli obblighi di lealtà e buona fede, con perfetta simmetria tra le parti"

A tal proposito il legislatore si è preoccupato anche di offrire ulteriori diritti “investigativi” all’agente fra cui anche quello di “*esigere che gli siano fornite tutte le informazioni necessarie per verificare l’importo delle provvigioni liquidate ed in particolare un estratto dei libri contabili*” .

Quando si parla di provvigione, che si ricorda anche essere forma di retribuzione variabile ammessa anche nel rapporto di lavoro subordinato²⁵⁰, si intende principalmente la provvigione c.d. diretta, ossia quella nascente dall’affare concluso per effetto dell’agente stesso.

La disciplina sul conteggio delle provvigioni è assai specificata nella contrattazione collettiva dei due principali rami dell’attività dell’agente ossia quello del commercio e dell’industria²⁵¹.

La disciplina in merito alle modalità di pagamento della provvigione, che per sua natura è imprescindibile ad un rischio, elemento quest’ultimo legato a doppio filo al concetto di lavoratore autonomo, sono diverse e si distinguono, in quattro principali sistemi: i) successivamente all’esecuzione del contratto; ii) con un minimo fisso per acconto sulle provvigioni; iii) una cifra fissa più le provvigioni; iv) un minimo fisso garantito.

Per quanto riguarda i primi due tipi, *nulla questio*, in quanto il rischio è a carico dell’agente, che nel caso ricevesse anticipi e poi, successivamente, l’affare non andasse a buon fine, sarebbe tenuto alla restituzione della differenza ingiustificatamente percepita.

Difficoltà possono incorrere negli ultimi due casi, in quanto il rischio dell’agente è notevolmente ridotto.

Tuttavia, partendo dal presupposto della legittimità di tale tipo di pagamento, è evidente che se il rischio dovesse essere unicamente a carico del proponente, oppure nel caso in cui quello a carico dell’agente sia

²⁵⁰ Art. 2099 cod. civ. ultimo comma “ *il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazioni agli utili o ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura*”.

²⁵¹ Artt. 5 e 7 AEC Commercio 2009; artt. 6 e 7 AEC Industria 2002.

decisamente sproporzionato ²⁵², è evidente che tale elemento possa essere uno di quei indizi sussidiari da cui la giurisprudenza fa discendere l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato ²⁵³.

Il diritto alla provvigione, comunque, è soggetto a due diversi momenti il primo è la sua maturazione ed il secondo e la sua esigibilità.

In sostanza, l'art. 1748 c.c. così come riformato dalla L.65 del 1999, prevede espressamente che il diritto di esigere la provvigione matura quando l'affare si sia concluso con per l'effetto dell'attività dell'agente ²⁵⁴, da cui anche il richiamo agli obblighi dell'agente di cui all'art. 1746 co.civ., e che le parti abbiano adempiuto alle rispettive obbligazioni.

In altre parole la conclusione del contratto da parte del preponente col cliente, deve considerarsi momento in cui matura il diritto alla provvigione, mentre il diritto ad esigerla, e quindi quantificarla, sorge unicamente nel caso in cui il contratto sia stato eseguito correttamente, ovvero nel caso in cui il preponente non lo esegua senza alcuna giustificazione ²⁵⁵.

²⁵² Ad esempio se il minimo garantito è notevolmente superiore al valore delle provvigioni ottenute dall'agente, ovvero se il minimo fisso sia anch'esso notevolmente superiore alle provvigioni ottenute.

²⁵³ Sebbene debba essere accompagnato ad altri indizi, quello della retribuzione fissa è sicuramente uno dei maggiori elementi che contraddistingue il lavoro autonomo da quello subordinato (Cass. 17 dicembre 2010 n. 25581, in LNG, 2011, 1, 212; T. Roma 6 marzo 2009, Est. Emili, in OGL, 72; Cass. 30 gennaio 2007, n. 1893, in D&L 2007, 2, 443). Ovviamente tali riflessioni ineriscono unicamente l'agente inteso come singola persona e non come società.

²⁵⁴ In precedenza l'art. 1748, modificato dalla L. 303 del 1991, prevedeva che il diritto dell'agente maturava per "gli affari che hanno avuto regolare esecuzione", ciò, come ricordato è stato modificato dalla legge 65 del 1999, inserendo "per intervento dell'agente". Tale precisazione, in conformità alla direttiva CEE dell'86, è servita unicamente per determinare una distinzione fra l'agente in esclusiva e quello senza esclusiva, in quanto in mancanza di ciò si sarebbero concesse a tutti gli agenti le c.d. provvigioni indirette (cfr *infra*).

²⁵⁵ Tale tesi è stata condivisa anche dalla Giurisprudenza di legittimità con la pronuncia n. 5467 del 2 maggio 2000 "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:

Correttamente i due momenti sono separati, in quanto, in pieno rispetto della direttiva CEE, viene maggiormente tutelata la posizione dell'agente che, in tal modo, potrà richiedere anticipi sull'attività svolta, con il dovere, ovviamente, di restituire la somma ricevuta in caso di mancata esecuzione del contratto per colpe non imputabili al preponente. Con la sottoscrizione del contratto tra preponente e terzo, quindi, l'agente acquista la certezza del diritto alla provvigione, e solo successivamente, ossia con l'esecuzione del contratto potrà determinarsi anche il *quantum* e quindi renderlo un credito determinato ed esigibile.

B) La provvigione indiretta: gli effetti dell'esclusiva

L'art. 1748 al secondo comma prevede la possibilità che l'agente possa maturare il diritto alla provvigione anche senza un suo personale intervento nella conclusione dell'affare.

La possibilità di ottenere tale tipo di provvigioni (c.d. indirette) è pressoché riferibile all' "esclusiva"²⁵⁶.

Tale diritto è sancito, a favore dell'agente come del preponente, dal codice civile all'art. 1743 cod. civ. e comporta per il preponente, il divieto di valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, e per l'agente il divieto di trattare nella stessa zona e per lo stesso ramo gli affari di più imprese in concorrenza tra loro.

la provvigione è esigibile nel momento e nella misura in cui il preponente ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione." (in CORRADI, 2000, pag. 1029). *Contra* BORTOLOTTI - BONDANINI, op. cit. pag. 158 -160, in cui si afferma che la maturazione del diritto si ha unicamente con la corretta esecuzione del contratto.

²⁵⁶ Sul nesso che lega l'esclusiva alla provvigione indiretta GHEZZI, op. cit., pag. 148 "Si è già posto in rilievo come l'istituto delle c.d. commissioni indirette trovi la sua ragione d'essere nella tutela dell'esclusiva, conferita all'agente nei confronti tanto del preponente quanto degli altri agenti, operanti normalmente nelle zone diverse". Anche TRIONI, op. cit., pag. 159, BALDI, op. cit., pag. 184.

Il diritto di esclusiva costituisce un elemento naturale del contratto di agenzia: l'art.1743 cod.civ. prevede infatti che il preponente non possa avvalersi per la stessa zona²⁵⁷ contemporaneamente di più agenti e che, inversamente, l'agente non può assumere l'incarico per altre imprese concorrenti di trattare nel medesimo ambito territoriale e per lo stesso ramo d'affari²⁵⁸.

La previsione della legge è nel senso della bilateralità dell'esclusiva, e quindi essa è apponibile sia all'agente che al preponente²⁵⁹.

La violazione dell'impegno, che non può essere opposto a terzi, ha quale conseguenza la possibilità di poter chiedere un risarcimento.

Pertanto, mentre in un normale contratto di collaborazione economica la clausola di esclusiva costituisce un patto accessorio del tutto eventuale²⁶⁰, nel contratto di agenzia essa assurge, in virtù dell'art. 1743 c.c., ad elemento c.d. "naturale" del rapporto che può essere, come tale, pretermesso solo con il consenso di entrambe le parti²⁶¹.

Il nuovo testo dell'art. 1748 cod. civ. lascia praticamente inalterata la parte relativa al diritto dell'agente alla provvigione sugli affari conclusi direttamente dal preponente "...appartenenti alla zona o alla categoria o gruppo di clienti riservati all'agente..." ma non fa più riferimento "agli affari conclusi direttamente dal preponente nella zona riservata all'agente", introducendo, quale criterio determinante, l'appartenenza del cliente alla zona (o categoria di clienti) riservata all'agente.

²⁵⁷ Sul concetto di zona *cfr supra* nota 80

²⁵⁸ Cass. Civ. Sez. Lavoro n. 2634 del 19 marzo 1994.

²⁵⁹ Quindi il primo si assume l'impegno di non trattare nella stessa zona per altri imprese, mentre il secondo si impegna a non affidare l'attività di promozione nella zona di competenza dell'agente ad altri agenti.

²⁶⁰ *Cfr supra* nota 50.

²⁶¹ In Giurisprudenza si veda Cass. 19 marzo 1994, n. 2634; Cass. 11 giugno 1990, n. 5652; Cass. 4 dicembre 1989 n. 5322; Cass. 11 novembre 1986 n. 6608; Cass. 14 gennaio 1985 n. 58; Cass. 5 agosto 1985, n. 4387. Caratteristica quest'ultima fatta propria anche dalla dottrina.

Occorre peraltro precisare che, in presenza del regime di esclusiva, il preponente può concludere affari riguardanti la zona dell'agente solo occasionalmente e comunque fermo restando il diritto di quest'ultimo alla provvigione. La conclusione di affari, regolare e continuativa, da parte del preponente, integrerebbe, infatti, una vera e propria violazione dell'impegno contrattuale, idonea a fondare in favore dell'agente una tutela di carattere risarcitorio ²⁶².

Inoltre, in attuazione quasi letterale di quanto previsto dal comma 2 dell'art. 1748 cod. civ., così come modificato dalla l. 65 del 1999, riconosce altresì il diritto dell'agente alla provvigione anche nell'ipotesi in cui, al di fuori del regime di esclusiva, il preponente concluda “direttamente” affari con terzi acquisiti precedentemente dall'agente stesso come clienti per operazioni del medesimo tipo.

Tale disposizione si riferisce all'agente che operi al di fuori di un regime di esclusiva e che venga remunerato solo sugli affari riconducibili ad un suo intervento; qualora l'agente sia “esclusivo”, infatti, egli avrà comunque diritto alle provvigioni su tutti gli affari con clienti della zona (o della categoria o gruppo di clienti) riservatagli, il che ricomprende anche i successivi affari con clienti da lui introdotti.

C) la provvigione postuma

Il comma 3 del riformato art. 1748 cod. civ., subordina il diritto alla provvigione per gli affari conclusi successivamente alla data di scioglimento del contratto di agenzia alla sussistenza di una pluralità di condizioni che tendono ad ancorare l'accertamento del diritto a circostanze determinate.

²⁶² BALDI, op. cit., pag. 73.

Prima della riforma del 1999 era previsto il diritto dell'agente alla provvigione sugli affari “anche dopo lo scioglimento del contratto se la conclusione è effetto soprattutto dell'attività da lui svolta”.

Tale norma era stata introdotta dal D.Lgs. 303/1991 sulla base di quanto disposto dagli artt. 8 e 9 della direttiva 86/653/Cee, che prevedeva determinate e specifiche condizioni affinché l'agente maturasse il diritto alla provvigione anche dopo la risoluzione del rapporto e queste erano: che l'affare fosse dovuto soprattutto all'attività promozionale dell'agente²⁶³, ovvero che l'ordinazione del terzo fosse stata ricevuta dal preponente o dall'agente prima dell'estinzione del contratto di agenzia.

Da notare che, a differenza delle altre legislazioni europee, il decreto di attuazione 303/1991 aveva omissso l'espressione “termine ragionevole”, dando ampio spazio alle parti o al potere discrezionale del giudice per la sua determinazione.

Naturalmente le parti potranno, all'atto della cessazione del contratto, accordarsi espressamente sulla sorte degli affari in corso, individuandoli uno per uno e chiarendo per ciascuno i compiti che l'agente debba ancora svolgere nonché l'attribuzione delle relative, evitando a priori eventuali controversie

D) oltre la provvigione : spese e attività accessorie.

Alla principale attività dell'agente possono aggiungersi anche ulteriori attività accessorie, anch'esse soggette a pattuizione e relativa retribuzione.

Prima fra tutte vi può essere l'attività di riscossione da parte dell'agente per i crediti che il preponente ha nei confronti del cliente.

Tale tipo di attività è stata disciplinata sia dal nostro ordinamento all'art. 1744 cod. civ., che afferma che tale tipo di facoltà è sempre sottoposta

²⁶³ Considerando gli effetti della stessa per un “ragionevole” lasso di tempo.

all'autorizzazione del preponente, senza che l'agente possa modificare le condizioni dell'affare come ad esempio concedendo sconti o dilazioni di pagamento, sia dalla contrattazione collettiva ed in articolare dagli art. 5 penultimo comma AEC commercio del 2009 e 3° e 4° comma dell'art. 6 AEC Industria del 2002.

Le parti sociali hanno voluto quindi distinguere l'attività principale di promozione da quella accessoria di riscossione, per cui, espressamente si prevede una remunerazione a parte, calibrata con un fisso ovvero una ulteriore percentuale sulla provvigione.

Tuttavia, se l'attività è svolta in maniera occasionale e sporadica, questa non inibisce la possibilità di richiedere un compenso, cosa ben diversa, invece, se tale attività è svolta in maniera continuativa e stabile.

In merito alla forma dell'accordo, non essendo prevista alcun riferimento specifico, non risulta inammissibile far riferimento all'art. 1742 cod. civ., arricchito anche dalle disposizioni contrattuali, che prevedono una forma scritta, da presumersi *ad probationem*, ma tale accordo può concludersi anche per fatti concludenti.

Il momento genetico dell'accordo influisce sensibilmente sulla quantificazione del dovuto, infatti se tale facoltà alla riscossione è stato inserito al momento della sottoscrizione del principale contratto di agenzia, senza che venisse stipulato anche una specifica e distaccata remunerazione per tale attività, essa si doveva considerare inglobata nella percentuale prevista per le provvigione spettante. Mentre se l'attività viene assegnata successivamente, essa è da considerarsi quale obbligazione accessoria, e quindi ai sensi dell'art. 2225 cod. civ. , destinataria di un proprio corrispettivo.

Connessa all'attività di riscossione è stato individuato anche l'eventuale attività di rendicontazione dell'agente sull'attività di riscossione svolta²⁶⁴.

L'obbligo di riscossione, se stipulato, non è scevro da responsabilità per inadempimento a cui soggiacciono le parti.

Infine, per quanti riguarda il regime delle spese, e con ciò si intendono tutte le spese relative all'attività principale di promozione di contratti e quindi anche quelle di pubblicità, occorre premettere che esse sono, di norma a carico dell'agente così come statuito dall'ultimo comma dell'art. 1748 cod. civ.

Tale specificazione pone l'accento sul fatto che l'attività dell'agente è totalmente suo carico con accettazione anche del relativo rischio²⁶⁵.

Tuttavia, qualora il preponente richiedesse specifiche attività all'agente diverse da quella principale, le spese per il sostentamento di queste, invece risulta essere a carico dello stesso preponente.

La *ratio* di tale distinzione risiede nel fatto che verrebbe frustrata la libertà organizzativa dell'agente nella gestione della propria attività e quindi, risulterebbe eccessivamente vincolato al preponente ai sensi dell'art. 1746 cod. civ.

E' da rilevare, in conclusione, che il rimborso delle spese dell'agente ha natura retributiva²⁶⁶ e quindi soggetta, oltre per il calcolo dell'indennità in caso di cessazione del rapporto, anche alla contribuzione Enasarco²⁶⁷.

²⁶⁴ M. MISCIONE, "Il contratto di agenzia", in *Tratt. Priv.*, cur. RESCIGNO, XII, V, Torino, 1985, pag. 12.

²⁶⁵ TRIONI, *op. cit.* pag. 175, BALDI, *op. cit.* pag. 200.

²⁶⁶ TRIONI, *ibidem*, pag. 177.

²⁶⁷ Art. 13 AEC Commercio 2009.

Capitolo terzo

3. La risoluzione del rapporto

3.1) La risoluzione ordinaria

L'ordinamento italiano, nei i rapporti c.d. *sine die*, offre la possibilità alle parti di risolvere il rapporto semplicemente attraverso una comunicazione²⁶⁸.

Ciò accade sia per quanto riguarda il rapporto di lavoro subordinato con l'art. 2118 cod civ.²⁶⁹, sia per quanto riguarda il rapporto di agenzia con l'art. 1750 cod. civ. in cui al secondo comma si legge “ *Se il contratto di agenzia è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto stesso dandone preavviso all'atra entro un termine stabilito.*”

Tale tipo di risoluzione del rapporto, non qualificato da particolari presupposti soggettivi o oggettivi, viene definita ordinaria²⁷⁰.

L'unico vincolo normativo imposto a tale tipo di risoluzione è il rispetto del preavviso.

Nel rapporto di agenzia la norma che prevede i termini minimi di preavviso è il nuovo art. 1750 cod. civ.²⁷¹. Tali termini possono essere derogati *in mejus* dalla contrattazione collettiva o individuale²⁷².

²⁶⁸ Cass. 19 ottobre 2005 n. 20197

²⁶⁹ Ovviamente ci si riferisce alle disposizione del 1942 poi meglio specificate dalla legge 604 del 1966 e 300 del 1970 in tema di licenziamenti, discipline introdotte per in un periodo di forte garantismo che hanno introdotto l'obbligo di causalità nel recesso.

²⁷⁰ Contrapposta a quella c.d straordinaria di cui si parlerà in seguito.

²⁷¹ L'art. 1750 c.c. precedente alla modifica apportata dalla l. 65 del 1991, non prevedeva esplicitamente i termini di preavviso, disponendo che “*Se il contratto di agenzia è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dandone preavviso all'altra nel termine stabilito [dalle norme corporative o] dagli usi*”. Il legislatore, con la nuova formulazione, ha eliminato anche il riferimento al possibile risarcimento del preavviso con un'indennità.

²⁷² Esplicita è stata la giurisprudenza di merito l'inderogabilità *in pejus* del termine di preavviso “*In tema di rapporti contrattuali caratterizzati dalla durata, l'esercizio di diritti potestativi*”

La norma citata pone quale condizione che il termine del preavviso deve corrispondere con l'ultimo giorno del mese di calendario, questo in stretta adesione alla direttiva CEE del 1986 che prevedeva una specifica regolazione per il calcolo del preavviso²⁷³.

L'intenzione di specificare in maniera così precisa il termine di scadenza del preavviso è stato apposto, forse, anche per rendere più agile il calcolo delle provvigioni e delle possibili indennità.

Tuttavia tale clausola è stata spesso derogata dalla contrattazione collettiva sia del commercio che dell'industria²⁷⁴ e quindi, derogata a sua volta per tutti quei rapporti individuali che vi fanno riferimento. In assenza di tale riferimento alla disciplina collettiva alle parti sarà comunque possibile derogarvi attraverso una specifica clausola inserita nel contratto individuale.

attribuiti dalla legge o dal contratto ad una delle parti produce immediatamente la modificazione delle situazioni giuridiche riguardanti l'altra parte, senza che sia configurabile (neppure sulla base del principio generale di correttezza e buona fede) un obbligo di preavviso, in difetto di limitazioni in tal senso previste dalla fonte attributiva del potere stesso. In tema di contratto di agenzia, in particolare, l'art. 1750, IV comma, c.c., nello stabilire l'inderogabilità della regola secondo la quale i termini di preavviso devono essere gli stessi per le due parti del rapporto, esprime un precetto materiale che vieta pattuizioni suscettibili di alterare la parità delle parti in materia di recesso. Conseguentemente è nullo per frode alla legge il patto che contempli, in aggiunta all'obbligo di pagare l'indennità di mancato preavviso, una clausola penale a carico del solo agente che non adempia l'obbligo di dare il preavviso". (Cass. 14 novembre 2006 n. 24274).

²⁷³ In particolare l'art. 15 della direttiva citata prevede che : "1. Se il contratto di agenzia è concluso a tempo indeterminato, ciascuna parte può recedervi mediante preavviso.

2. Il termine di preavviso è di un mese per il primo anno del contratto di agenzia, di due mesi per il secondo anno iniziato, di tre mesi per il terzo anno iniziato e per gli anni successivi. Le parti non possono concordare termini più brevi.

3. Gli Stati membri possono fissare a quattro mesi il termine di preavviso per il quarto anno, a cinque mesi per il quinto anno e a sei mesi per il sesto anno e per tutti gli anni successivi. Essi possono stabilire che le parti non possono concordare termini più brevi.

4. Se le parti concordano termini più lunghi di quelli di cui ai paragrafi 2 e 3 il termine di preavviso che deve rispettare il proponente non deve essere più breve di quello che deve rispettare l'agente commerciale.

5. A condizione che le parti non abbiano concordato diversamente, la fine del termine di preavviso deve coincidere con la fine di un mese civile.

6. Il presente articolo si applica ai contratti di agenzia a tempo determinato trasformati, in virtù dell'articolo 14, in contratti a tempo indeterminato, fermo restando che per calcolare il termine di preavviso si deve tener conto del termine precedente."

²⁷⁴ Art. 9 AEC commercio del 2009 e art. 10 AEC industria del 2002.

E' da notare che, a differenza di quanto previsto dall'art. 2118²⁷⁵, comma 2 cod. civ., nel contratto di agenzia non si richiama nessuna indennità sostitutiva del preavviso, ma essa è disciplinata dalla contrattazione collettiva di riferimento²⁷⁶.

I termini minimi previsti dall'art. 1750 c.c. sono applicabili per entrambe le parti, ma la contrattazione collettiva ha previsto ulteriori garanzie a seconda se l'agente sia pluri o monomandatario, e ciò in quanto, come riferito nel capitolo precedente, si è cercato di offrire maggior tutela alla parte maggiormente soggetta al potere economico del preponente, ossia il piccolo agente monomandatario.

Il preavviso nel rapporto di agenzia ha natura obbligatoria²⁷⁷ e quindi il recesso dal rapporto ha effetti immediati al momento della comunicazione, rendendo il preavviso, o l'indennità ad esso sostitutiva, unicamente un obbligo accessorio per il recedente di scegliere se monetizzare ovvero far lavorare il periodo di preavviso.

Gli AEC sia del commercio che dell'industria si sono adeguati alla disciplina codicistica vigente riformulando i termini del preavviso, che, tuttavia erano più lunghi negli accordi precedenti.

Tenuto conto del termine minimo previsto dalla norma citata e dai contratti collettivi, è interessante notare cosa succederebbe se, una volta comunicata l'intenzione di risolvere il rapporto da parte del recedente, l'altra parte

²⁷⁵ In merito all'applicazione dell'art. 2118 considerato quale risoluzione ordinaria simile a quella prevista per il contratto di agenzia, si richiama la disciplina dell'apprendistato professionalizzante, nel quale, è ammessa tale tipo di risoluzione in riferimento ad un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Da ultimo il c.d. T.U. (l. 167/2011) dell'apprendistato prevede all'art. 2 comma 1 lettera m) la *“possibilità per le parti di recedere dal contratto con preavviso decorrente dal termine del periodo di formazione ai sensi di quanto disposto dall'articolo 2118 del codice civile. Se nessuna delle parti esercita la facoltà di recesso al termine del periodo di formazione, il rapporto prosegue come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato”*.

²⁷⁶ In particolare per l'AEC Commercio del 2009 i termini di preavviso sono specificamente disciplinati dall'art. 11, mentre per l'AEC Industria vigente del 2002 all'art. 9.

²⁷⁷ Sull'efficacia e natura del preavviso cfr nota 169.

volesse recedere dalla prosecuzione del preavviso, ovvero se una clausola di tal fatta inserita nel contratto, possa considerarsi valida.

Chi scrive condivide la tesi di parte di quella dottrina che non ammette una la possibilità dalla parte che subisce la risoluzione di interrompere anticipatamente il rapporto, e questo in quanto sarebbe “*una arbitraria modifica unilaterale degli effetti della dichiarazione negoziale del recedente*”.²⁷⁸

Diversamente sono state ritenute valide, invece, le clausole collettive ed individuali che prevedano una simile facoltà²⁷⁹.

La possibilità di interrompere il preavviso prima della sua scadenza è stata considerata quale scelta negoziale *extra legem* e non *contra legem*, in quanto si è tenuto in considerazione il mancato interesse della parti alla prosecuzione del rapporto. L'interruzione anticipata è giustificata dalla consapevolezza delle parti stesse della possibilità di tale eventualità, essendo la clausola segnata in dal momento della stipulazione del contratto. La risoluzione del rapporto di agenzia è all'evidenza scevra dei vincoli imposti dalla disciplina dei licenziamenti per il lavoro subordinato così come indicati dalla l. 604 del 1966, e in particolare all'art. 2, nel quale viene prevista, pena inefficacia del recesso, la forma scritta del licenziamento.

Per la risoluzione del rapporto di agenzia il legislatore ha previsto, invece, la libertà di forma²⁸⁰, non disponendo una disciplina specifica sul punto ed ammettendo, quindi, non solo la possibilità di risolvere il rapporto di

²⁷⁸ TRIONI, op. cit., pag. 192. E ciò anche in considerazione di un affidamento che le parti fanno sullo svolgimento del rapporto, e quindi basarsi, per eventuali altre scelte sulla consapevolezza che in mancanza di clausole diverse le parti saranno sempre tenute al rispetto del preavviso ed in particolare dei termini minimi indicati.

²⁷⁹ Cass. 19 dicembre 1981 n. 6733 in *RIDL*, II, 751, nt PIRELLI.

²⁸⁰ Sul recesso nel contratto di agenzia si veda A. VENEZIA “ *La risoluzione ed il recesso nel contratto di agenzia*” in *Recesso e risoluzione nei contratti*, cur. G. DE NOVA, Milano 1994. Oltre a Cass. 4 dicembre 1989 n. 5322

agenzia oralmente, ma addirittura per fatti concludenti o mutuo consenso²⁸¹. Tuttavia affinché produca i suoi effetti in considerazione del fatto che si tratta di un atto recettizio, esso produrrà i suoi effetti unicamente al momento in cui la comunicazione del recesso sarà pervenuta all'indirizzo del destinatario sulla scorta delle disposizioni degli artt. 1334 e 1336 cod. civ.

Tale tipo di scioglimento del rapporto di agenzia, in assenza di alcun presupposto di legittimazione, può ben definirsi, quindi, un recesso ad *nutum*.

Un ulteriore tipo di recesso, che in qualche modo può incontrare difficoltà nella prassi, è quello posto in essere durante il periodo di prova.

Apporre un tale patto, infatti, frustrerebbe sia la disciplina prevista per il rapporto a termine sia a quella a tempo indeterminato, in particolare per il primo il prevedere una risoluzione anticipata rispetto alla scadenza del termine mentre per il secondo il mancato rispetto dei termini di preavviso previsti dall'art. 1750 c.c.

Nonostante tali problematiche, tuttavia la giurisprudenza²⁸² ha ammesso la legittimità di tale patto rilevando che esso non possa determinare una violazione di norme, quanto piuttosto una libera negoziazione fra le parti ammessa dall'art. 1341 cod. civ. che per la sua validità deve essere sottoscritta da entrambi i contraenti.

²⁸¹ Si intende per risoluzione per mutuo consenso del rapporto, ad esempio, il caso in cui il recedente paghi l'indennità di preavviso e questa venga dalla parte che ha subito la risoluzione accettata senza riserve. Tuttavia gli AEC di riferimento prevedono la forma scritta per la risoluzione del rapporto così come indicato all'art. 11 AEC commercio 2009 e art. 9 AEC Industria del 2002. Non essendo prevista dalla legge quale atto avente necessità di forma scritta *ad substantiam* essa dovrà sicuramente considerarsi quale inadempimento e quindi determinare l'invalidità dell'atto ma non la sua nullità. Ciò è evidente in quanto le parti sociali hanno imposto, almeno per quanto riguarda l'art. 10 dell'AEC commercio del 2002, che la forma scritta onerasse unicamente il proponente, palesando che la legittimità del recesso non fosse necessaria la forma ascritta

²⁸² Cass. 22 gennaio 1991 n. 544 in *GCiv.* 1991, I, p. 858, nt NOGLER ; TRIONI, op. cit., pag. 210 BALDI, op. cit. pag 316 e ss; contra SARACINI – TOFFOLETTO, op. cit., pag. 405.

Tuttavia il patto di prova inserito nel contratto di agenzia, benché corrisponda alla *ratio* di quella previsto per il contratto di lavoro subordinato di cui all'art. 2096 cod. civ.²⁸³, non può essere aprioristicamente equiparato ad esso è ciò per alcuni motivi.

Il primo, e forse il più rilevante, è la forma del patto. Sul punto è sufficiente affermare che l'art. 2096 cod. civ. prevede una forma *ad substantiam*, mentre il contratto di agenzia una *ad probationem*, in quanto riferibile alla forma prevista dall'art. 1742 cod. civ. per tutte le clausole del rapporto di agenzia ed in generale per il contratto di agenzia stesso.

Dal punto di vista sostanziale è evidente inoltre che il primo è codificato in norme inderogabili con termini stringenti disposti dai vari CCNL, mentre il secondo è una semplice obbligazione che lega le parti senza alcuna regolamentazione diversa da quella individuale.

Tuttavia, a chi scrive, pare che le distinzioni finiscano qui. E' evidente, infatti, che la finalità sottesa al patto di prova è quella di saggiare la rispettiva convenienza delle parti e l'interesse di esse alla prosecuzione del rapporto. Tale necessità è intrinsecamente propria dell'art. 2096 c.c.

L'analogia con le disposizione si ricava dalle pronunce giurisprudenziali²⁸⁴ le quali in ogni caso rinvergono in una scorretta applicazione della funzionalità del patto di prova un'elusione a norme imperative, come

²⁸³ La *Ratio* del patto di prova è pacifica e da ultimo è stata segnata anche da Cass. 5016 dell'11 marzo 2004 la quale ha affermato che il patto di prova mira a tutelare l'interesse dei contraenti a sperimentare la reciproca convenienza del contratto (conformi Cass. n. 27314 del 17 novembre 2008)

²⁸⁴ In caso di elusione della disciplina dei licenziamenti, la giurisprudenza ha sempre sanzionato con la nullità di cui all'art. 1418 cod. civ. in fatti con una oramai datata ma sempre attuale sentenza, la Cassazione ha avuto modo di affermare che il patto di prova apposto al contratto di lavoro mira a tutelare l'interesse dei contraenti a sperimentare la reciproca convenienza del contratto, sicché deve ritenersi illegittimamente apposto un patto in tal senso che non sia funzionale alla suddetta sperimentazione per essere questa già avvenuta con esito positivo nelle specifiche mansioni e per avere in precedenza il lavoratore prestatato per un congruo tempo la propria opera presso il datore di lavoro (Cass. n. 5016 dell'11 marzo 2004),.

possono essere quelle previste per la disciplina dei licenziamenti, ovvero i doveri di buona fede e correttezza²⁸⁵.

Quindi ciò che accomuna i due istituti è la loro funzione che, in caso di elusione, comporterà l'invalidità del patto stesso con l'immediata stabilizzazione del rapporto.

Infine, prima di affrontare quella che viene solitamente definita come risoluzione straordinaria del rapporto di agenzia, ovvero risoluzione per colpa, è necessario analizzare un'altra forma di risoluzione, ossia la risoluzione consensuale.

Essa è pacificamente ammessa ed avviene quando le parti raggiungono un accordo per la risoluzione del rapporto di agenzia. La forma scritta prevista dalla contrattazione collettiva in merito al recesso, non pare estensibile anche per la risoluzione consensuale, che è quindi ammissibile anche per mutuo consenso²⁸⁶.

Tuttavia, sebbene non si applichi il regime delle indennità di cui all'art. 1751 cod. civ., le parti saranno obbligata, nel caso lo abbiano inserito, al patto di non concorrenza previsto dall'art. 1751 bis cod. civ.

3.2)La risoluzione straordinaria

3.2.1) L'inadempimento e la clausola risolutiva espressa

²⁸⁵ TRIONI, op. cit. pag. 217, in cui l'autore parla della impossibilità di una analogia per il fatto che alle volte il periodo di prova è soggetto a periodi minimi necessari, prima dei quali non può intervenire il recesso. Ciò non è corretto, in quanto, a meno che non si tratti una vera e propria clausola di garanzia con le parti si vincolano a non risolvere il rapporto per un determinato periodo di tempo, niente vieta di risolvere il rapporto se le parti hanno avuto il tempo necessario per valutare il reciproco interesse. In ogni caso sarà la parte recedente a provare che il tempo era sufficiente per effettuare la prova in considerazione della complessità dell'attività su cui si era svolta la prova.

²⁸⁶ Sull'assenza di particolari vincoli di forma per tale tipo di risoluzione la giurisprudenza si è da tempo pronunciata cfr Cass. 16 agosto 2004 n. 15959 e Cass. 17 maggio 1993 n. 5583.

In caso di inadempimento di una delle due parti è pacificamente ammesso il ricorso alla disciplina della risoluzione per inadempimento indicata degli artt. 1453 e ss cod. civ.

Il concetto di inadempimento è quello proprio dell'art. 1218 cod.civ., in cui viene prevista, in sostanza, la possibilità di risolvere il rapporto obbligatorio da parte di una parte a causa del colpevole inadempimento dell'altra.

La risoluzione per inadempimento può essere richiesta immediatamente e giudizialmente ai sensi dell'art. 1453, ovvero può essere eseguita di fatto a seguito di una diffida ad adempiere ai sensi dell'art. 1454 cod. civ.²⁸⁷

Per quanto, invece concerne la quantificazione della gravità dell'inadempimento che permette la risoluzione del rapporto essa non può prescindere dalla disciplina dell'art. 1455 cod. civ. e dall'eventuale valutazione del giudice.

In ogni caso si dovrà tenere in considerazione l'interesse della parte adempiente nell'esecuzione della obbligazione da parte dell'inadempiente.

In particolare nel rapporto di agenzia, si dovrà tenere conto se l'inadempimento possa connaturare quel grave inadempimento tale da minare il rapporto fiduciario delle parti in relazione ai futuri adempimenti.

E' innegabile una equiparazione con il licenziamenti per giustificato motivo soggettivo nel rapporto di lavoro subordinato.

Anche in tale frangente è previsto un inadempimento del prestatore di lavoro che, benché non grave come la giusta causa, può incrinare il legame di fiducia tra le parti.

Il recesso del rapporto di lavoro individuale per giustificato motivo soggettivo è la conseguenza di un notevole inadempimento degli obblighi

²⁸⁷ Come è stato correttamente rilevato dal Trioni (pag. 195 op.cit.) nel primo caso sarà necessaria una sentenza costitutiva che con la pronuncia apporti modifiche alla sfera soggettiva delle parti, mentre nel secondo una sentenza dichiarativa, in quanto il giudice si limiterà ad accertare la bontà della condotta della parte risolvente.

contrattuali da parte del lavoratore ai sensi dell' art. 3 L. 604/66. La determinazione di tale nozione può trarsi facilmente, come detto, dall'art. 1455 c.c., la quale richiede, perché il contratto possa essere risolto, che l'inadempimento non abbia scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altro contraente.

La valutazione quantitativa dell'inadempimento, quindi, è essenziale per determinare se sussista la possibilità di una risoluzione per inadempimento, ovvero, come si vedrà, per giusta causa. Infatti, la differenza col giustificato motivo soggettivo è quantitativa: il giustificato motivo soggettivo è sempre un inadempimento, notevole, ma non tanto grave da imporre una cessazione immediata e che permette dunque la prosecuzione del rapporto anche se per il breve periodo del preavviso.

L'importanza dell'inadempimento è comunque determinato, per entrambi i rapporti sia dall'elemento oggettivo che soggettivo, ossia si dovrà considerare sia le conseguenze della condotta posta in essere dalla parte inadempiente sia l'intenzionalità.

Avendo, quindi rilevato, come l'applicabilità della disciplina dell'art. 1455 cod. civ. sia applicabile in caso di risoluzione per inadempimento sia per il rapporto di agenzia che per il rapporto di lavoro subordinato, è necessario sapere se al contratto di agenzia si possono apporre delle clausole specifiche di condotta che, in caso di inadempimento, possono determinare la risoluzione del rapporto.

In sostanza si è chiesto se all'interno del contratto di agenzia sia possibile introdurre le clausole risolutive espresse di cui all'art. 1456 cod. civ.

Tale possibilità è sempre stata accolta e mai contestata²⁸⁸.

²⁸⁸ I.L. NOCERA “ *Clausola risolutiva espressa e condizioni risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione* ” , nota a Cass. Civ. sez II, n. 18920 del 15 giugno 2009 in *La nuova giurispr. Civile commentata*, 2010, 3, p. 239 -248.

La clausola risolutiva espressa, in sostanza, svolge quel ruolo di preventiva valutazione che le parti danno ad un determinato comportamento al fine di determinarne la gravità, riducendo, quindi, i margini di valutazione del giudice in caso di contestazione²⁸⁹.

Se sulla determinatezza della condotta essa non riscontra alcun problema se non la capacità della parti di definire in maniera precisa l'inadempimento che si intende sanzionare con la risoluzione del rapporto, questioni sorgono circa la possibilità di prevedere la risoluzione del rapporto per cause di intensità ed importanza decisamente modeste.

Tali clausole, che possono essere apposte sia in contratti di agenzia a tempo determinato che a tempo indeterminato, potrebbero, appunto se inerenti a condotte di infima rilevanza, eludere la disciplina prevista per il contratto a tempo determinato e a tempo indeterminato²⁹⁰.

Solitamente, tali tipi di clausole sono ammesse, a meno che non si provi non tanto la gravità stessa della condotta, quanto piuttosto se essa non violi i principi di buona fede e correttezza²⁹¹.

Orbene, se l'obiettivo è all'evidenza assai arduo è necessario valutare se essa sia stata un'imposizione del solo preponente ovvero se la clausola sia stata accettata di buon grado, ovvero, mai contestata da parte dell'agente.

²⁸⁹ Più volte la giurisprudenza ha sanzionato con la dichiarazione di nullità della clausola risolutiva espressa la descrizione di inadempimenti generici e talmente generali da investire tutte le obbligazioni del contratto. Data l'indeterminatezza, la clausola risolutiva espressa è stata valutata alla stregua di una clausola di stile e quindi inadatta a determinare l'effettiva volontà delle parti contraenti. Tra le molte T. Milano Sez. Lavoro 12 agosto 2011 in *LNG*, 2011, 11, p. 1171; Cass. 27 gennaio 2009, n. 1950, in *G. Civ. Mass.*, 2009, 1, p. 124; Cass. 26 luglio 2002, n. 11055, in *G. Civ. Mass.*, 2002, p.1364; Cass. 6 aprile 2001, n. 5147, *ivi*, 2001, 732; Cass. 2 giugno 1990, n. 5169, *ivi*, 1990, fasc. 6; Trib. Salerno 19 maggio 2006, in *Dejure*, 2011; Trib. Roma 22 aprile 1994, in *G. Civ. Mass.*, 1994, fasc. 12, 203.

²⁹⁰ Nel primo caso verrebbe meno la garanzia di stabilità del rapporto, risolvibile prima unicamente per giusta causa o per grave inadempimento, mentre per il secondo la disciplina prevista per il periodo di preavviso.

²⁹¹ Si pensa, ad esempio, a al potere di inserire clausole per il raggiungimento minimo di un risultato vendite, ovvero a sanzionare anche condotte non inerenti l'attività lavorativa.

Infatti solo nel primo caso si potrebbe individuare una violazione del principio di buona fede in quanto la clausola imposta dal preponente ha quale unico fine quello di risolvere il rapporto con l'agente, mentre nel secondo caso tale principio non è violato, anzi la clausola a maggior validità in quanto, paradossalmente, sanzionatoria della facilità dell'agente a promettere risultati difficilmente realizzabili.

Ovviamente, in caso in cui l'agente volesse eccepire in sede di giudizio l'illegittimità dell'accordo esso sarà onerato ai sensi dell'art. 2697 cod. civ. di provare i fatti estintivi su cui la propria eccezione si fonda.

Ulteriori clausole risolutive invalide sono quelle che nasconde un potere meramente potestativo esercitabile unicamente dal mandante in maniera del tutto discrezionale, ovvero quelle in cui la clausola si riferisce a tutti i gli obblighi dell'agente punendo con la risoluzione qualsiasi inadempienza, senza alcuna distinzione di gravità.

Una volta verificatosi l'inadempimento oggetto della clausola risolutiva, la risoluzione del contratto in cui è inserita la clausola, benché si verifichi di diritto ai sensi dell'art. 1456 cod. civ., non avviene automaticamente. Infatti, essa è subordinata alla dichiarazione della parte non inadempiente di volersi avvalere della clausola medesima, comunicazione di carattere recettizio.

Ciò significa che nel tempo intercorrente tra l'inadempimento dell'obbligazione oggetto della clausola risolutiva e la risoluzione del contratto può aprirsi una fase di giuridica incertezza, nella quale il contratto non è risolto, ma la risoluzione può conseguire, in qualsiasi momento, ad un'iniziativa della parte interessata.

L'intervallo che intercorre dalla commissione del fatto alla comunicazione del recesso è dunque termine privo di una disciplina legale ovvero contrattuale.

Le parti, quindi, in considerazione della libertà ad essi concessa, possono sopperire a tale mancanza attraverso l'inserimento nel contratto di clausole specifiche in caso di attivazione della clausola risolutiva espressa. Per esempio con l'inserimento della previsione di un termine entro il quale, la parte non inadempiente, abbia l'onere di comunicare la propria volontà di avvalersi della clausola in oggetto.

A parere di chi scrive, la clausola risolutiva, benché non applicabile al rapporto di lavoro subordinato, in quanto le parti non possono indicare nel contratto individuale clausole risolutive ²⁹², l'indicazioni di fattispecie specifiche sulla base delle quali ammettere il recesso per giusta causa si possono individuare nella contrattazione collettiva.

Anche in tali accordi collettivi le parti, rappresentate dalle rispettive associazioni, considerano rilevanti determinate condotte tali da sanzionarle con la risoluzione del rapporto di lavoro sia con e che senza preavviso a seconda della gravità.

Tuttavia, tali fattispecie sono sempre state considerate indicative e mai tassative, in quanto la valutazione del rilevante inadempimento, in caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, è sempre soggetto alla valutazione del giudice che ne dovrà valutare il rilevante inadempimento.

Anche nel caso della clausola risolutiva espressa tale valutazione non è stata totalmente rimossa, in quanto non potendosi parlare di responsabilità oggettiva, la valutazione della colpa dovrà essere sempre ricercata giudizialmente ²⁹³.

²⁹² Si violerebbe l'inderogabilità della legge in tema di licenziamenti e di giusta causa. La Cassazione si è espressa affermando che *"nel rapporto di agenzia, a differenza del rapporto di lavoro subordinato, è consentita la predeterminazione consensuale dell'inadempimento, che legittima il recesso senza preavviso"* (Cass. 14 giugno 2002, n. 8607, in *Notiziario Giur. Lav.* 2003, 26).

²⁹³ Cass. n. 25743 del 10 dicembre 2007.

In conclusione, l'avvicinare la figura della clausola risolutiva espressa inserita nel contratto di agenzia con le fattispecie indicate nei vari CCNL non sembra essere così fuori luogo se si considerano come fattispecie di condotta a cui le parti hanno voluto attribuire una importanza maggiore rispetto ad altre forme di inadempimento. Tale rilevanza, tuttavia, non preclude comunque una valutazione giudiziale in merito non solo la buona fede della stessa clausola o fattispecie, ma anche la presenza della colpa ed anche l'incrinazione del vincolo fiduciario²⁹⁴.

3.2.2) La giusta causa

Come accennato nel paragrafo precedente, nel caso in cui l'inadempimento di una delle parti fosse di notevole rilevanza, la parte adempiente potrà recedere dal rapporto per giusta causa.

A fronte di tale inadempimento la parte adempiente potrà risolvere "in tronco" il rapporto senza dover rispettare il termine di preavviso²⁹⁵.

Per diverso tempo ci si è interrogati se i precetti previsti dall'art. 2119 c.c. potessero o meno essere riferiti anche al rapporto di agenzia rilevando l'importanza che tale norma dà al rapporto fiduciario tra le parti.

La giurisprudenza ha più volte acconsentito a tale equiparazione, mentre la dottrina ha avuto delle difficoltà²⁹⁶

Ultimamente, però, nonostante il contratto di agenzia sia diverso da quello del lavoro subordinato²⁹⁷, si è ritenuto che il concetto di giusta

²⁹⁴ Nel rapporto di lavoro, tuttavia, si è constatato come tale attribuzione al potere giudiziale di valutare la gravità dell'inadempimento, ovvero la presenza di una giusta causa, è stato osteggiato con il famoso art. 8 l. 148 del 2011 con cui si poteva derogare a notevoli discipline in tema di licenziamenti. Tuttavia, grazie all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, la portata dello stesso articolo 8 è stata di fatto disinnescata..

²⁹⁵ GHEZZI, op. cit., p. 198 e ss ; BALDI, op. cit., p. 240, CERAMI v "Agenzia (contratto di)" in Enc. Dirr., vol. 1, pag. 881.

²⁹⁶ GHEZZI, op. cit., pag. 191, TRIONI, op. cit. pagg. 199 e ss. ammettono tale tipo di equiparazione rigettata invece da TOFFOLETTO, op. cit., pag. 416 e ss.;

causa dell'art. 2119 c.c. “ può essere utilizzato per stabilire se lo scioglimento del contratto di agenzia sia avvenuto per un fatto imputabile all'agente, tale da precludere la possibilità di prosecuzione anche temporanea del rapporto”²⁹⁸.

La giusta causa sussiste “ in un fatto tale da porre in grave crisi l'elemento fiduciario” al punto da escludere la prosecuzione del rapporto persino temporanea. Ovviamente gli eventuali accertamenti sulla sussistenza o meno del presupposto della risoluzione è di competenza del giudice di merito.

Al fine di valutare l'importanza e la gravità dell'inadempimento si dovranno valutare sia l'elemento oggettivo che soggettivo della condotta posta in essere dalla parte inadempiente. L'inadempimento deve essere talmente grave da ledere l'interesse della parte adempiente alla prosecuzione del rapporto. A tal proposito, quindi, l'eventuale danno conseguente all'inadempimento, sebbene rilevante per una successiva e futura azione di risarcimento, non potrà avere ripercussioni nel rapporto obbligazionale.

²⁹⁷ Sulla possibile analogia con la disciplina della giusta cause di cui all'art. 2119 cod civ. la giurisprudenza è pressoché concorde nell'affermare che “ nel contratto di agenzia, pur nella sostanziale diversità delle rispettive prestazioni e della relativa configurazione giuridica, per stabilire se lo scioglimento del contratto stesso sia avvenuto o meno per un fatto imputabile al preponente o all'agente, tale da impedire la possibilità di prosecuzione anche temporanea del rapporto, può essere utilizzato per analogia il concetto di giusta causa di cui all'art. 2119 cod. civ., previsto per il lavoro subordinato; il giudizio sulla sussistenza di una giusta causa di recesso costituisce valutazione rimessa al giudice di merito e incensurabile in sede di legittimità ove sorretto da un accertamento sufficientemente specifico degli elementi di fatto e da corretti criteri di carattere generale ispiratori del giudizio di tipo valutativo”. Così Cass. Sez. III, 12 gennaio 2006, n. 422, più recentemente Cass. Sez. II, Sent., 05 maggio 2012, n. 11303.

²⁹⁸ BALDI, op. cit., pag. 314, in giurisprudenza si è affermato che “l'agente ha la facoltà di recedere “per giusta causa”, con effetto immediato e diritto all'indennità sostitutiva del preavviso, in caso di comportamenti del preponente che non consentano la prosecuzione anche temporanea del rapporto – secondo una disciplina corrispondente a quella dettata dall'art. 2119 c.c. per il lavoro subordinato – in applicazione dei principi generali in materia di recesso nei rapporti continuativi.” (Cass. 2 maggio 2000, n. 5467, in *Giust. Civ. Mass.* 2000, 912, *DG* 2000, f. 19, 27, in senso concorde, Cass. 16 marzo 2000, n. 3084).

Quindi, considerato l'elemento oggettivo importante, trattandosi comunque di fatti giuridici rilevanti, è necessario rilevare come ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento sarà necessario anche valutare l'elemento soggettivo, ossia la gradazione della colpa.

Di fatto la valutazione della colpa è imprescindibile per valutare se il vincolo fiduciario si sia concretamente dissolto ²⁹⁹.

Una valutazione di tal fatta, è richiesta, ovviamente, anche per la risoluzione del rapporto di lavoro subordinato, con l'unica eccezione che la valutazione dell'inadempimento, trattandosi di licenziamento per giusta causa, e quindi disciplinare³⁰⁰ affonda le proprie radici non tanto nell'art. 1455 cod. civ. quanto piuttosto nell'art. 2106 cod. civ. che qualifica la valutazione che dovrà affrontare il giudice non solo basandosi sull'interesse del creditore ma anche sulla proporzionalità e ragionevolezza della sanzione, dove la proporzionalità riguarda l'elemento quantitativo dell'inadempimento mentre la ragionevolezza concerne la valutazione dell'elemento psicologico dell'attore della condotta ³⁰¹.

Ulteriore elemento di analogia fra il rapporto di agenzia e quello subordinato in riferimento al recesso per giusta causa, riguarda la necessità

²⁹⁹ G. CASSANO " *I contratti di distribuzione, figure classiche e new economy* ", Milano, 2006, pag. 308 e ss. di rilievo le molte pronunce giurisprudenziali inserite da cui si rileva l'importanza dell'elemento soggettivo e l'affiancamento alla disciplina dell'art. 2119 cod. civ..

³⁰⁰ La giurisprudenza ha da lungo tempo accolto l'equiparazione fra licenziamento per giusta causa e licenziamento disciplinare dichiarando la natura ontologicamente disciplinare del licenziamento per giusta causa, tale definizione è stata fatta propria dalla Corte Costituzionale con la famosa sentenza n. 204 del 30 novembre 1982 ripresa più tardi anche dalla Corte di Cassazione riunita a Sezioni Unite del 26 aprile 1994, n. 3965.

³⁰¹ G. AMOROSO – V. DI CERBO – A MARESCA: " *Diritto del lavoro, lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*" Vol. II, Milano 2009, pag. 295 e ss. . Altresì, più volte la giurisprudenza ha confermato l'importanza di una valutazione complessiva della condotta del lavoratore affermando che "è illegittimo, per violazione del principio di proporzionalità, il licenziamento disciplinare nel quale la gravità dell'inadempimento non sia idoneo né sul piano oggettivo, ovvero sul piano della lesione effettiva o potenziale dell'interesse del datore di lavoro, né sul piano soggettivo, ovvero sul piano della colpa ascrivibile al lavoratore, ad elidere l'elemento fiduciario". (Corte App. Brescia 15 maggio 2003, Pres. Nora Est. Terzi, in *D&L* 2003, 776).; R. SCOGNAMIGLIO " *Diritto del lavoro* ", Roma- Bari, 2003, pagg. 292 – 293.

di una tempestiva contestazione dell'addebito a giustificazione della risoluzione stessa.

Tale necessità di una, benché sommaria, contestazione deriva, a parere di chi scrive, dal diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.

Tale teoria, mutuata dal procedimento disciplinare previsto dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori, si può correttamente applicare anche per la risoluzione per giusta causa nel rapporto di agenzia, in considerazione della accettata applicazione dell'art. 2119 cod. civ. per entrambi i rapporti³⁰².

Sebbene non venga espressamente indicato quale procedimento, nulla toglie che, visto il carattere accusatorio del recesso, ad esso si debbano comunque applicare le tutele previste dall'ordinamento.

Oltre ad essere necessaria una, seppur sommaria, contestazione dell'addebito³⁰³, la comunicazione deve essere effettuata anche con una certa urgenza e celerità. Caratteristica della risoluzione straordinaria per giusta causa è il fatto che l'obbligo di fermare, anche se in maniera sommaria, il fatto contestato sussiste unicamente per il preponente, che, in caso di giudizio sarà limitato a quanto scritto, mentre tale vincolo non sussiste nel caso in cui è l'agente a risolvere il rapporto³⁰⁴.

³⁰² Cass., 13 gennaio 2012, n. 393; Cass., 17 febbraio 2011, n. 3869; Cass., 10 ottobre 2005, n. 19678; App., Caltanissetta, 18 marzo 2006, Cass. 2 maggio 2000, n. 5467, in *I contratti*, 2000, 793, nt BALDI e VENEZIA; Cass. 18 marzo 1993, n. 3221, in *DePL*, 1993, p. 1400; C. App. Milano 4 dicembre 2003, in *RCDL*, 2004, 143; Trib. Firenze 23 ottobre 2001, *ivi*, 2002, 732. Contra Cass. 9 aprile 1992, n. 4337, in *I contratti*, 1993, 56.

³⁰³ "Nel contratto di agenzia, i motivi del recesso per giusta causa devono essere, necessariamente e imprescindibilmente, enunciati nella lettera di recesso da parte del preponente." (T. Grosseto 25 luglio 2007, Est. Ottati, in *LNG* 2008, 316)

³⁰⁴ F. BASENGHI "Contratto di agenzia e recesso per giusta causa", in *DePL*, 8, 2009, p. 492; in giurisprudenza evidente è stato il tentativo di un'equiparazione della disciplina dei licenziamenti per giusta causa alla risoluzione del rapporto di agenzia da parte del preponente, fra le prime Cass. 20 aprile 1999 n. 3898, che ha affermato che "Nel rapporto di agenzia, così come nel rapporto di lavoro subordinato, attesa l'analogia tra i due rapporti, entrambi fondanti sull'elemento fiduciario, la necessità di immediata, seppure sommaria, contestazione delle ragioni poste a base del recesso per giusta causa, con conseguente preclusione della successiva deduzione di fatti diversi da quelli contestati, opera solo con riferimento al recesso del preponente (o del datore di

Ovviamente tale differenza di trattamento è giustificata dal fatto che la giurisprudenza, al fine di tutelare la parte più debole, che nel rapporto di agenzia è riferibile unicamente al piccolo agente monomandatario, ha offerto le garanzie proprie della risoluzione del diritto del lavoro subordinato anche all'agente³⁰⁵.

In considerazione di quanto detto è evidente che la stessa giurisprudenza ha considerato essenziale che la comunicazione degli addebiti del preponente debba essere tempestiva³⁰⁶. Singolare a tal proposito che assieme al principio di tempestività sia stato considerato anche quello di tempestività relativa tipico anch'esso del rapporto di lavoro subordinato.

Tale principio ammette una dilazione del concetto di tempestività nel caso in cui colui che risolve il rapporto (il preponente) debba accertare i fatti³⁰⁷.

lavoro), mentre nessuna formalità di comunicazione delle relative ragioni è necessaria in caso di recesso per giusta causa dell'agente (o del lavoratore), con la conseguenza che, al fine di valutare la sussistenza della giusta causa del recesso (e perciò il diritto dell'agente all'indennità di mancato preavviso), può tenersi conto anche di comportamenti ulteriori rispetto a quelli eventualmente lamentati nell'atto di recesso". in Not. Giur. lav. , 1999, p. 462.

³⁰⁵ Cass. 28 marzo 2000, n. 3738; Cass. civ. 16 marzo 2000, n. 3084; Cass., 14 gennaio 1999, n. 368; Cass. 15 novembre 1997, n. 11376; Cass. 5 novembre 1997, n. 10852; Cass. 18 marzo 1993, n. 3221; Cass. 19 febbraio 1992, n. 2062; Cass. 6 aprile 1990, n. 2879; Cass. 4 novembre 1987, n. 8102; T. Modena, 17 dicembre 2004.

³⁰⁶ Fra le molte Cass. 16 dicembre 2004, n. 23455, di cui la massima: *"Il principio della necessità della contestazione immediata, sia pure sommaria, delle ragioni poste a base del recesso per giusta causa, con la conseguente preclusione di dedurre successivamente fatti diversi da quelli contestati, opera sia per il rapporto di lavoro subordinato che per quello di agenzia - data l'analogia dei due rapporti - ma in relazione solo al recesso del datore di lavoro o del preponente, mentre il recesso per giusta causa (con conseguente diritto all'indennità per mancato preavviso) del lavoratore o dell'agente non è invece condizionato ad alcuna formalità di comunicazione delle relative ragioni, sicché, a tal fine, può tenersi conto anche di comportamenti (del datore di lavoro o del preponente) ulteriori rispetto a quelli lamentati nell'atto di recesso (del lavoratore o dell'agente)"* in *Mass. Giur. It.*, 2004.

³⁰⁷ Sul principio di immediatezza relativa Cass. 21/12/00, n. 16050, pres. De Musis, in *OGL*. 2000, pag. 974; Cass. 8 gennaio 2001, n. 150, pres. Trezza, est. Balletti, in *Lav. e prev. Oggi*, 2001, p. 596; nel merito T. Milano 9 dicembre 2010, in *LNG*, 2011, p. 221, la quale ha affermato che *"Il requisito dell'immediatezza della sanzione deve intendersi in senso relativo, laddove l'accertamento dei fatti abbia richiesto uno spazio temporale maggiore o sia reso difficoltoso dall'organizzazione aziendale"*, confermando l'orientamento consolidato in dottrina e

Un ulteriore elemento da considerare in caso di recesso per giusta causa si ha nel caso in cui il preponente non intervenga subito, ovvero tolleri un determinato comportamento dell'agente.

A tal proposito la giurisprudenza si è espressa affermando che una iniziale tolleranza dei comportamenti inadempienti dell'agente non possa pregiudicare il potere di recedere per giusta causa, in specie qualora i comportamenti illegittimi continuino a diventare sempre più gravi ³⁰⁸.

Altrettanto degno di interesse è il fatto che il recesso per giusta causa può essere valido anche nel caso in cui vi sia un fatto che, non inerente al rapporto di agenzia, determini l'incrinatura del vincolo fiduciario. In sostanza è il solo fatto materiale che determina il mutamento dell'*animus* della parte. Nel caso del rapporto di agenzia può essere, ad esempio un'imputazione per truffa ³⁰⁹. In tal caso, il rapporto fiduciario viene leso da elementi esterni oggettivi che possono determinare il recesso per giusta causa. Anche in questo caso non si possono non prendere in considerazione le analogie con il rapporto di lavoro subordinato, in cui è presente esattamente il medesimo atteggiamento nei confronti di condotte, esterne al rapporto di lavoro, ma che comunque ne possono compromettere il vincolo fiduciario ³¹⁰.

giurisprudenza. Per il contratto di agenzia Cass. Sez. lavoro, 12 dicembre 2001, n. 15661e Cass. 20 agosto 1983 n. 5446

³⁰⁸ Cass. 16 dicembre 2004 n. 23455 cit., è innegabile il riferimento alla recidiva per il licenziamento disciplinare. Infatti, in tal caso, fatti precedentemente contestati a cui non è seguita alcuna sanzione, ovvero semplicemente dei fatti materiali possono rilevare nel loro complesso a determinare la giusta causa.

³⁰⁹ Cass. del 15 marzo 1978, n. 1312, in *MGL*, 1978, pag. 595, in cui la Suprema Corte individua un caso di responsabilità oggettiva non dipendente dal rapporto di agenzia, ossia l'imputazione di truffa.

³¹⁰ *"I comportamenti tenuti dal lavoratore nella sua vita privata, e quindi a maggior ragione quelli tenuti in un precedente rapporto di lavoro, assumono rilievo ai fini della configurabilità di una giusta causa di licenziamento, qualora siano di natura tale da far ritenere il dipendente inidoneo alla prosecuzione del rapporto e a far venire meno quella fiducia che costituisce presupposto essenziale del rapporto di lavoro"*. (T. Milano 30 ottobre 2008, in *LNG*, 2009, 1, p. 202)

D'altronde è evidente che, se presa nella propria interezza, la valutazione della gravità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 2119 cod. civ., pare decisamente necessario, una volta accolto tale presupposto, che si debba per forza mutuare alla formazione giurisprudenziale e dottrinale creatasi in proposito. Quindi, la violazione del vincolo fiduciario posto alla base del rapporto di agenzia, come in quello del rapporto di lavoro subordinato, è omnicomprensiva, ossia comprende tutti quei fatti che, sebbene non inerenti all'obbligazione principale, possano comunque alterare l'affidamento che una parte ripone nell'altra per il corretto e diligente svolgimento del rapporto contrattuale.

3.2.3) Risoluzione per impossibilità sopravvenuta

Il rapporto di agenzia, come qualsiasi altro contratto a prestazioni corrispettive, può essere risolto anche nel caso in cui una delle parti non possa, senza sua colpa, provvedere all'adempimento delle proprie obbligazioni.

In tal caso la parte che ha interesse nell'esecuzione può, ai sensi dell'art. 1463 cod. civ. risolvere il contratto.

Non vigendo nel rapporto di agenzia la disciplina propria dei licenziamenti così come regolato dalla legge 604 del 1966, il contratto di agenzia è quindi soggetto alla disciplina prevista per la risoluzione per “*impossibilità sopravvenuta*” di cui alla seconda sezione del libro IV del codice civile inerente la risoluzione dei contratti, così come visto anche per la risoluzione per inadempimento.

A tal punto, quindi, tale tipo di risoluzione può essere ammessa sia nei confronti del preponente che nei confronti dell'agente.

Dubbia, ovvero alquanto residuale, è la possibilità che l'impedimento possa impedire l'adempimento delle obbligazione del

preponente, in quanto la principale obbligazione che il preponente è quella, come visto, del pagamento delle provvigioni, e quindi sotto questo profilo è impossibile che ciò determini un impedimento in quanto *genus numquam perit*.

Altresì neanche cause esterne, ma temporanee, di impedimento alla produzione di beni oggetto del contratto di agenzia possono concretare l'impossibilità risolutiva di cui all'art. 1463 cod.civ. come ad esempio il ritiro della licenza ovvero uno sciopero, semmai questi eventi possono unicamente determinare una posizione di mora dell'agente che, se vorrà, potrà risolvere il rapporto ma per colpa del preponente avendo quindi diritto a tutte le indennità ad esso riconosciute.

Occorre fare una piccole riflessione, invece, nel caso di cessata attività del preponente ovvero per suo fallimento, ovvero per la liquidazione coatta.

Tali fattispecie ammettono che il preponente possa risolvere senza colpa, così come previsto anche dall'ultima parte dell'art. 2119 cod civ., il rapporto di agenzia pagando unicamente l'indennità di preavviso ma non le indennità sanzionatorie di cui all'art. 1751 cod. civ.

Diverse fattispecie, invece, sono disciplinate per la risoluzione per impossibilità sopravvenuta dell'agente.

Infatti l'impossibilità di svolgere una funzione infungibile da parte dell'agente avrà quale conseguenza la risoluzione automatica del rapporto.

I casi in cui tale risoluzione si configura sono: il decesso del piccolo agente, la sua invalidità totale e permanente, oppure la perdita dei requisiti professionali prescritti per l'esercizio della professione di agente³¹¹.

³¹¹ Ovviamente la risoluzione automatica per impossibilità sopravvenuta avviene anche nei casi in cui tale tipo di impedimento sia stato causato per comportamento colpevole dell'agente, con la possibilità in ogni caso di richieder eil risarcimento da parte del preponente.

Se tuttavia l'impossibilità non è totale e permanente si può parlare quindi di invalidità sopravvenuta parziale.

Non potendosi applicare le disposizioni di cui all'art. 2110 cod. civ. per il rapporto di lavoro subordinato, il quale prevede espressamente il mantenimento del posto di lavoro e della relativa retribuzione per il periodo c.d. di comparto, l'unica regola che può disciplinare la situazione morbigena è quella prevista dall'art. 1464 cod. civ. che prevede, appunto, l'impossibilità parziale e dalla contrattazione collettiva se da essa prevista.

In particolare, per quanto concerne il piccolo agente, che, come detto, è la figura più assimilabile al lavoratore subordinato, la contrattazione collettiva ha previsto un periodo di tolleranza ed una procedura indennitaria attraverso l'intervento dell'Enasarco.

Ancora una volta la necessità di offrire una maggiore tutela attraverso una disciplina specifica al piccolo agente che in qualche modo richiama la precedente disciplina dei contratti a progetto³¹², e l'esigenza di offrire maggior tutela a quelle forme di simil-subordinazione che altrimenti, con un puro contratto autonomo, non sarebbero garantite.

In particolare i principali AEC dell'industria e del commercio prevedono, rispettivamente agli art. 9 AEC Commercio e art. 12 AEC Industria, non solo un termine di sospensione del rapporto di agenzia per almeno sei mesi con la garanzia di non risolvere il rapporto, ma anche una stipulazione di un contratto di assicurazione direttamente con l'Enasarco in caso di infortunio o malattia prolungata, a carico del preponente.

³¹² Di particolare interesse è il possibile riferimento agli articoli 66 e 67 del d.lgs 276/2003 così come modificato dalla l. 92/2012, in considerazione della possibilità di risolvere *ante tempus* il rapporto a progetto per giusta causa e per impossibilità sopravvenuta, e quindi un recesso motivato, e la possibilità in caso di degenza, non solo di una sospensione del termine, ma anche ad una indennità erogata in proporzione dall'INPS.

Tale assicurazione è obbligatoria per gli agenti che esercitano individualmente l'attività ovvero per le società di persone dove i soci sono illimitatamente responsabili.

Benché, come detto l'art. 2110 cod civ, non sia applicabile al rapporto di agenzia, è pur sempre rilevante notare come in ogni caso si è cercato di tutelare con strumenti diversi ma che raggiungessero risultati simili a quelli previsti dal rapporto di lavoro subordinato, il piccolo agente individuale.

Di fatto l'accordo assicurativo che deve legare il mandante con l'Enasarco in caso di malattia ed infortunio rievoca il contratto assicurativo che lega il datore di lavoro all'INAIL.

In entrambi i casi vi è un unico istituti di riferimento e l'assicurazione è obbligatoria. Altresì l'AEC prevede specifici risarcimenti in relazione all'invalidità dell'agente richiamando, nel caso dell'AEC commercio anche le tabelle Inail in riferimento alla percentuale di invalidità.

3.2.4) La risoluzione anticipata del rapporto di agenzia a tempo determinato

Infine, è necessario analizzare se il rapporto di agenzia a tempo determinato possa essere interrotto anticipatamente e per quali motivi.

Sulla possibilità di una risoluzione anticipata del contratto a termine è pacifico in dottrina che esso possa essere risolto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 e seguenti del codice civile³¹³, ovvero per giusta causa.

Tuttavia sarà la parte che ha subito il recesso, nel caso in cui non fosse sussistente un inadempimento, provare l'insussistenza dei motivi

³¹³ Per constatare la rilevanza dell'inadempimento così come prevista dall'art. 1455 c.c. si dovrà sempre tenere conto dell'interesse della parte che intende risolvere il rapporto dell'interesse dello svolgimento dell'obbligazione.

addotti per la risoluzione anticipata, così da poter addebitare all'altro contraente la responsabilità della risoluzione ed ottenere il relativo risarcimento.

Il criterio del risarcimento, tuttavia, varia se l'inadempiente sia l'agente o il preponente.

Il criterio individuato dalla giurisprudenza nel primo caso prevede che all'agente devono essere risarcite le provvigioni che presumibilmente avrebbe ottenuto se avesse continuato a lavorare fino alla scadenza del termine, attraverso una media con quelle in precedenza ottenute³¹⁴.

Essendo l'attività di agente soggetta a periodi di maggiore o minore attività di incasso, al fine di evitare speculazioni ovvero al fine anche di tutelare maggiormente l'agente, la valutazione del danno dovrà essere sempre eseguita con equità, tenendo da conto il tipo di attività svolta dall'agente³¹⁵.

Il risarcimento, se provato l'inadempimento dell'agente, è pieno e non può essere dedotto il quanto percepito da ulteriori entrate da altri preponenti se l'agente è un plurimandatario. Ciò non si applica, invece, per l'agente c.d. monomandatario, ovvero per l'agente che abbia prestato attività per un preponente concorrente³¹⁶.

³¹⁴ Sul motivo del risarcimento la Suprema Corte si è così espressa: *“Ai fini della condanna generica al risarcimento del danno, sia essa oggetto di autonomo giudizio, ovvero di quello che prosegue per la determinazione del "quantum", è sufficiente l'esistenza potenziale del danno - in base ad un accertamento anche di probabilità o di verosimiglianza - che dovrà poi essere determinato, o anche escluso dal giudice della liquidazione. Pertanto, il recesso dal contratto di agenzia, in mancanza di giusta causa, giustifica la condanna generica al risarcimento del danno, indipendentemente dal concreto accertamento di uno specifico pregiudizio patrimoniale, posto che l'anticipato scioglimento del rapporto è di per sé un evento potenzialmente generatore di danno, avendo turbato e compromesso le aspettative economiche della parte adempiente, anche se, in ipotesi, fatti specifici di violazione contrattuale non abbiano prodotto direttamente alcun pregiudizio patrimoniale al contraente incolpevole”*. (Cass. 17 aprile 2003, n. 6190, in *LNG*, 2003, p. 875 ed in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 6, 139).

³¹⁵ Chiaro è che se l'agente assunto a termine faccia un'attività di ricerca per il primo periodo non avrà alcun riferimento per il calcolo del risarcimento, mentre è necessario sapere se l'attività materiale di promozione si sia di fatto concretata nella stipulazione dei contratti, e quindi su quelli eseguire la quantificazione del danno.

³¹⁶ Cass. 619 04 aprile 2003 cit. nt. Precedente.

Tale disciplina richiama quella prevista dal d.lgs 368 del 2001 in merito alla risoluzione anticipata del datore di lavoro in assenza di giusta causa ovvero di giustificato motivo.

Tuttavia se la disciplina del danno emergente e lucro cessante di cui all'art. 1223 cod. civ. è stata di fatta propria per il calcolo di entrambi i rapporti³¹⁷, diverse sono le derive. Infatti nel rapporto di lavoro subordinato non è possibile applicare per la valutazione del danno il criterio equitativo, possibilità ammessa nel rapporto di agenzia, ed è invece ammessa la prassi della decurtazione dell'*aliundem perceptum*, ossia la possibilità di riduzione del danno in caso in cui il lavoratore abbia trovato un'altra occupazione³¹⁸, non ammessa, come visto, per l'agente a meno che esso non sia un monomandatario o abbia lavorato per un preponente concorrente³¹⁹.

In caso di inadempimento dell'agente, il preponente, nel caso ritenesse di dover intraprendere un'azione di risarcimento, dovrà provare il danno subito dall'inadempimento dell'agente, danni che dovranno essere conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dello stesso agente.

Ovviamente, in questo caso, la valutazione del danno è particolarmente difficile, in quanto non è detto che il preponente abbia subito un danno diretto, come un semplice calo di fatturato dovuto alla risoluzione del rapporto, ma esso deve essere valutato in riferimento a tutti

³¹⁷ Ovviamente si fa riferimento alla normativa precedente all'entrata in vigore della legge 183 del 2010, ed alla successive modificazioni. Tuttavia il carattere onnicomprensivo ed indennitario è stato attenuato dalla famosa sentenza della corte Costituzionale n. 303 del 16 novembre 2011 in cui la quantificazione legale comprendeva lo spazio intercorrente dal termine del contratto fino alla sentenza, poi intervengono i criteri generali di quantificazione del danno da inadempimento.

³¹⁸ Non è possibile, invece, dedurre dall'eventuale calcolo del danno quanto percepito dal lavoratore a titolo di indennità di disoccupazione, o quale altra indennità percepita da enti previdenziali o di assistenza.

³¹⁹ Anche in questo caso la figura dell'agente monomandatario, solitamente il piccolo agente, si avvicina alla figura del lavoratore subordinato, mentre il secondo caso, invece, si percepisce come un atteggiamento sanzionatorio per la violazione dei doveri di buona fede e correttezza.

gli elementi che possono far insorgere un qualsiasi tipo di danno a carico del preponente per l'(in)attività dell'agente³²⁰.

³²⁰ Si pensi, d esempio, al fatto che l'agente faccia perdere credibilità ovvero riduca la il portafoglio clienti per disaffezione dei clienti.

Capitolo quarto

4.L'indennità al termine del rapporto di agenzia

4.1) L'indennità di cessazione del rapporto : evoluzione normativa

La storia dell'indennità di risoluzione del rapporto di agenzia ha le proprie radici sin dai primi accordi collettivi che ne prevedevano l'esistenza.

In particolare l'AEC del commercio del 25 maggio 1935 dedica buona parte del proprio articolato a disciplinare l'indennità dedicando 7 dei 18 articoli.

Dalla lettura degli articoli dell'AEC del 1935 è evidente che tale indennità spettasse ad ogni agente in caso di risoluzione del rapporto, indicando in via tassativa, unicamente i casi in cui essa non spettava³²¹, a differenza di quanto accade oggi in cui, per la sussistenza della stessa, debbono ricorrere, come vedremo a breve, due presupposti positivi e tre negativi³²².

Altresì, l'accordo economico prevedeva l'ammontare di tale indennità al 3% delle provvigioni annue che l'agente aveva ottenuto durante la vigenza del rapporto³²³.

L'accordo prevede la possibilità di estensione della disciplina anche agli agenti a tempo determinato a patto che il contratto sia stato rinnovato per un periodo superiore all'anno³²⁴.

³²¹ L'articolo 7 dell'accordo prevedeva unicamente i seguenti casi di esclusione dell'indennità ossia a seguito :

a) della cessazione d'azienda o del ramo di attività (escluse quindi le cessioni, fusioni, trasformazioni, creazioni o partecipazioni a uffici e società centrali di vendita);

b) della giusta causa data dall'agente;

c) del fallimento della ditta non seguita da concordato" (Per qualche riflessione in più si rimanda

a VENEZIA -BALDI *op. cit.*, pagg. 330 e ss.)

³²² Cfr *Infra*

³²³ art. 8 Aec 1935 Commercio.

³²⁴ All'articolo 15 dell'accordo si afferma che : “ Nel caso in cui un contratto a tempo determinato sia stipulato con durata non superiore ad un anno e venga rinnovato per lo stesso periodo di tempo, il periodo eccedente il primo anno si considera a tempo indeterminato agli effetti della indennità di cui all'art. 7”.

Il successivo accordo del 1938 sviluppa, nello specifico, l'indennità di risoluzione del rapporto. In particolare, dopo aver regolato il preavviso³²⁵, la disciplina convenzionale riduce in qualche modo la portata dell'indennità affermando che essa può spettare solo nel caso in cui la risoluzione non sia dipesa da colpa dell'agente³²⁶.

La quantificazione dell'indennità rimane ferma, anche per questo AEC al 3 % delle provvigioni³²⁷ percepite dall'agente durante la propria attività, tuttavia il medesimo AEC prevede una percentuale differente nel caso in cui l'agente sia qualificabile come mono plurimandatario.

Le parti sociali ed il legislatore, che comunque ha ratificato l'accordo con il decreto del capo di governo n. 1784 del 1938, hanno voluto accentuare in tal maniera quel *favor* riferito all'agente che sarà, anche se non chiaramente espresso, il filo rosso che distinguerà la disciplina dell'agente imprenditore dal lavoratore parasubordinato, di cui si è parlato nei capitoli precedenti.

L'indennità è prevista, come nell'accordo del 1935, anche nel caso di scioglimento per impossibilità totale sopravvenuta dell'agente.

Innovativo, invece, è la costituzione dell'E.N.F.A.S.A.R.CO.³²⁸

Con la costituzione dell'ente previdenziale fascista di assistenza per gli agenti di commercio, a cui tutti i preponenti dovevano obbligatoriamente iscriverne i propri agenti, si forma in sostanza un fondo previdenziale per gli agenti in seno allo stesso Istituto.

L'indennità doveva essere versata presso un fondo apposito costituito presso l'E.N.F.A.S.A.R.C.O.

³²⁵ L'art. 7 dell'accordo lo prevede per un periodo massimo di tre mesi, termine indennizzabile in via economica.

³²⁶ Così l'*incipit* del'art. 8.

³²⁷ Intese in senso stretto, quindi ne sono esclusi rimborsi di spese e qualsiasi altro tipo di emolumento non riferibile alla percentuale dovuta per gli affari conclusi per merito dell'agente.

³²⁸ Divenuto, successivamente, l'ENASARCO

La disciplina è specificata nell'art. 12 dell'accordo ratificato prevedendo, appunto, che il preponente debba versare all'Ente un contributo pari al 3% delle provvigioni, con dei limiti quantitativi individuabili a seconda che l'agente sia pluri o monomandatario, pari importo doveva essere versato dall'agente.

Tuttavia, in caso di risoluzione del contratto addebitabile all'agente, la parte versata dal preponente poteva essere rimborsata dal medesimo Istituto.

La prima codificazione dell'art. 1751 cod. civ. non apporta sostanziali modifiche a quanto già indicato dalla disciplina precodificistica se non per l'eliminazione dei massimali dell'indennità stessa, indicata nei precedenti accordi.

E' stato notato³²⁹, correttamente, come in effetti la disciplina della risoluzione del rapporto di agenzia si avvicinasse sensibilmente alla disciplina del trattamento di fine rapporto prevista per il rapporto di lavoro subordinato così come previsto dal precedente articolo 2120 cod. civ.

D'altronde, sia il legislatore che le parti sociali, non potevano in forza del *favor* da sempre riconosciuto alla parte debole del rapporto, che rivolgere lo sguardo alla regolamentazione più garantista, ossia quella prevista per il rapporto di lavoro subordinato.

Ma oltre a ciò un'ulteriore analogia è il fatto che il trattamento di fine rapporto nel lavoro subordinato non era previsto se il dipendente si fosse dimesso ovvero fosse stato licenziato per sua colpa.

Una notevole novità viene introdotta dai successivi accordi collettivi del 1956³³⁰ nel settore industria in cui presso l'ENASARCO veniva costituito

³²⁹ TRIONI, *Il contratto di agenzia*, op.cit. pag. 214 e ss e prima GHEZZI, *Il contratto di agenzia*, op. cit. pag. 185 e ss.

³³⁰ Artt. 9 e 20 AEC Industria.

il fondi di indennità di fine rapporto (FIRR)³³¹, fondo separato rispetto a quello previsto per il versamento dei contributi.

Una tale distinzione si avrà anche nella contrattazione economica del settore commercio ma a partire dal 1970 .

Nel periodo garantista³³² del diritto del lavoro, ossia successivamente ai primi anni del 1970, oltre allo sviluppo della disciplina del lavoro dipendente, notevoli novità sono state introdotte anche per la risoluzione del rapporto di agenzia, dove l'indennità di risoluzione del rapporto di agenzia doveva comunque essere pagata in ogni caso senza alcuna valutazione della colpa³³³.

Solo con gli accordi successivi è stata introdotta quella che poi sarà l'indennità suppletiva di clientela, di carattere non premiale come invece sarà l'indennità meritocratica, ma bensì di carattere sanzionatorio per chi recede senza alcun presupposto valido ossia per colpa della controparte o per impossibilità.

Evidente è l'equiparazione con la disciplina dei licenziamenti di cui alla L. 604 del 1966 e del trattamento di fine rapporto di cui all'art. 2120 cod. civ., che in sostanza è retta fino ad oggi nonostante le modifiche apportate dall'applicazione della direttiva Cee del 1986, dai decreti attuativi e correttivi, dagli accordi ponte del 1992 e dagli AEC di diritto privato successivi³³⁴.

³³¹ Più specificamente al capitolo 5.

³³² R. DE LUCA TAMAJO “ *Gli anni '70 dai fasti del garantismo al diritto dell'emergenza*”, pagg. 79 e ss, in “*Il diritto del lavoro nell'età repubblicana*”, Curr. P. ICHINO, Milano 2008.

³³³ Modifica apportata dalla legge 911 del 1971, composta da un solo articolo.

³³⁴ Per un maggior approfondimento in merito all'evoluzione della normativa si veda M. MISCIONE , “*l'indennità di cessazione del rapporto di agenzia dopo la normativa comunitaria*”, in LNG, 1998,1001 e ss

4.2) Gli elementi ed i presupposti dell'indennità di risoluzione del rapporto di agenzia nella disciplina odierna

In merito alla disciplina dell'indennità di risoluzione del rapporto di agenzia ai sensi dell'art. 1751 cod. civ. importanti cambiamenti sono stati apportati a seguito della più volte accennata direttiva Cee n. 653 del 18 dicembre 1986.

Come indicato al primo capitolo in merito alle fonti del contratto di agenzia, si è detto come tale direttiva avesse quale fine quello di offrire agli Stati consociati una disciplina comune.

Il modello offerto dalla direttiva era duale, ossia permetteva agli stati aderenti di applicare ai sensi dell'art. 17 due diverse forme per l'erogazione dell'indennità: uno di stampo francese³³⁵ ed uno di stampo tedesco³³⁶

La sostanziale differenza intercorrente fra i due regimi è il fatto che l'orientamento tedesco configurava la somma data a causa della risoluzione del rapporto di agenzia quale indennità, mentre l'orientamento francese un risarcimento³³⁷.

Come indicato in precedenza, il legislatore italiano al momento della redazione di un provvedimento di adeguamento³³⁸ ha preferito seguire l'orientamento tedesco³³⁹ rubricando l'articolo, appunto, quale "indennità" di risoluzione.

³³⁵ Indicato nell'art. 3 del *Decret* del 23 dicembre 1958, n. 1345.

³³⁶ Indicato dal § 89 b dell'*HGB*.

³³⁷ *L'incipit* dell'art. 17 della direttiva citata, infatti, afferma che gli stati membri devono disciplinare al momento della risoluzione del rapporto di agenzia o "un'indennità" o "la riparazione del danno subito", lasciando allo Stato membro, quindi, la possibilità se qualificare la somma dovuta quale risarcimento o indennizzo.

³³⁸ D.lgs 303 del 10 settembre 1991

³³⁹ Più premiale rispetto a quello francese in quanto l'indennità potrà essere concessa solo per l'agente che avrà portato dei concreti vantaggi al preponente. Tuttavia, se formalmente si fa riferimento alla all'indennità e non al risarcimento, dalla lettura dell'art. 1751 c.c. la disciplina presenta anche rinvii a una forma di risarcimento. Questi elementi sono essenzialmente individuabili nell'addebito della responsabilità nel caso di risoluzione, cosa che non dovrebbe essere presente se la disciplina regolasse un'automatica indennità premiale. In sostanza

Analizzando la direttiva, ed in particolare gli articoli 17 e 18, sulla base dei quali il nostro legislatore ha formulato, o meglio riformulato, l'art. 1751 cod. civ., è possibile riscontrare come l'indennità possa essere erogata nel caso in cui vengano rispettati determinati presupposti, due positivi e tre negativi.

L'art. 17 citato recita : *“L'agente commerciale ha diritto ad un'indennità se e nella misura in cui:*

- *abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente abbia ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari con tali clienti;*
- *il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente commerciale perde e che risultano dagli affari con tali clienti.”*³⁴⁰

Un immediato riscontro si ha nell'articolo 1751 cod. civ. vigente in cui si legge che *“ All'atto della cessazione del rapporto, il preponente è tenuto a corrispondere all'agente un'indennità se ricorrono le seguenti condizioni:*

l'agente abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente riceva ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari con tali clienti;il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente perde e che risultano dagli affari con tali clienti.”

Quindi il primo presupposto “positivo” consiste nell'aver procurato al preponente nuovi clienti e che il preponente riceva da questi ultimi “sostanziali vantaggi” anche dopo la risoluzione del rapporto.

l'individuazione di una responsabilità determina che la somma versata deve essere pagata in compensazione di una perdita economica subita dall'agente.

³⁴⁰ Al fine della quantificazione dell'indennità, tema ostico, la direttiva fa riferimento anche alla possibilità di introdurre un patto di non concorrenza recepito dal nostro legislatore all'art. 1751 bis di cui si parlerà nei paragrafi seguenti.

La norma, e prima ancora la direttiva, non indicano alcun limite quantitativo sui nuovi clienti che l'agente debba aver procurato al preponente per poter chiedere l'indennità, così come è alquanto generica sui "sostanziali vantaggi" postumi.

Le difficoltà dell'agente nel provare il primo presupposto, quindi, non si limitano solo ad individuare correttamente i nuovi clienti ma anche a provare i sostanziali vantaggi che il preponente tragga ancora da questi ultimi.

Infatti, come si può facilmente dedurre anche dalla sola prassi nei tribunali, i sostanziali vantaggi si potranno valutare trascorso del tempo dalla risoluzione.

Ma se si legge il combinato disposto della norma si può ragionevolmente affermare che i sostanziali vantaggi che derivano dai nuovi clienti non sono altro che la permanenza degli stessi anche a seguito della risoluzione del rapporto con l'agente.

In altre parole, se l'agente non fosse legato dal patto di non concorrenza di cui all'art. 1751 bis cod.civ. (di cui si parlerà in seguito) l'individuazione dei sostanziali benefici permanenti in capo al preponente è essenzialmente la possibilità di poter trattare con i nuovi clienti procurati dall'agente.

Tuttavia è stato affermato anche dalla giurisprudenza che tali vantaggi possono essere vari e non necessariamente soggetti ad una valutazione economica ³⁴¹.

³⁴¹ Così Cass. 14 febbraio 2006 n. 3196 "Allo scioglimento del contratto, la relativa indennità prevista in favore dell'agente dall'art. 1751 c.c. spetta anche al sub-agente, in virtù dei sostanziali vantaggi che il preponente-agente continua a ricevere dagli affari procuratigli anche dopo la cessazione del rapporto, che possono consistere in vantaggi futuri di ogni genere, compresi quelli che l'agente consegua nell'ambito della chiusura dei conti relativi al rapporto di agenzia, o dalla società preponente o direttamente dall'agente di pari livello che gli subentra, tenuto conto del fatto che il portafoglio della sub-agenzia confluisce in quello dell'agenzia", in *LNG* 2006, 8, pag. 811.

Il secondo presupposto direttamente collegato al primo richiama la quantificazione dell'indennità, "evocando" il criterio dell'equità³⁴².

Ovviamente tale criterio nella sua genericità dovrà tenere in considerazione essenzialmente la perdita economica subita dall'agente in relazione anche alla qualità e quantità dei clienti.

In passato, e cioè nel testo previgente al decreto correttivo del 1999, i due criteri erano alternativi, quindi, in sostanza, così come ricordato, non adeguando la norma nazionale alla direttiva europea che voleva, come nel regime tedesco, rendere tale indennità premiale.

Successivamente all'intervento legislativo n. 65 del 1999 che ha modificato la congiunzione "o" in "e", rendendo quindi i presupposti concorrenti e non più alternativi, ad oggi si ritiene pacifica la sussistenza di entrambi i criteri per poter concedere l'erogazione dell'indennità.

L'art. 1751 cod. civ., altresì, sempre in pieno accordo con la direttiva³⁴³ afferma che l'indennità può essere concessa a patto che non vi siano degli elementi impeditivi come, la risoluzione del preponente per colpa dell'agente, la risoluzione dell'agente per colpa del preponente ovvero per

³⁴² In merito al criterio equitativo è stato affermato che tale criterio non possa essere concepito quale equità sostanziale bensì quale equità processuale che ha finalità correttive in relazione al quantum. In altre parole mentre la prima permette al giudice di scegliere liberamente quale disciplina applicare fra quella convenzionale e quella legale (cfr *infra*), mentre la seconda la c.d. equità del caso singolo, permette al giudice, una volta provati i presupposti e valutate tutte le circostanze del caso concreto di quantificare correttamente il dovuto (fra i molti A. TAMPIERI, *L'indennità di fine rapporto nel contratto di agenzia tra antinomie, principio di favore ed equità correttiva*, in Studi in onore di Tiziano Trau, II, Napoli, 2011 pagg. 991 e ss, G. TRIONI, op. cit., pag. 219, F. TOFFOLETTO, "Il contratto di agenzia", in TrattCM, Milano, 2008, 253).

³⁴³ In questo caso la seconda parte dell'art. 1751 ripropone quanto indicato dall'art. 18 della direttiva che recita: "*L'indennità di cui all'art. 17 non è dovuta: a) quando il preponente risolve il contratto per un'inadempimento imputabile all'agente commerciale, la quale giustifichi, in virtù della legislazione nazionale, la risoluzione immediata del contratto;*
b) quando l'agente commerciale recede dal contratto, a meno che il recesso sia giustificato da circostanze attribuibili al preponente o da circostanze attribuibili all'agente commerciale: età, infermità o malattia per le quali non può più essergli ragionevolmente chiesta la prosecuzione dell'attività;
c) quando, ai sensi di un accordo con il preponente, l'agente commerciale cede ad un terzo i diritti e gli obblighi che ha in virtù del contratto d'agenzia."

assenza di elementi oggettivi che possano ridurre, o eliminare totalmente, la capacità lavorativa dell'agente ed infine quando l'agente abbia ceduto a terzi diritti ed obblighi che ha in virtù del contratto da agenzia.

Per quanto riguarda la prima condizione ostativa non si può non richiamare quanto detto al capitolo precedente in merito al recesso per colpa ed al richiamo indiretto all'art. 2119 cod.civ.

In merito al tipo di inadempimento, d'altronde, è la stessa direttiva che invita gli Stati consociati ad individuare all'interno della propria legislazione naturale quelle norme che possano giustificare "la risoluzione immediata del contratto".

Orbene, come detto in precedenza, il legislatore italiano non poteva fare altro che volgere la sua attenzione all'art. 2119 cod. civ. che a differenza dell'art. 1455 cod. civ. presuppone la risoluzione in tronco del contratto per inadempimenti gravi.

Con il riferimento all'art. 2119 cod civ. comunque si vuole far rilevare che la risoluzione non dipende da un semplice inadempimento ma da un inadempimento tale da minare il vincolo fiduciario fra le parti, elemento quest'ultimo essenziale nel rapporto di lavoro in cui in cui l'aspetto personale ossia dell'affidamento basato sull'*intuitu personae* è essenziale.

Tuttavia il legislatore italiano, pur non essendo obbligato a considerare la risoluzione di cui all'art. 2119 cod. civ.³⁴⁴, ha ritenuto di equiparare le figure in considerazione delle innegabili analogie intercorrenti con i due diversi tipi di rapporti.

Il secondo elemento impeditivo per cui l'indennità non può essere concessa è il fatto che l'agente risolva il rapporto volontariamente e senza poter attribuire addebiti al preponente.

³⁴⁴ V. BALDI, "Il contratto di agenzia. La concessione ...", op. cit. pagg. 274 e ss.

Infatti l'articolo 1751 cod. civ. prevede che l'indennità può essere concessa anche se a risolvere il rapporto sia stato l'agente a patto che il motivo del recesso sia dovuta per "*circostanze attribuibili al preponente*". Il legislatore europeo, e di conseguenza quello italiano, non hanno voluto restringere la possibilità di un recesso da parte dell'agente unicamente ad inadempimenti del preponente³⁴⁵, ma a generiche circostanze.

Orbene, in considerazione di quanto già detto per il primo presupposto l'agente potrà recedere dal rapporto non solo per un grave inadempimento, così come individuabile per il preponente, ma in generale da circostanza gravi, tali da non permettere la prosecuzione del rapporto.

Anche in questo caso, quindi, ciò che si è voluto rilevare è la possibilità che il vincolo fiduciario, proprio perché basato sull'*intuitio personae* possa incrinarsi non solo per aspetti prettamente inerenti al mero adempimento ma anche a circostanze che possano incrinare l'affidamento e la fiducia che una parte riversa nell'altra.

Per quanto riguarda la seconda parte della lett. B del 4° comma dell'art. 1751 cod. civ. il legislatore afferma che l'indennità spetta anche nel caso in cui la risoluzione avvenga ad opera dell'agente, ma che questa sia dovuta per circostanza che non permettono "ragionevolmente" la prosecuzione dell'attività come ad esempio l'età, la malattia o l'infermità.

Tale tipo di impossibilità non può essere equiparata all'impossibilità sopravvenuta di cui agli articoli 1463 e seguenti del cod. civ. in quanto con il termine "ragionevolmente" si conferisce discrezionalità alla valutazione dell'impossibilità.

Con ciò quindi viene ampliata la sfera del concetto di impossibilità che non solo deve essere oggettiva, e quindi incolpevole e non volontaria, ma che

³⁴⁵ Che in sostanza si ridurrebbero al mancato o ritardato pagamento delle provvigioni così come previsto dall'art. 1749 cod. civ.

può “ragionevolmente” riferirsi a tutte quelle circostanze che possano rendere eccessivamente gravosa ovvero difficoltosa l’esecuzione della prestazione.

Infine occorre rilevare come i casi descritti quali l’età, l’infermità, la malattia o la morte³⁴⁶ siano solamente esemplificativi e non tassativi.

La terza condizione impeditiva riguarda la possibile cessione del contratto da parte dell’agente a terzi ai sensi dell’art. 1406 cod. civ.

Alcuni autori hanno intravisto in questa condizione impeditiva il fatto che la cessione sia avvenuta a titolo oneroso e che quindi l’agente abbia già monetizzato il portafoglio ceduto al cessionario³⁴⁷.

A chi scrive tale motivazione pare sufficiente ma non completa, infatti la cessione, sebbene debba essere approvata dal preponente, pone in sostanza l’agente nella posizione di pseudo-preponente potendo affidare il medesimo incarico prima da lui svolto ad un terzo.

E’ evidente che, ritenendo l’indennità quale ristoro per la perdita di un diritto, essa possa solamente rivolgersi a fatti non volontari dell’agente come, il recesso da parte del preponente non legittimata da colpa dell’agente ovvero per fatti che non rendono proseguibile il rapporto, ma non sicuramente per volontà unica dell’agente, come nel caso della cessione del contratto.

Oltre a ciò si deve considerare che il rapporto non si estingue ma vengono unicamente cambiati i soggetti, ed in particolare dal lato passivo, ciò comporta quindi che non si possa parlare di una cessazione del rapporto, che in sostanza non viene risolto.

³⁴⁶ Particolari perplessità possono riscontrarsi se si applica questa norma anche alle società individuando nello scioglimento della stessa il “decesso” della persona giuridica. Tuttavia l’indennità non pare soddisfare le circostanze impeditive, infatti esse devono essere incolpevoli e non volontarie. La chiusura di una società è un atto volontario e quindi non incolpevole.

³⁴⁷ Così BALDI, *ult. op. cit.* pag. 275 e TRIONI *ult. op. cit.* pag. 223

Se per l'individuazione dei presupposti la norma è di per sé sufficiente, la stessa non offre chiari e precisi criteri per la quantificazione della stessa indennità, ma pone unicamente un tetto massimo pari all'annualità della media delle provvigioni ottenute negli ultimi 5 anni, ovvero negli anni in cui il rapporto di agenzia era in vigore, così da offrire al giudice la possibilità di quantificarla secondo equità.

Questa lacuna è stata additata da parte da alcuni autori come impossibilità dell'applicazione dell'intera norma³⁴⁸, tuttavia non si condivide tale tesi, in quanto sebbene non vi siano criteri specifici di calcolo questi possono sempre essere dedotti o dalla contrattazione sia individuale che collettiva, o dalla prassi. In ogni caso tutti gli strumenti utilizzati potranno essere ammessi unicamente sotto l'egida dell'equità.

Tale criterio, d'altronde, viene ammesso dal nostro stesso legislatore ogniqualvolta non vi siano fonti legali a determinare specificamente il danno³⁴⁹.

In parziale soluzione della lacuna è intervenuta la Commissione delle Comunità europee che ha proposto un metodo che potesse suggerire agli Stati associati una strada da seguire³⁵⁰.

³⁴⁸ F. BORTOLOTTI - MOSCA, *la nuova disciplina dell'agente commerciale*, Padova, 1999 pag. 399.

³⁴⁹ Nel rapporto di lavoro subordinato un classico esempio è quello previsto per l'art. 2110 cod.

civ.

³⁵⁰ La Commissione attraverso la relazione di applicazione dell'art. 17 della direttiva n. 856 ha redatto un complicato protocollo di valutazione di tutti i presupposti per poi eseguire il calcolo definitivo. Per completezza si riportano le modalità di calcolo Relazione sull'applicazione dell'articolo 17 della direttiva relativa al coordinamento dei diritti degli stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti del 23 luglio 1996. Fasi:

1) Calcolo numero dei nuovi clienti e lo sviluppo degli affari con i clienti esistenti, calcolo della relativa provvigione lorda per gli ultimi 12 mesi del contratto di agenzia, stima (calcolata in termini di anni) della probabile durata futura dei vantaggi che deriveranno al preponente dagli affari con i nuovi clienti e con i clienti esistenti con i quali si sono sensibilmente sviluppati gli affari. Successivo pronostico sulla durata probabile degli affari. Il calcolo dell'indennità nelle indicazioni comunitarie Sviluppata gli affari Successivo pronostico sulla durata probabile degli affari svolti con la nuova clientela e con quella intensificata del tasso di migrazione (in percentuale su base annua e sarà ricavato con riferimento all'esperienza dell'agenzia in questione. 2) La cifra potrà essere corretta per equità a favore dell'agente. Detrazione dei seguenti fattori: (a) esistenza di vincoli di monomandato; eventuali colpe dell'agente; livello di retribuzione dell'agente modificato

Tuttavia nei tribunali italiani la procedura consigliata dalla Commissione non ha trovato terreno fertile, e ciò in considerazione dell'evidente complessità del calcolo e dell'alternativa applicazione della contrattazione collettiva³⁵¹, che offre metodi più semplici e pratici.

Infine, la norma non è omnicomprensiva di ogni eventuale pretesa che possa avanzare l'agente in merito alla cessazione del rapporto ma unicamente per quanto concerne l'interruzione dello stesso, il che comporta che, nel caso fossero lesi ulteriori diritti anche contestualmente alla risoluzione del rapporto questi possono essere risarciti³⁵².

L'azione per la richiesta dell'indennità decade entro un anno se l'agente non comunica la propria intenzione di richiederne il pagamento³⁵³.

4.3)Rapporti fra AEC e legge

Il rapporto di agenzia offre un caso emblematico della concorrenza di più fonti di diritto. Il momento in cui tale concorrenza mostra la sua criticità maggiore è il momento terminale, ossia la cessazione del rapporto con la conseguente indennità.

dal preponente ; ampiezza dei vantaggi derivati al preponente; esistenza di clausole limitazione degli scambi commerciali 3) Raffronto della cifra complessiva ricavata nella fase 1 e 2 con il massimo previsto nell'articolo 17, par. 2, lettera b) della Direttiva Direttiva 86/653/CEE. Questa previsione prevede che l'importo dell'indennità non superi una cifra equivalente ad Il calcolo dell'indennità nelle indicazioni comunitarie dell'indennità non superi una cifra equivalente ad un'indennità annua calcolata sulla base della media annuale delle retribuzioni riscosse dall'agente commerciale negli ultimi 5 anni, o se il contratto risale a meno di cinque anni, sulla media del periodo in questione.

³⁵¹ Cfr *infra*.

³⁵² Un classico esempio, in analogia con il rapporto di lavoro subordinato, è la possibilità del risarcimento del danno nel caso in cui il recesso sia avvenuto in maniera tale da offendere o ledere la dignità dell'agente. In tal caso lo stesso in virtù dell'art. 2043 c.c. potrà chiedere un ulteriore risarcimento per il diritto violato. Per il rapporti di agenzia si veda Cass. Sez. Lav. n. 9426 del 10 aprile 200; per il rapporto di lavoro subordinato fra le molte Cass., sez. lav. N. n.. 24794 del 7 dicembre 2010.

³⁵³ Le problematiche in merito agli aspetti procedurali, anche in merito all'entrata in vigore del c.d. collegato lavoro e della c.d. riforma Fornero che impongono stretti regimi decadenziali, verranno trattate al capitolo 6 del presente elaborato.

La scelta della fonte da applicare nel caso di indennità da risoluzione del rapporto non è univoca, in considerazione dei vari criteri concorrenti tra loro, utilizzabili dal giudice nel caso di risoluzione di una controversia.

Di fatti, ciò che complica la scelta delle norme da applicare non è lasciato ai generali criteri, come quello gerarchico o di specialità, ma anche al principio del *favor*³⁵⁴ e a quello dell'equità, che permettono al giudice di essere più libero nella scelta della disciplina da applicare.

Come ricordato, il problema dell'applicazione dell'art. 1751 cod. civ. prima della riforma del 1991 non sussisteva, in quanto l'indennità veniva equiparata al trattamento di fine rapporto ai sensi dell'art. 2120 cod. civ. per il lavoratore subordinato e quindi la stessa veniva sempre erogata indipendentemente dalle modalità e dalla risoluzione del rapporto.

Era rilasciata alle parti sociali, attraverso la contrattazione collettiva la possibilità della quantificazione e della "titolazione" dell'indennità.

Le parti sociali, forse prendendo spunto anche della nuova legislazione in tema di risoluzione del rapporto di lavoro subordinato, avevano, con i primi anni '70³⁵⁵, suddiviso l'indennità in due parti una sempre concessa³⁵⁶, mentre un'altra³⁵⁷ concessa unicamente in caso di sussistenza di determinate condizioni³⁵⁸.

La direttiva del 1986, come ricordato, è intervenuta per dare all'indennità di risoluzione del rapporto di agenzia un connotato di tipo meritocratico, prendendo spunto dalla disciplina tedesca.

³⁵⁴ In considerazione dell'impianto normativo orientato alla tutela del contraente più debole, che in ultima analisi è l'agente. Sulle problematiche aperte si veda anche G. IANNIRUBERTO " *Problemi aperti in tema di indennità di cessazione nel rapporto di agenzia*", in *MassGL*, 2009, pagg. 100 e

SS

³⁵⁵ AEC Commercio del 1972

³⁵⁶ La parte riferita al FIRR

³⁵⁷ La c.d. indennità di clientela

³⁵⁸ Come ricordato in precedenza le condizioni previste dagli AEC attribuiscono queste condizioni in caso in cui la risoluzione non sia avvenuta per colpa dell'agente.

Dopo l'intervento del legislatore del 1991 con la legge 303 e del successivo decreto correttivo del 1999 n. 65, l'indennità prevista dall'art. 1751 cod. civ. poteva essere concessa solamente nel caso fossero rispettate determinate condizioni positive e negative³⁵⁹.

La norma, così modificata, eliminava qualsiasi possibilità dell'agente, che avesse subito il recesso, di ottenere in ogni caso un'indennità, dovendo far concorrere con la mancanza di colpa anche l'aspetto meritocratico dell'attività dell'agente.

La norma pone unicamente un limite massimo alla quantificazione dell'indennità pari alla media delle provvigioni che l'agente ha maturato negli ultimi 5 anni di attività.

La parti sociali, adeguandosi alla modifica della disciplina, hanno espressamente rinviato alla "corretta applicazione" dell'art. 1751 cod. civ. in sede di calcolo dell'indennità (anche se sarebbe più corretto far riferimento a più indennità)³⁶⁰.

Tuttavia la disciplina convenzionale, pur facendo riferimento alla normativa nazionale, prevede un regime di indennità tripartitico in cui sono previsti,

³⁵⁹ Cfr paragrafo precedente

³⁶⁰ L'art. 12 AEC Commercio del 2009 recita "Con la presente normativa le parti intendono dare piena ed esaustiva applicazione all'art. 1751 Codice Civile, anche in riferimento alle previsioni dell'art. 17 della Direttiva CEE 86/653, individuando modalità e criteri applicativi. Particolarmente per quanto attiene alla determinazione in concreto della misura dell'indennità in caso di cessazione del rapporto", parimenti l'art. 10 dell'AEC industria del 2002 "Con la presente normativa le parti intendono dare piena ed esaustiva applicazione all'art.1751 cod. civ. anche in riferimento alle previsioni dell' art. 17 della Direttiva CEE n. 86/653, individuando con funzione suppletiva modalità e criteri applicativi, particolarmente per quanto attiene alla determinazione in concreto della misura dell'indennità in caso di cessazione del rapporto, e introducendo nel contempo condizioni di miglior favore per gli agenti e rappresentanti di commercio, sia per quanto riguarda i requisiti per il riconoscimento dell'indennità, sia per ciò che attiene al limite massimo dell'indennità, stabilito dal terzo comma del predetto art. 1751 cod. civ".

Si è ravvisato in questo esplicito riferimento alla normativa un tentativo delle parti sociali di evitare una potenziale dichiarazione di illegittimità per contrasto a norme imperative (Cosi TAMPIERI, op. ult. cit., pag. 983), tale rinvio, tuttavia solamente formale non ha apportato nessun sostanziale modifica al regime previgente, inserendo, unicamente una terza parte dell'indennità, ossia quella meritocratica (F.BESENGLI, *l'indennità di cessazione del rapporto di agenzia al vaglio della corte di giustizia*, in DRI, 2006, 3, pag. 892. E M. MISCIONE *l'indennità di cessazione...* cit.)

per l'appunto, tre "emolumenti": i) l'indennità di risoluzione del rapporto; ii) l'indennità suppletiva della clientela; iii) l'indennità meritocratica.

Molto sinteticamente, la prima è calcolata al 3% sulla base delle provvigioni maturate e versate dal preponente al FIRR; la seconda, di carattere sanzionatorio, è erogato in caso di risoluzione del rapporto per colpa del preponente e per fatti oggettivi che rendono "ragionevolmente" onerosa la prosecuzione dell'attività dell'agente calcolata sulla base delle provvigioni maturate negli anni di attività con incidenza che varia dal 3 al 4 % in base agli anni di lavoro; la terza concessa nel caso in cui l'agente abbia procurato nuovi clienti ed il preponente tragga da essi sostanziali benefici. Per la quantificazione della somma la contrattazione collettiva offre dei semplici calcoli applicati normalmente nella prassi, tuttavia la somma dovrà essere inferiore o pari alla differenza che ci sarà fra il massimo previsto dalla legge e la somma dell'indennità di risoluzione e l'indennità suppletiva della clientela.

L'antinomia fra la norma legale e quella convenzionale è evidente, la prima premia con una indennità solamente meritocratica l'attività dell'agente a cui è stato risolto il rapporto senza sua colpa, la seconda, invece, sarà sempre inferiore nella sua quantificazione in quanto l'aspetto meritocratico riguarda solo parzialmente l'intera indennità.

Come detto in precedenza, l'ammissione di una derogazione *in melius* intervenuta da accordi tra le parti, e quindi riferibili anche alla contrattazione collettiva, se le stesse parti lo richiamino all'interno del contratto individuale³⁶¹.

Orbene, l'individuazione del *favor* ossia di quale disciplina sia più favorevole all'agente, in termini qualitativi e quantitativi, sarà il discrimen

³⁶¹ Ciò è prevista dal penultimo comma dell'art. 1751 cod civ. in cui si legge "Le disposizioni di cui al presente articolo sono inderogabili a svantaggio dell'agente".

rispetto alla scelta del giudice che si troverà di volta in volta costretto a valutare nel caso concreto quale sia effettivamente la disciplina migliore.

Le tesi che si scontrano sono essenzialmente due, ossia quella che valuta aprioristicamente la convenienza teorica di una disciplina rispetto all'altra, la seconda, più pragmatica, che valuta il *favor* solo in relazione al singolo caso concreto.

Parte della giurisprudenza³⁶² ha considerato, sulla scorta di una valutazione aprioristica *ex ante*, sempre più favorevole la disciplina convenzionale a quella legale, soprattutto dopo le correzioni del 1999. Ciò in considerazione del fatto che vi sarebbe non solo da un punto di vista sostanziale un deciso vantaggio per l'agente che, indipendentemente dall'attività svolta, ottenga comunque un'indennità, sollevandolo da valutazioni discrezionali o eccessivamente gravose, oltre al fatto di rendere l'aspetto probatorio più leggero.

La valutazione, ovviamente, viene eseguita su un caso teorico in cui l'agente non sia riuscito a ottenere, ovvero a fornire la prova dei sostanziali benefici dei nuovi clienti acquisiti.

Altra parte della giurisprudenza³⁶³, in un'ottica più pragmatica, ha invece ritenuto che la valutazione sulla disciplina da applicare dovrà essere valutata *ex post*, in base alle allegazioni provate dall'agente.

In altre parole, se l'agente avrà sufficientemente provato il proprio merito e la somma liquidabile è maggiore rispetto a quella prevista dagli AEC, il giudice applicherà l'art. 1751 cod. civ., nel caso contrario, invece il giudice applicherà la disciplina convenzionale limitatamente alle prove offerte dall'agente su cui grava l'*onus probandi* di cui all'art. 2697 cod. civ.

³⁶² Cass. 30 agosto 2000, n. 11402, in LNG, 2001, 349, Cass. Lav. 27 marzo 2004, n. 6162, Cass. n. 2383, 15 febbraio 2004, Trib. Napoli Sez. lavoro, 19 gennaio 2006, Cass. Lav. 20 dicembre 2002, n. 18203.

³⁶³ Cass. 29 luglio 2002, n. 11189; Cass. 21 ottobre 2003, n. 15726; Cass. 3 ottobre 2006 n. 21309; Cass. 3 ottobre 2006, n. 21301 Cass., 23 agosto 2007, n. 17951.

Le due tesi hanno dei rispettivi pregi: per la tesi *ex ante* il pregio è quello di rispondere correttamente ad una valutazione del *favor* tale da evitare qualsiasi possibilità di declaratoria di invalidità della contrattazione collettiva; la tesi *ex post* ha il vantaggio di rispondere meglio al caso concreto³⁶⁴.

Tuttavia, da un punto di vista strettamente giuridico non si può che condividere la tesi di una valutazione *ex ante* in quanto, trattandosi di una valutazione di fonti, questa deve essere eseguita aprioristicamente in via del tutto astratta, rispondendo ad un'esigenza tipica della norma che per sua natura è astratta e generale³⁶⁵.

Tale tipo di tesi, in effetti, è stata quella prevalente in giurisprudenza.

L'orientamento così creatosi ha subito, tuttavia, una notevole sollecitazione dalla sentenza della Corte di giustizia europea C-465/04 del 23 marzo 2006³⁶⁶.

Il punto cruciale della sentenza, che non ha preso in considerazione gli AEC successivi al 1992, e quindi si è limitata a pronunciarsi su questi ultimi, è il seguente: *“l'indennità di cessazione del rapporto che risulta dall'applicazione dell'art. 17, n. 2, della direttiva non può essere sostituita, in applicazione di un accordo collettivo, da un'indennità determinata secondo criteri diversi da quelli fissati da quest'ultima disposizione a meno che non sia provato che l'applicazione di tale accordo garantisce, in ogni caso, all'agente commerciale un'indennità pari o superiore a quella che risulterebbe dall'applicazione della detta disposizione”*.

³⁶⁴ TAMPIERI *op. cit.* pag. 987, anche se rimane l'arduo compito all'agente di eccepire con dei calcoli analitici la disciplina che garantirà all'agente un'indennità superiore.

³⁶⁵ MISCIONE *op. cit.* pag. 1016.

³⁶⁶ Fra i molti commenti A. PALMIERI, *Cessazione del rapporto di agenzia e diritti sanciti dalla normativa comunitaria: inammissibilità di deroghe patrizie astrattamente peggiorative anche per un solo agente (nota a Corte Giustizia CE, sez. I, 23 marzo 2006, n. C-465/04; Corte Giustizia CE, sez. I, 16 marzo 2006, n. C-3/04)*, in *Foro it.*, 11, 4, c. 574.

E' stato notato che la decisione presa dalla Corte di giustizia non è stata chiarificatrice³⁶⁷ in quanto, se sembra da una parte avallare la tesi di una valutazione *ex ante*, in realtà sostiene la tesi opposta, ossia quella *ex post*. Ciò in quanto solo una valutazione *ex post* potrà “*sempre*” garantire individuazione della disciplina più favorevole all'agente³⁶⁸.

Dalla corretta applicazione del principio di diritto segnato nella sentenza, la giurisprudenza di legittimità ha propeso per la tesi secondo cui il raffronto tra la disciplina comunitaria e le norme degli accordi collettivi deve essere svolto in base ad un criterio che individui in concreto ed “*ex post*” la disciplina più favorevole all'agente³⁶⁹.

L'arresto della Corte Europea sembrava aver messo un punto definitivo sulla controversa applicabilità delle norme convenzionali in materia di indennità di fine rapporto e sulla diversa disciplina dettata dall'art. 1751 c.c. quale traduzione nel diritto italiano della direttiva comunitaria³⁷⁰.

Se non ché, detto principio non è rimasto incontrovertito, perché altre pronunce hanno inteso interpretare in modo diverso la pronuncia della Corte di Giustizia.

³⁶⁷ TAMPIERI, op. cit., pag. 988

³⁶⁸ A tal fine è stato preso ad esempio un agente monomandatario inserito per lo start up di una rete commerciale a cui è stato risolto il rapporto al primo anno di attività. E' stato ipotizzato che tale agente avesse predisposto ed acquisito tutti i clienti del preponente nella zona di interesse e che questi clienti rimanessero stabili presso il preponente. E' evidente che se si applicasse la disciplina convenzionale, l'aspetto premiale sarebbe mortificato ad una percentuale residuale dell'indennità, che in qualche modo premia la stabilità dell'attività più che la qualità, con la conseguenza di non poter “*sempre*” garantire il “*favor*” previsto per la posizione dell'agente.

³⁶⁹ Tra le molte, oltre al giudice remittente che ha confermato il principio enunciato dalla Corte di giustizia Europea con la sentenza n. 21039 del 3 ottobre 2006 Cass. 3 ottobre 2006 n. 21039; Cass. 3 ottobre 2006, n. 21301; Cass. n. 23966 del 2008 e Cass. n.15203 del 2010.

³⁷⁰ Secondo una lettura restrittiva della sentenza, quindi, si seguirebbe quella parte della dottrina che affermava che l'applicazione dell'art. 1751 cod. civ., essendo più favorevole, renderebbe inefficaci le disposizioni contenute negli accordi economici collettivi, i quali risulterebbero incompatibili con l'impianto introdotto dalla direttiva CEE (cfr. T. Bolzano, 30 marzo 2007, n.138, T. Pistoia, 2 febbraio .2007; T. Vicenza, 25 gennaio 2007; T. Trento, 29 gennaio 2007; T. Milano, 31 ottobre 2006; in dottrina V. BALDI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2001, 265 ss.; SARACINI-TOFFOLETTO, *il contratto d'agenzia*, in Comm. codice civile dirr. SCHLESINGER-BUSNELLI, Milano, 1996, 502).

Secondo alcune sentenze di merito, infatti, la sentenza della Corte di Giustizia va interpretata nel senso di un obbligo di valutazione ex ante rivolta non al singolo agente ma all'intera categoria. Cosicché le disposizioni contenute negli Accordi Collettivi, prevedendo l'erogazione automatica dell'indennità di clientela e del F.I.R.R., e cioè senza le condizioni poste dall'art. 1751 (meritevolezza ed equità), comporterebbero sempre un trattamento più favorevole e dunque prevarrebbero sulla norma prevista dal codice³⁷¹.

La giurisprudenza ha quindi individuato nell'automaticità dell'indennità e dell'esiguo onere probatorio offerto dalla contrattazione collettiva quel vantaggio che "sempre garantisce all'agente una disciplina di maggior favore".

Tale distorsione ed in conseguenza incertezza della fonte normativa da applicare è sostanzialmente dovuta all'eccessiva genericità della norma legale e soprattutto al criterio equitativo, che in sostanza ridona libertà al giudice in merito alla valutazione dei presupposti sui quali poter definire una disciplina più favorevole rispetto ad un'altra³⁷².

Tuttavia, il concetto di equità, intesa come "equità del caso singolo", che permette al giudice di valutare tutti le circostanze del caso concreto al fine di quantificare correttamente l'indennità, richiama quel principio di retribuzione equa, utilizzata dai giudici in caso di corretta quantificazione della retribuzione, utilizzata ai sensi dell'art. 36 Cost. che non pare così distante da quanto fino ad ora detto.

³⁷¹ Corte d'Appello di Cagliari 12 aprile 2006, n. 136; Tribunale di Ravenna 13 luglio 2006; Corte d'Appello di Milano, 31 ottobre 2006

³⁷² Sul fatto che la disciplina convenzionale trova a tutt'oggi riscontro nelle pronunce dei tribunali, si veda C.App. Venezia Sez. Lav. N. 857 del 12 marzo 2012, in cui la Corte ha ritenuto di confermare la condanna della mandante al pagamento alle indennità di cui all'AEC vigente, in quanto la stessa "*pacificamente si pone come indennità alternativa a quella ex art.1751 c.c. e prescinde dalla "meritevolezza" produttiva, richiedendo solo che lo scioglimento del rapporto ad iniziativa della mandante sia avvenuto per fatto non imputabile all'agente*", in quanto in mancanza di ciò l'agente non avrebbe ottenuto nulla.

4.4) Il patto di non concorrenza

Un'ulteriore indennità viene concessa all'agente qualora questi sottoscriva al momento della stipulazione del contratto di agenzia il c.d. patto di non concorrenza.

La disciplina vigente del patto di non concorrenza nel contratto di agenzia, è stata introdotta dall'articolo 5 del Dlgs 303/1991, in attuazione dell'articolo 20 della direttiva comunitaria 86/653³⁷³, ed è integrato dalla comunitaria n. 422 del 2000 che ha previsto che il patto di non concorrenza sia subordinato alla corresponsione di uno specifico corrispettivo a titolo di indennità.

Il patto di non concorrenza previsto per il rapporto di agenzia è concorrente, nel nostro ordinamento, ad altre due discipline simili³⁷⁴, ossia: quella prevista dall'art. 2596 cod. civ., per gli imprenditori, quella di cui all'art. 2125 cod. civ., ben più rigida e garantista per lavoro e dipendente, ed infine quello di cui all'art. 1751 bis. tipico del contratto di agenzia.

In considerazione di quanto detto nella parte precedente e del *favor* legislativo riconosciuto alla parte più debole del contratto, è possibile affermare che il patto di non concorrenza di cui all'art. 1751 bis ben si può

³⁷³ L'articolo citato recita "Ai fini della presente direttiva la Convenzione che stabilisce una limitazione dell'attività professionale dell'agente commerciale dopo l'estinzione del contratto, è denominata patto di non concorrenza.

2. Un patto di non concorrenza è valido solo nella misura in cui:

a) sia stipulato per iscritto;

b) riguardi il settore geografico o il gruppo di persone e il settore geografico affidati all'agente commerciale, nonché le merci di cui l'agente commerciale aveva la rappresentanza ai sensi del contratto.

3. Il patto di non concorrenza è valido solo per un periodo massimo di due anni dopo l'estinzione del contratto.

4. Il presente articolo lascia impregiudicate le disposizioni di diritto nazionale che apportano altre restrizioni alla validità o all'applicabilità dei patti di non concorrenza o prevedono che i tribunali possano attenuare le obbligazioni delle parti risultanti da tali accordi."

³⁷⁴ TRIONI, op. cit., pag. 241 e ss.

avvicinare a quello previsto per il lavoratore subordinato e non invece a quello intercorso fra imprenditori³⁷⁵.

Come per il patto di cui all'art. 2125 cod. civ. il patto di non concorrenza dell'agente è soggetto a limiti quantitativi e temporali.

L'articolo 1751 bis cod. civ. pone una limitazione contenutistica al patto di non concorrenza, il quale deve fare espresso riferimento alla medesima zona, clientela e genere di beni o servizi, per il quale era stato concluso il contratto di agenzia.

Il patto, pertanto, dovrà ritenersi nullo quando la zona³⁷⁶ indicata sia più ampia di quella ove l'agente svolgeva la sua attività durante l'esecuzione del contratto, oppure quando i prodotti menzionati siano diversi o ulteriori nel genere rispetto a quelli che l'agente aveva l'impegno di promuovere.

La durata del patto di non concorrenza è fissata nel limite massimo di due anni dal giorno in cui è avvenuta l'estinzione del rapporto contrattuale tra preponente e l'agente.

L'articolo 1751 bis, tuttavia, non prevede l'automatica riduzione del termine a quello di due anni indicato dal legislatore³⁷⁷ qualora il patto venga stipulato per un periodo più lungo.

In soccorso di una eventuali dichiarazione di nullità dell'intero patto ci si è avvalsi di una interpretazione in via analogica con gli articoli 2596 e 2125, che tale riduzione sia automatica senza che si debba considerare nullo l'intero patto di non concorrenza.

³⁷⁵ Il testo dell'articolo 1751-bis cod. civ. prevede, innanzitutto, che il patto limitativo della concorrenza da parte dell'agente, dopo lo scioglimento del rapporto, abbia la forma scritta a pena dell'invalidità. E' necessario evidenziare la differenza rispetto alla norma generale sul patto di non concorrenza, di cui all'articolo 2596 cod. civ., secondo cui il patto deve essere scritto ai soli fini probatori, ben potendo ipotizzare una sua validità in mancanza di una sua redazione.

³⁷⁶ Intesa anche nel senso di un elenco nominativo di clienti. Sul concetto di zona si rinvia supra cap. 2, nota 149.

³⁷⁷ Da una lettura del codice si riterrebbe invece che l'adeguamento automatico non sia così definitivo, in quanto la violazione del termine con un periodo più lungo porterebbe

Per quanto concerne i parametri da considerarsi per calcolare il compenso, la novella specifica, innanzitutto, che l'importo deve avere natura non provvigionale, con la conseguenza che non potrà essere rappresentato da una percentuale ulteriore e integrativa rispetto a quella provvigionale stabilita nel contratto di agenzia. La norma precisa poi che la determinazione del corrispettivo, operata dalle parti tenendo conto degli accordi economici nazionali di categoria, dovrà essere commisurata alla durata del patto, alla natura del contratto nonché dell'indennità di cessazione del rapporto.

In difetto di accordo tra le parti, la determinazione del "*quantum*" sarà rimessa in via equitativa al giudice, il quale dovrà tener conto di ulteriori parametri quali la media delle provvigioni percepite durante l'esecuzione del rapporto e la loro incidenza sul volume di affari prodotto dall'agente nel medesimo periodo, delle cause che hanno determinato la cessazione del contratto di agenzia, dell'ampiezza della zona nonché del fatto che l'agente sia o meno monomandatario.

Capitolo quinto

5.L'E.N.A.S.A.R.C.O

5.1) Una premessa generale

La presente trattazione del rapporto di agenzia non poteva esimersi anche da un approfondimento, seppur in maniera decisamente snella, dell'ente previdenziale degli agenti, ossia l'ENASARCO.

L'ENASARCO (ENFASARCO durante il periodo fascista) è stato per diversi anni un Ente pubblico al quale stata riconosciuta personalità giuridica con il decreto n.1305 del 6 giugno 1939, gestito dal Ministero per il lavoro e per la previdenza sociale.

Successivamente, dopo anni di gestione pubblica, nel 1996 a seguito delle delibere 226 e 227 del 27 novembre dello stesso anno³⁷⁸, l'ENASARCO è stato privatizzato diventando, quindi, un ordinario soggetto di diritto privato.

Le finalità istituzionali dell'ente sono la previdenza, la sicurezza e l'assistenza sociale degli iscritti, le finalità dell'ente si desumo direttamente dall'atto costitutivo del 1939.

La principale novità che introdusse l'Enasarco al momento della costituzione fu quella di garantire per ogni proprio iscritto un contratto assicurativo con l'INA³⁷⁹.

Il contratto, così stabilito, essendo essenzialmente finalizzato alla tutela dell'agente che si fosse visto risolvere il rapporto, ovvero che a causa di qualche inabilità non potesse più continuare a prestare la propria attività,

³⁷⁸ Emesse a seguito del D.lgs 30 giugno 1994 n. 509 che prevedeva privatizzazioni di enti pubblici in società e fondazioni private. L'ultimo regolamento che ha apportato lievi modifiche è stato emesso a ottobre del 2011.

³⁷⁹ Istituto nazionale assicurazioni oggi Generali Italia S.p.A.

soddisfava quell'esigenza di tutela sociale, successivamente positivizzata nella carta costituzionale all'art. 38.

Tale evidenza mostra come in effetti l'ente non possa soddisfare unicamente un proprio interesse di guadagno, tipico di strutture private, ma in se porta un inestricabile interesse pubblico, tale da considerarlo a tutti gli effetti ancora oggi, un soggetto di natura pubblica³⁸⁰.

Dopo la seconda guerra mondiale, e a seguito della forte inflazione, l'Enasarco ha avuto notevoli problemi circa la tenuta del valore dei contratti stipulati con l'INA, e quindi, al fine di poter garantire ai propri associati le prestazioni previdenziali ed assistenziali di cui si faceva latore, ha iniziato ad investire anche su immobili ovvero prodotti finanziari.

Un'importante novità si ebbe nel 1953 anno in cui, con il d.m. del 2 maggio, veniva meglio disciplinato con un nuovo regolamento l'attività e la struttura dell'ente.

Con le successive modifiche e fino alla legge n. 12 del 02 febbraio 1973 l'ENASARCO si è regolamentata sempre di più fino all'ultimo d.m. del 23 dicembre 2003.

Tuttavia, nonostante i molteplici atti normativi e regolamenti, la gestione separata dell'ENASARCO è rimasta pressoché invariata ed è costituita essenzialmente da: i) il fondo previdenziale; ii) fondo delle indennità di risoluzione del rapporto; iii) il fondo di assistenza.

³⁸⁰ A tal proposito qualche anno fa il TAR del Lazio, ha evidenziato, con l'ordinanza n. 2962 del 03 agosto del 2011, che per la qualificazione della Fondazione Enasarco, ciò che rileva non è la natura giuridica di Enasarco: "..., *ma la funzione (nella specie previdenziale) che a mezzo di esso viene svolta, la cui rilevanza pubblicistica è di immediata evidenza...*" . Peraltro a questa importante conclusione era arrivato nel 2006 anche il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale con la pronuncia n 6449 del 2006, secondo il quale la Fondazione Enasarco deve rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo "stante la sussumibilità dell' l'ENASARCO, ex ente pubblico previdenziale di settore, nel novero degli organismi di diritto pubblico, così confermando quanto previsto dalla confermata la natura degli enti di previdenza privatizzati ex l. 509/94".

5.2) Il fondo previdenziale

Il fondo previdenziale dell'Enasarco venne costituito con d.m del 10 settembre 1962.

Una volta costituito il fondo, esso è stato fatto proprio, attraverso il rinvio che gli AEC con efficacia *erga omnes* del 1956 e 1958, a tutta la categoria degli agenti.

Gli importi da versare all'ente hanno massimali diversi a seconda se l'agente sia mono o plurimandatario.

Infatti, nel primo caso il limite massimale inderogabile è pari a € 24.548,00, mentre nel secondo caso è pari ad € 14.027,00 per ciascun preponente.

Come per il rapporto di lavoro subordinato, è il preponente che si fa carico dei versamenti ed è onerato di versare³⁸¹ la parte di contributo spettante all'agente³⁸².

La disciplina del fondo è regolata dall'articolo 12 al 30 del regolamento del 2003.

Sono previste 4 tipi di prestazioni, la prima riguarda le pensioni di vecchiaia; la seconda la pensione di inabilità permanente; la terza la pensione di invalidità permanente ma parziale, e l'ultima riguarda la pensione ai superstiti.

I contributi dovuti all'ente si prescrivono in 10 anni per la contribuzione dovuta fino al 1995, mentre i successivi sono prescritti in 5 anni.

Il mancato o parziale versamento dei contributi comporta un diritto ad ottenere il risarcimento da parte dell'agente.

Tale possibilità richiama quanto indicato al secondo comma dell'art. 2116 cod civ³⁸³. in merito alla prestazione previdenziale a favore del lavoratore

³⁸¹ Le modalità e le tempistiche del versamento sono indicate all'art. 7 del regolamento dello stesso ENASARCO del 2003.

³⁸² Calcolata al momento del pagamento delle provvigioni.

subordinato per cui è prevista un'azione di risarcimento diretto nei confronti del datore di lavoro in relazione al danno procurato a causa della sicura diminuzione della pensione³⁸⁴.

Il regolamento del fondo, infine, prevede una serie di sanzioni pecuniarie al preponente che non dovesse provvedere al versamento dei contributi. I proventi di tali sanzioni vengono inseriti in un ulteriore fondo di solidarietà sempre in seno all'ente.

5.3) Il fondo per l'indennità della risoluzione del rapporto

Il fondo per l'indennità di risoluzione del rapporto è stato disciplinato, come accennato al capitolo precedente, dall'accordo economico del 17 luglio 1957, riferendosi all'AEC precedente del 1956 in cui all'art. 9 veniva regolamentato che il fondo si sarebbe costituito per tutti gli agenti iscritti a cui era stato risolto il rapporto.

Il fondo è costituito dalle somme dovute dal preponente calcolate in percentuale sulle provvigioni attenute dall'agente percepite durante l'intero anno solare³⁸⁵.

Gli interventi normativi successivi alla costituzione del fondo hanno notevolmente sensibilmente mutato l'erogazione dell'indennità.

La modifica più rilevante è stata introdotta con la legge 911 del 1971 che ha modificato l'art. 1751 cod. civ. Il provvedimento normativo ha quindi abrogato le limitazioni che vi erano, anche da parte dell'Enasarco, per la parte di indennità esclusa nel caso la risoluzione fosse dipesa da colpa dell'agente. In tale maniera l'indennità accantonata era sempre dovuta.

³⁸³ Tale analogia è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità con la pronuncia del 16 febbraio 2004 n. 2913.

³⁸⁴ Essendo un'azione di risarcimento ex art. 1374 cod. civ. i termini prescrizionali ex art. 2697 cod. civ. dell'azione decorrono dal momento in cui il danno si verifica, ossia al momento del pagamento della pensione. Sul punto Cass. 14 gennaio 1986, n. 1964.

³⁸⁵ Dal 01 gennaio al 31 dicembre.

Una modificazione dei presupposti in base ai quali poter erogare o meno la somma accantonata presso il FIRR è stata introdotto con i decreti legislativi attuativi della direttiva europea del 1986, ossia il decreto n. 303 del 1991 e 65 del 1999, i quali hanno imposto che la somma accantonata per il FIRR non fosse sempre dovuta, ma che essa poteva essere erogata ad eccezione di tre ipotesi: i) quando l'agente si sia reso colpevole di appropriazione indebita di somme di proprietà del preponente; ii) in caso di concorrenza sleale; iii) violazione del vincolo di monomandato³⁸⁶.

In questi casi le somme versate verranno restituite al preponente.

Questioni di legittimità sono sorte a seguito della pronuncia della Corte di giustizia europea del 2006, con cui si ammetteva l'inapplicabilità degli AEC. La problematica era sorta in merito alla legittimità dei versamenti al fondo FIRR, che, secondo una lettura stringente della sentenza, non sarebbero più dovuti con la conseguente possibilità da parte dei preponenti di richiedere il pagamento delle somme versate.

A porre un immediato argine a una deriva del genere è stata la giurisprudenza di legittimità³⁸⁷ che ha salvato l'applicazione della contrattazione collettiva nel caso fosse, nel concreto, più vantaggiosa all'agente³⁸⁸.

Salvata l'applicazione dell'AEC, come già accennato in precedenza, le somme versate al FIRR da parte del preponente, in assenza delle previsioni indicate nell'AEC del 2002, dovranno essere, in caso di applicazione giudiziale dell'art. 1751 cod. civ., decurtate dall'indennità complessiva, non potendo le indennità convenzionali cumulate con quelle legali.

³⁸⁶ L' AEC commercio del 2002 prevede anche il caso in cui l'agente abbia ceduto a terzi il proprio contratto con i diritti e gli obblighi ad esso conseguenti.

³⁸⁷ Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 20-07-2012, n. 12692; Cass. 21301 del 03 ottobre 2006

³⁸⁸ Si rinvia a quanto detto nel capitolo precedente in merito alla concorrenza fra norme legali e contrattuali.

La prescrizione per il ritiro dell'indennità al FIRR è di dieci anni, terminati i quali il preponente avrà diritto alla riconsegna da parte dell'ENASARCO che non potrà vantare alcuna richiesta sulla somma, essendo mero organo amministratore.

5.4) Il fondo di assistenza

Il fondo assistenza dell'Enasarco, o ad oggi rinominato “fondo di prestazioni integrative di previdenza”³⁸⁹, è stato costituito dall'accordo economico del 20 giugno 1956.

Il fondo è alimentato dai contributi versati dai preponenti sia nel caso sia una società per azioni sia nel caso sia una società a responsabilità limitata³⁹⁰, e dalle somme ottenute a titolo di sanzione nel caso di violazioni del regolamento ovvero per mancato o incompleto versamento dei contributi per il FIRR o per il fondo di previdenza.

Le prestazioni del fondo di prestazioni integrative è molto vario e “integra” tutte quelle forme di assistenza, formazione e welfare che altrimenti non sarebbero finanziate.

³⁸⁹ La nuova denominazione è stata data con l'entrata in vigore del regolamento del 30 dicembre 2003.

³⁹⁰ La percentuale destinata al fondo è pari al 2% di tutte le somme dovute all'agente

Capitolo sesto

6. Questioni processuali

6.1) Sulla competenza del giudice del lavoro

Per completezza di trattazione è necessario, seppur sinteticamente, analizzare le principali questioni processuali³⁹¹ che ineriscono il rapporto di agenzia, in considerazione sia della peculiarità del rapporto, che della natura dei diritti soggetti alla valutazione del giudice.

La scelta della procedura da seguire, forse, meglio rispecchia l'interesse del legislatore a preservare attraverso un sistema più garantista i diritti della persona rispetto agli interessi economici tipici dei rapporti di stampo meramente commerciale.

La legge di riferimento è la n. 533 dell'11 agosto 1973 che ha modificato il titolo IV³⁹² del codice di procedura civile, instaurando quello che oggi è definito il processo del lavoro basato sui principi di oralità ed immediatezza.

Altresì la legge citata ha modificato l'art. 409 del c.p.c. indicando in seno allo stesso per quali genere di vertenze fosse competente il giudice monocratico del lavoro, che fino al 19 febbraio 1998 era il pretore.

Al punto 3) dell'articolo si legge che la nuova procedura si applica anche “ ai rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato”.

³⁹¹ Per un maggior approfondimento del diritto processuale del lavoro si rimanda a ³⁹¹ A. VALLEBONA, *Il diritto processuale del lavoro*, cit..

³⁹² P.SANDULLI – A.M. SCOCCI “*Il processo del lavoro*”, II° ed., Milano, 2010, pag. 107 e ss.

Il legislatore ha voluto con ogni evidenza cercare di ricomprendere nella definizione data al punto tre dell'art. 409 tutta una serie di possibili figure che non fossero propriamente riconducibili al lavoro subordinato, ma viste le modalità dello svolgimento e le evidenti possibilità di un abuso, affiancarle ad esso.

D'altronde il legislatore, al fine di porre l'attenzione proprio sulla persona e la sua attività, ha voluto rilevare come in ogni caso si dovesse ritenere rilevante ai fini della competenza funzionale l'attività prevalentemente personale.

A differenza di altri³⁹³, chi scrive ritiene che tale formula sia stata usata correttamente. Anzi ciò che la rafforza è proprio la mancanza di eccessiva specificazione che rende la norma aperta e residuale a tutte le forme di attività prestate da qualunque persona indipendentemente dalla titolazione che venga data al rapporto.

Evidente, infatti, la *ratio legis* sottesa alla norma. Ossia quella di garantire un processo snello ed efficiente come quello del lavoro, che permette di risolvere le problematiche con la maggior rapidità possibile³⁹⁴ a chiunque presti personalmente, e direi anche con il diretto dispiego delle proprie energie, un'attività continuativa a favore di terzi.

Tuttavia, è pur sempre da rilevare che con l'espressione "prevalentemente personale" il legislatore non volesse richiamare alcuna fattispecie giuridica specifica, come ad esempio il piccolo imprenditore, ma che volesse, come detto, offrire a chiunque eserciti un'attività *sine die* a favore di terzi con il dispiego delle proprie energie personali³⁹⁵, quindi senza alcuna

³⁹³ Ad esempio BALDI, *ult. op. cit.*, pag. 579 afferma la formula usata dal legislatore è "infelice", in quanto soggetta a critiche ermeneutiche.

³⁹⁴ Sulla *ratio* della norma e del suo possibile ampliamento di efficacia si veda PERA, "Rapporti c.d. parasubordinati e rito del lavoro", in Riv. Dir. Proc. 1974, pag. 422.

³⁹⁵ A.CESSARI, "Sul campo soggettivo d'applicazione del nuovo rito del lavoro", in Dirr e Lav, 1974, I, p. 16.

organizzazione o collaborazione altrui, una procedura agile e rapida per la risoluzione di controversie dove l'oggetto della questione insiste sull'attività di una delle parti che è anche la fonte del proprio reddito.

In accordo con tale argomentazione, quindi, si deve considerare applicabile il rito del lavoro anche per gli agenti costituiti in forma di società di persone³⁹⁶ a patto che l'esecuzione dell'attività sia svolta senza un'organizzazione intesa come una struttura gerarchica composta da collaboratori o subagenti.

Di fatto, se si considera l'aspetto personale dell'attività e concependo una società di persona minima, è possibile individuare nel patto societario una mera suddivisione di competenze territoriali oppure suddivisione del lavoro dove ognuno personalmente esegue l'attività dell'oggetto sociale ma con riferimento a una determinata zona, ovvero merce o clientela.

In altre parole, se i membri della società svolgono tutti l'attività d'agente di cui all'art. 1742 cod. civ., senza alcun ausilio di collaboratori o subagenti, ma semplicemente suddividendosi attraverso il patto sociale la "zona" di competenza, ciò rispecchia quanto indicato dall'art. 409 c.p.c. con la conseguente soggezione alla competenza del Giudice del Lavoro³⁹⁷.

Una volta confermata la competenza del giudice del lavoro a seguito della competenza funzionale, anche le domande accessorie o riconvenzionali dovranno essere trattate col medesimo rito.

³⁹⁶ Mentre non è possibile per la società di capitali che per propria natura non permette di far rilevare l'attività prevalentemente personale, in quanto sarebbe sempre il soggetto giuridico società il soggetto giuridico agente.

³⁹⁷ Tale condivisibile tesi, tuttavia, è stata raramente appoggiata dalla giurisprudenza, si veda Cass. 3 giugno 1997 n. 4928, che ha preferito escludere qualsiasi società, sia essa di capitali che personali, dalla competenza del giudice del lavoro in considerazione del fatto che la Cassazione ha quasi sempre ritenuto che un'attività svolta da un soggetto economico con personalità giuridica non potesse essere giudicata dal Tribunale del lavoro, non potendosi a priori rinvenire l'attività prevalentemente personale (così Cass. n. 251 del 2006, n. 18023 del 2003, n. 15922 del 2000, n. 12960 del 1995).

Infine, è da ritenersi escluso dalla competenza di cui all'art. 409 c.p.c. il broker assicurativo per mancanza del vincolo della collaborazione e coordinazione.

In merito alla competenza territoriale del giudice del lavoro l'art. 413 c.p.c. fa espresso riferimento al domicilio dell'agente, senza, però, renderlo facoltativo agli altri fori tipici delle cause di lavoro con la congiunzione "anche".

Tuttavia, a chiusura dell'articolo, il legislatore, perseguendo il *fil rouge* di tutela della parte debole che nei rapporti lavorativi o di collaborazione pende dalla parte del dipendente o del collaboratore, ha voluto apporre una norma di chiusura rinviando all'art. 18 del c.p.c. il quale individua il foro delle persone fisiche.

Come per ogni rapporto soggetto alla competenza del giudice del lavoro, sono nulle le clausole di derogative alla competenza territoriale, di fatto limitando la libertà contrattuale e quindi indebolendo la tesi di coloro che individuano nel rapporto di agenzia unicamente un rapporto commerciale.

Una volta individuato il giudice ed il foro competente le norme applicabili sono quelle proprie del processo speciale del lavoro anche in riferimento al nuovo 420 bis in tema di interpretazioni delle clausole inserite nella contrattazione collettiva.

Infine, viste le recenti modifiche sui termini decadenziali previsti dall'art. 32³⁹⁸ della legge 183 del 2010, poi modificati dalla legge 92 del 2012, in merito alle impugnazioni giudiziali e stragiudiziali, gli stessi si devono ritenere applicabili anche al rapporto di agenzia in quanto espressamente richiamato.

³⁹⁸ In particolare l'assimilazione dell'impugnativa stragiudiziale entro 60 giorni e del successivo deposito del ricorso entro i 270 giorni seguenti.

6.2) Clausola compromissoria e art. 808 c.p.c

In questa sede, altresì, non si può non accennare alla possibilità da parte degli agenti di derogare alla giurisdizione e di affidare il potere di decidere ad arbitri. Tuttavia, senza voler approfondire la questione inerente alla legittimità o meno dell'apposizione di una eventuale clausola compromissoria o della validità di un compromesso, oppure analizzare i requisiti ed i presupposti sulla base dei quali, eventualmente, poter apporre tale tipo di clausola, si intende svolgere una breve riflessione sull'istituto applicato al rapporto di agenzia.

A seguito del D.lgs del 2 febbraio 2006 n. 40 che ha riscritto il nuovo testo dell'art. 806 del codice di procedura civile, è stato abrogato il precedente limite che non permetteva di far seguire ad arbitri le controversie inerenti le materia indicate dall'art. 409 e quindi anche quelle inerenti i rapporto di agenzia.

Con tale novella, tuttavia, se il legislatore ha voluto ampliare le materie della cause arbitrali, ha tuttavia posto un limite ad un possibile dilagare di apposizioni di clausole compromissorie con le relative conseguenti pericolosità³⁹⁹ lasciando valido l'art. 832 c.p.c., che non permette di nominare arbitri membri delle associazioni di cui fanno parte le parti per quanto riguarda l'arbitrato rituale. L'*empasse* è rilevante se si considera che gli arbitrati a cui rimanda il codice sono quelli le cui procedure sono indicate negli AEC⁴⁰⁰ che prevedono la nomina di arbitri appartenenti alle associazioni che hanno sottoscritto il medesimo accordo.

³⁹⁹ Sulle possibili conseguenze dell'applicazione di clausole compromissoria in relazione al rapporto di lavoro, soprattutto a seguito della legge 183 del 2010 c.d. Collegato Lavoro, si rinvia a CESTER, "La clausola compromissoria nel Collegato lavoro 2010", in LNG, 1/2011, pag .23.

⁴⁰⁰ Tuttavia ad oggi è solo l'AEC Commercio del 2002 che ha sviluppato una procedura alternativa di risoluzione della cause, mentre gli AEC Industria ed Artigianato ne hanno solamente posticipato l'attuazione.

Tuttavia a seguito dell'entrata in vigore della L. 183 del 2010⁴⁰¹ che ha di fatto ammesso la possibilità di apporre la clausola compromissoria anche ai rapporti indicati dall'art. 409 c.p.c. l'arbitrato è stato reso più accessibile alle parti.

6.3) Rinunzie e transazioni

La legge 533 del 1973, oltre alle modifiche apportate al processo del lavoro, ha anche modificato il previgente art. 2113 cod. civ.

In particolare la legge citata ha ampliato la disciplina delle rinunzie e transazione proprie del rapporto di lavoro subordinato anche per tutti i rapporti indicati dall'art. 409 c.p.c, e quindi anche al rapporto di agenzia.

L'articolo 2113 cod. civ. prevede infatti che possono essere oggetto di rinunzie e transazioni da parte dei soggetti di cui ai rapporti indicati dall'art. 409 c.p.c. unicamente i “diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi”⁴⁰².

Altresì, il medesimo articolo prevede, comunque, che tali accordi possano essere sempre impugnati con qualsiasi atto scritto, sia esso anche

⁴⁰¹ Al comma 9 dell'art. 31 della legge citata si legge: *“In relazione alle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, le parti contrattuali possono pattuire clausole compromissorie di cui all'articolo 808 del codice di procedura civile che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412 – quater del codice di procedura civile, solo ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276, dagli organi di certificazione di cui all'articolo 76 del medesimo decreto legislativo, e successive modificazioni. Le commissioni di certificazione accertano la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie che dovessero insorgere in relazione al rapporto di lavoro.*

In assenza dei predetti accordi interconfederali o contratti collettivi, trascorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali definisce con proprio decreto, sentite le parti sociali, le modalità di attuazione e di piena operatività delle disposizioni di cui al presente comma”

⁴⁰² Sulle rinunce e transazioni si rinvia alla commento di S. CICCIVINO all'art. 2113, in *“ Il diritto del lavoro”*, curr. G.AMOROSO – A. MARESCA – V. DI CERBO, Vol. 1, Milano, 2009, pagg. 1157

“stragiudiziale”, entro sei mesi dallo loro stipulazione, ad eccezione che l’accordo non venga stipulato in una delle c.d. sedi protette siano esse di natura sindacale, amministrativa o giudiziale.

La dottrina e la giurisprudenza, oramai, sono concordi nell’affermare che tale disciplina debba essere applicata anche per l’agente di commercio che presti la propria attività in via “prevalentemente personale”⁴⁰³.

E’ evidente, anche in questo caso, l’intento del legislatore di individuare una precisa serie di rapporti, come quelli indicati dall’art. 409 c.p.c., a cui poter offrire maggiori garanzie e tutele in ambito processuale, ovvero in caso di rinunzie di diritti, preservando sempre la parte più debole economicamente.

Oltre a tale limitazione soggettiva, vi è anche una limitazione oggettiva. Infatti, non tutti i diritti dell’agente che svolge la propria attività in maniera prevalentemente personale possono essere oggetto di rinunzie e transazioni, ma solamente quelli già in possesso dell’agente. Inoltre anche all’agente sono posti limiti ai tipi di diritti oggetto di una rinunzia, infatti essi non possono essere diritti derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti o accordi collettivi.

Tuttavia, non si applica il regime di cui all’art. 2113 cod. civ. in riferimento alle provvigioni ⁴⁰⁴.

L’esclusione dalla tutela di cui all’art. 2113 cod. civ. per quanto riguarda le provvigioni è ragionevolmente comprensibile non tanto per una esaltazione del fatto che l’agente è comunque un agente economico e quindi diverso dal lavoratore dipendente, quanto piuttosto dal fatto che nel rapporto di agenzia

⁴⁰³ F. BESENGHI, “ *Il contratto di agenzia*”, Milano, 2008 pagg. 50 -52, BALDI, *op. cit.*, pag. 599, in giurisprudenza si veda Cass. 4 luglio 200, n. 15036, in ADL, 2007, 5 pag. 13 e Cass. n 1632/ 1988

⁴⁰⁴ Una fra tutte Cass. 7 gennaio 1988, n. 6, richiamata anche da BALDI, *op. cit.* pag. 600, citata anche da BESENGHI, *ult. op. cit.* pag. 292.

le percentuali provvisoriale sono lasciate alla libera decisione delle parti e quindi non disciplinate da nessuna legge o accordo.

Diversamente, infatti, la retribuzione da parte del lavoratore dipendente non solo è tutelata dai minimi salariali indicati nei vari contratti collettivi, ma la stessa deve essere sempre sufficiente e proporzionale, diritto quest'ultimo tutelato dall'art. 36 della Costituzione.

Tale prerogative, invece, non sussistono nel rapporto di agenzia dove il diritto alla determinazione e quantificazione della provvigione è lasciato alla libertà delle parti senza alcun vincolo.

Pertanto, in tale ottica, non sussiste alcun diritto dell'agente e vedersi un corrispettivo predeterminato da qualche AEC ovvero proporzionato all'attività svolta, ma unicamente al diritto di poterla richiedere se inserita nel contratto con le modalità di cui all'art. 1749 cod. civ..

E' quindi evidente che la giurisprudenza non abbia intravisto in tale frangente quella necessità di tutela prevista per gli altri tipi di diritti maggiormente garantiti, rendendo quindi libera da vincoli procedurali la possibilità di stipulare accordi relativi alle provvigioni, ovvero di rinunziarvi⁴⁰⁵.

Cosa ben diversa, invece, il caso di rinunce o transazioni in merito alle indennità in caso di risoluzione del rapporto ai sensi dell'art. 1751 cod. civ. che vieta qualsiasi patto contrario e derogatorio alla disciplina codicistica⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Ed in particolare non vi era un limite ad una variazione in pejus in quanto non vi è un limite minimo tutelato, come invece per il lavoro subordinato.

⁴⁰⁶ È stato rilevato da alcuni autori che in realtà l'art. 1751 c.c. risulta contrario alla direttiva 653/86 sul punto in cui all'art. 19 della medesima si parla di inderogabilità in merito all'indennità di cessazione unicamente durante lo svolgimento del rapporto di agenzia e non durante il periodo successivo (BALDI, *op. cit.* pag. 601, P.TRADATI, "Le transazioni nei contratti di agenzia" in Agenti e Rappresentanti, 2005, 2, pag. 10 e ss). Tuttavia, visto quanto argomentato al cap. 3 e 4, l'indennità di cessazione è sempre stata considerata una indennità che almeno nel suo minimo è sempre stata garantita, il che determina una garanzia superiore non lasciata alla libertà delle parti e quindi degno di una tutela maggiore in caso di rinuncia.

Infine, non sono soggette alla disciplina dell'art. 2113 cod. civ. le quietanze a saldo generiche sottoscritte in caso di risoluzione del rapporto. Tali atti, infatti, sono da tempo considerate dalla giurisprudenza maggioritaria quali semplici dichiarazioni di scienza e quindi prive di qualsiasi volontà transattiva⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ Si veda fra le molte Cass. 15792 del 15 giugno 2006, in RGL, con nt. S. ZITTI. La pronuncia ha in sostanza consolidato l'orientamento diretto a considerare le cd. quietanze a saldo alla stregua di clausole di stile, in sé stesse prive di effetti dispositivi, salvo la sussistenza di requisiti oggettivi specifici e dell'elemento soggettivo, consistente nella volontà di rinunciare o transigere sul diritto preteso (si veda anche precedentemente Cass. n. 9407/2001 e Cass. n. 6391/1992).

Conclusioni

La tesi descritta ha voluto portare in luce come in effetti il legislatore non sia rimasto del tutto insensibile alle dinamiche del rapporto di agenzia.

Infatti, il legislatore italiano non ha voluto considerare il rapporto di agenzia quale mero rapporto commerciale ma lo ha permeato con una deriva garantista.

In altre parole il legislatore, consapevole di come potesse essere svolto il rapporto di agenzia e degli abusi che si potevano perpetrare ai danni dell'agente persona fisica, in considerazione della disuguaglianza di forza contrattuale delle parti, evidenti non solo al momento genetico del rapporto ma anche nel suo svolgimento, in cui una, ossia il preponente, detiene senza ombra di dubbio un peso economico decisamente superiore all'agente, ha voluto tutelare quest'ultimo.

In più il legislatore, in considerazione non solo della modalità in cui il rapporto di agenzia viene svolto, ma anche in considerazione dei soggetti che ricoprono il ruolo di agente, che sono spesso persone fisiche, ha deciso di garantire a questi ultimi la tutela dei diritti della persona a scapito di una fredda tutela dei soli interessi economici.

Il legislatore e le parti sociali hanno sin da subito cercato di tutelare i diritti della persona dell'agente soprattutto quando quest'ultimo sia una persona fisica.

Ma la tutela si fa maggiore ogniqualvolta l'agente sia un c.d. piccolo agente, ossia una persona fisica che lavori in regime di monocommittenza (c.d. monomandatario).

In questo particolare caso, infatti, è stato rilevato come la posizione dell'agente sia molto simile a quella di un lavoratore subordinato, anche se con esso non identificabile.

Quindi, in tale frangente, quando il rapporto travalica il mero interesse economico ed interessa anche i diritti della persona intesa nella sua totalità, e quindi il proprio diritto alla realizzazione personale, il diritto alla dignità e sussistenza, il legislatore ha deciso di utilizzare uno strumento rodato e limato che potesse raggiungere e coprire tutti gli interessi in gioco, ovvero sia l'impianto del diritto del lavoro.

D'altronde è innegabile che gli interessi contrapposti nel rapporto di agenzia, come sopra inteso, siano gli stessi che da sempre muovono il diritto del lavoro in un continuo equilibrio fra economia e "persona".

Quindi, avendo già il legislatore uno strumento del genere, che a parere di chi scrive può essere definito la più politica delle discipline giuridiche, in quanto sempre oggetto di compromessi ed equilibri, era naturale che ne mutuasse i principi anche per il rapporto di agenzia.

E' stato interesse del legislatore ed in generale dello Stato tutelare sempre i diritti personali a scapito della libertà economica. L'elaborato redatto ha avuto quale finalità quella di porre in evidenza ciò, partendo dalle fonti fino ad arrivare alle procedure giudiziali.

Molte sono le analogie o quantomeno i richiami alla disciplina giuslavoristica da parte della disciplina del contratto di agenzia.

In primo luogo le fonti, ed in particolare la contrattazione collettiva, sono esattamente equiparabili ai CCNL delle categorie di lavoratori subordinati con la sola differenza della sostituzione delle clausole peggiorative del contratto individuale a favore di quelle del contratto collettivo. Come ricordato nel primo capitolo, infatti, mentre per i lavoratori subordinati la sostituzione avviene automaticamente solo per la singola clausola peggiorativa inserita nel contratto individuale, per il contratto di agenzia la sostituzione avviene per l'intero impianto contrattuale, ossia l'AEC di

riferimento verrà utilizzato per tutte clausole e non solo per quelle peggiorative⁴⁰⁸.

Altresì comuni sono gli elementi per comprendere se l'AEC di riferimento possa o meno essere applicato al rapporto di agenzia. Così come il CCNL l'efficacia degli AEC, o più correttamente la sua applicabilità, è determinata dall'appartenenza di uno dei contraenti del contratto individuale ad un delle associazioni sottoscrittici dello stesso AEC, ovvero dall'esplicito riferimento fatto nel contratto individuale, o ad una effettiva sua applicazione, e quindi attraverso un'adesione di fatto.

Oltre all'analisi delle fonti ed in particolare della contrattazione collettiva che ha disciplinato meglio il rapporto di agenzia soprattutto in quelle parti dove vi sarebbero stati i maggiori abusi da parte del preponente, come la quantificazione delle indennità, si è cercato di inquadrare meglio la figura dell'agente il quale si distingue dagli altri rapporti di stampo commerciale, come il mandato o la commissione, per via della stabilità dell'attività che si concreta in una serie indefinita di azioni non determinabili e della sua parzialità⁴⁰⁹.

Si è notato come tale attività sia essa a tempo determinato o indeterminato, se svolta in un regime di esclusiva e da una persona fisica, è di fatto molto simile ad un rapporto di lavoro subordinato e non ad un vero e proprio lavoro autonomo, in quanto il preponente può interferire, anche in maniera incisiva, sull'attività dell'agente obbligando quest'ultimo al rispetto di direttive, configurando in tal modo una etero direzione propria del rapporto subordinato.

⁴⁰⁸ Cap. 1 pagg. 16- 17

⁴⁰⁹ Cap. 2 pagg. 34 - 61

Ma in assenza di ciò, ossia quando il preponente limita il proprio potere direttivo, il rapporto che si instaura fra agente e preponente è quello proprio di una parasubordinazione, ossia di un rapporto di lavoro semi autonomo.

Anche in questo caso gli elementi che contraddistinguono l'attività dell'agente persona fisica, non possono essere equiparati, come vorrebbe parte della dottrina commerciale, al piccolo imprenditore essenzialmente in quanto il piccolo imprenditore è sempre dotato di un'organizzazione tale per cui difficilmente è lui in prima persona a svolgere l'attività materiale dell'impresa⁴¹⁰. Altresì l'agente non può neanche essere considerato un professionista, non svolgendo una delle professioni indicate dall'art. 2229 cod. civ.

L'agente non può neanche essere considerato quale mero collaboratore⁴¹¹, o puro lavoratore autonomo. L'agente è un lavoratore parasubordinato per via della libertà di esercizio della propria attività e contestualmente degli obblighi a cui è tenuto nei confronti del preponente.

Fra questi vanno notati i principali doveri di buona fede, correttezza e diligenza mutuabili più che dalla disciplina dei contratti, dalle disposizioni proprie previste per il rapporto di lavoro.

E' stato interessante notare come il concetto di diligenza, in considerazione della peculiare attività dell'agente che si concreta in una serie di fatti materiali impossibili da determinare, sia assimilabile a quello previsto all'art. 2104 c.c. anziché a quello dell'art. 1176 c.c., ossia la diligenza nell'esecuzione dell'attività rispetto ad una specifica diligenza nell'adempimento del contratto⁴¹².

⁴¹⁰ Cap. 2 pag. 62 - 67

⁴¹¹ Cap. 2 pag. 66

⁴¹² Cap. 2 pagg. 81 - 84

Tuttavia gli obblighi in base ai quali, in sostanza, avviene la discriminazione fra lavoro subordinato e parasubordinato, sono gli obblighi di conformazione e informazione a cui è tenuto l'agente.

In particolare è l'intensità dell'obbligo di conformazione dell'agente alle istruzioni del preponente a determinare quel *quid* che rende il rapporto parasubordinato e non subordinato, intendendo non una subordinazione stringente come potrebbe essere quella di un operario addetto alla produzione ma una più attenuata come quella di un giornalista o di un dirigente⁴¹³.

Per quanto concerne, invece, i diritti dell'agente fra questi il più rilevante è quello del compenso, ovvero della provvigione.

Questo particolare diritto assieme alla descrizione delle varie indennità di risoluzione del rapporto, è forse quello più disciplinato nella contrattazione collettiva. Tale diritto è quello che maggiormente divide il rapporto di agenzia dal rapporto di lavoro subordinato in quanto la provvigione non è vista come retribuzione ma unicamente come compenso, e quindi lasciata alla libera determinazione delle parti. Di fatto non è previsto che la provvigione dell'agente debba rispettare i principi di proporzionalità e sufficienza indicati dall'art. 36 della Costituzione, e tantomeno vi sono dei minimi contrattuali a quali adeguarsi⁴¹⁴. Altresì i diritti sulle provvigioni sono esclusi dalla tutela dell'art. 2113 c.c. in caso di rinunzie e transazioni, così a rilevare l'assoluta libertà delle parti nella quantificazione della provvigione e della sua esclusione a qualsiasi vincolo sia in difetto che in eccesso⁴¹⁵.

⁴¹³ Cap. 2 pagg. 84 -85

⁴¹⁴ Cap. 2 pag. 94

⁴¹⁵ Cap. 5 pagg. 163 - 166

E' stato interessante notare, inoltre, come l'impostazione della risoluzione del rapporto se equiparata a quella del licenziamento non ne risulta completamente dissimile.

Si è notato come nel caso di risoluzione per colpa molte sono le analogie fra i due rapporti.

In primo luogo la quantificazione dell'inadempimento, che a seguito della sua gravità può determinare una semplice risoluzione ovvero una risoluzione straordinaria⁴¹⁶.

In questo secondo caso si sorvola sull'applicazione dell'art. 2119 cod civ., quasi un rinvio totemico per ogni definizione di "giusta causa di risoluzione" nei rapporti *sine die*, per rilevare in questa sede come anche la procedura di risoluzione possa assimilarsi a quella prevista dall'art. 7 S.L. strumento tipico del diritto del lavoro, che permette in casi di accuse per inadempienze di rispettare i diritti di difesa ex art. 24 Cost., diritto esclusivamente riferibile alla persona⁴¹⁷.

Altresì, la possibilità della risoluzione per impossibilità sopravvenuta ovvero della quantificazione del danno nel caso di risoluzione del rapporto di agenzia a tempo determinato⁴¹⁸ evocano le stesse preoccupazioni che hanno contraddistinto il licenziamento oggettivo e il risarcimento in caso di licenziamento *ante tempus* per i rapporti di lavoro a tempo determinato.

In tale ottica, quindi, è possibile anche affermare che l'indennità prevista in caso di risoluzione illegittima del rapporto di agenzia prima dell'introduzione dell'indennità meritocratica, potesse richiamare la liquidazione del TFR per quanto riguarda il FIRR, e la natura risarcitoria / sanzionatoria della legge 604/1966⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Cap. 3 pagg. 103 e ss.

⁴¹⁷ Cap. 3 pag. 115

⁴¹⁸ Cap. 3 pagg. 121 - 125

⁴¹⁹ Cap. 3 pag. 128

Oggi, seppur con le dovute cautele, è ancora possibile individuare tale riferimento. Con ciò si denota l'intenzione del legislatore a servirsi di una disciplina per adeguarvi un'altra.

Infine, anche dal punto di vista previdenziale e processuale i due rapporti sono estremamente vicini. E' sufficiente notare l'esistenza dell'ENASARCO, ente privato con anima pubblica, che si onera delle possibili necessità previdenziali dell'agente, e dell'art. 409 c.p.c. che garantisce al lavoratore parasubordinato che svolge la propria attività "*in maniera prevalentemente personale*" le medesime garanzia di celerità ed oralità prevista per le cause dei lavoratori subordinati, in considerazione del presupposto che le questioni inerenti il rapporto di agenzia hanno quel carattere di urgenza dovute al fatto che il reddito dell'agente persona fisica è tendenzialmente fonte di principale del proprio sostentamento⁴²⁰.

In conclusione, quindi, il contratto di agenzia rimarrà sempre una "zona grigia" fra autonomia, subordinazione e parasubordinazione, in quanto gli interessi ed i diritti che si intrecciano in questo tipo di rapporto sono molteplici, eterogenei, opposti e mutevoli, tali per cui è necessario di volta in volta, di caso in caso, rilevare quali tra questi meritino una maggiore tutela. Nello specifico si è voluto offrire come un giuslavorista possa avvicinarsi al rapporto di agenzia, rilevando come il legislatore prediliga la tutela della persona a scapito degli interessi commerciali, mutuando a piene mani dalla disciplina del diritto del lavoro che ha sempre teso ad un equilibrio fra tali interessi.

⁴²⁰ Cap. 5 pag. 157

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI “ *Star del credere addio*”, LNG, 2000;
- ALIBRANDI, “ *Ancora in tema di agente di fatto*”, AC, 1993;
- ALLEVA “ *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge* “, curr. G. GHEZZI, “ *La disciplina del mercato del lavoro, proposte per un testo unico*”, Roma, 1996;
- AMOROSO – DI CERBO – MARESCA: “ *Diritto del lavoro, lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*” Vol. II, Milano 2009;
- ANGELELLI “ *Legittimità costituzionale degli accordi economici corporativi e loro modificabilità*”, in RDL, 1, 1958;
- ARBORE “ *Agenti non iscritti al ruolo e compenso per l’attività*”, Giur. It.,8, 1988;
- ASCARELLI, “ *Il contratto plurilaterale*”, Milano, in Studi in tema di contratti, 1952;
- BALDI “ *Agenti di commercio non iscritti al ruolo e diritto alla provvigione*”, Giur. Comm,1979;
- BALDI “ *Il contratto di agenzia – la concessione di vendita – il franchising*”, Milano, 1992;
- BALDI “ *L’agente non iscritto al ruolo e la varietà della Cassazione*”, in Mass. GL , 1983;
- BALDI, “ *Il contratto di agenzia*”, Milano, 2001;
- BALDUCCI, “ *Il promotore Finanziario*”, Milano , 2006;
- BALDUCCI, “ *Agenti e rappresentanti*”, Milano, 2012;
- BALESTRERO, “ *L’ambigua nozione di lavoro parasubordinato*”, LD, 7, 1987
- BARASSI “ *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*”, Milano, 1915
- BARATTA “ *Norme contenute in direttive comunitarie inattuata e loro applicabilità ai singoli*”, Riv. Dir. Internaz., 1989;
- BARATTA “ *Inopponibilità ai singoli di direttive non tempestivamente attuate e loro rilevanza nell’interpretazione del diritto nazionale*” ,Giust. Civ, 1989;
- BARATTA; “ *L’estensione della «teoria dell’effetto diretto» alle raccomandazioni C. e.c. a. : le sue conseguenze in un caso di fallimento*”, GC, 1991;
- BARBIERI, “ *La nuova disciplina dell’agente*”, Foro pad, 1992;
- BARONE “ *L’efficacia diretta delle direttive Cee nella giurisprudenza della Corte di giustizia della Corte costituzionale*”, FI, 1991;
- BASENGHI “ *Contratto di agenzia e recesso per giusta causa*”, DePL, 2009;

- BASTIANONO, “ *L’agente “abusivo” ed il diritto comunitario*”, *Resp. Civ.*, 1998;
- BELSITO, “*Il lavoro degli agenti e dei rappresentanti tra autonomia e subordinazione*”, Bari, 2010;
- BESENGI, “ *Il contratto di agenzia*”, Milano, 2008;
- BIGIAMI “*Recensione a Formaggini*”, riv. Trim proc. Civ. , 1953;
- BIGIAMI “ *Sul concetto di agente di commercio*”, in Studi urbinati, 1931;
- BIGIAMI, “*La piccola impresa*”, Milano, 1947;
- BILE, “*Il mandato, la commissione, la spedizione(commento agli articolo 1705 -1741 del codice civile)*”, Roma, 1961.
- BINDI “*La sentenza Marleasing: l’obbligo per il giudice nazionale di interpretare la normativa nazionale, nell’area coperta dalla direttiva inattuata, alla luce della lettera e degli scopi della direttiva stessa*”, in Associazione per gli Studi e le ricerche parlamentari (Quaderno n. 2),Milano, 1992;
- BOCHICCHIO, “*Contratto di agenzia e mancata iscrizione nel ruolo dei rappresentanti e degli agenti di commercio: effetti civilistici- il ruolo della nullità nell’attuale ordinamento*”, *Nuov Giur. Civ.*, 1999;
- BORTOLOTTI - BONDANINI “ *Il contratto di agenzia commerciale*”, Padova, 2003;
- BORTOLOTTI - MOSCA, “*la nuova disciplina dell’agente commerciale*”, Padova, 1999;
- BORTOLOTTI “*La nuova legislazione sul contratto di agenzia: prime considerazioni sul decreto 303 del 10 settembre 1991*”, Padova, 1993;
- BORTOLOTTI in “ *La nuova disciplina dello star del credere*” BORTOLOTTI - MOSCA, appendice, Padova, 2000;
- BORTOLOTTI, “*Inapplicabilità del principio della nullità dei contratti con agenti non iscritti nell’apposito ruolo per contrasto con la direttiva 86/653/Cee*”, GL, 1998;
- BRANDOLINI “ *il contratto di Agenzia nella normativa nazionale, internazionale e comunitaria*”, Torino, 2010;
- CAGNASSO , v. “*concessione di vendita*”, *Dig. Disc. Priv.* , Vol. III, Torino, 1998;
- CAGNASSO, “*La concessione di vendita*”, Milano, 1983.
- CARACCILO, “*La direttiva comunitaria e la nuova normativa codicistica sul rapporto di agenzia; armonie e contrasti*”, *RCDL*, 1,1994;
- CARRARO, v. “*Frode alla legge*”, in *Nuoviss. Dig. it*, VII, Torino, 1957;
- CASSANO “ *I contratti di distribuzione, figure classiche e new economy*”, Milano, 2006;
- CAVANI - BOSELLI, “*L’agente e la rappresentanza*”, Milano, 2004;
- CERAMI, v. “*Agenzia (contratto)*”, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano 1958;

- CESSARI “ *Il <<favor>> verso il prestatore di lavoro subordinato*”, 1983, Milano;
- CESSARI, “*Sul campo soggettivo d’applicazione del nuovo rito del lavoro*”, Dirr e Lav, I, 1974;
- CESTER – MATTAROLO, “*Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro art. 2104*”, Milano, 2007.
- CESTER, “*La clausola compromissoria nel Collegato lavoro 2010*”, LNG, 1, 2011;
- CHAPPELLU, “*Disciplina contrattuale collettiva delle deroghe in tema do orario di lavoro e limiti all’efficacia delle direttive non trasposte*”, RIDL, 2, 2011;
- CICCIUVINO, “ *Il diritto del lavoro*” all’art. 2113, curr. G.AMOROSO – A. MARESCA – V. DI CERBO, Vol. 1, Milano, 2009;
- CICU – MESSINEO – RUBINO, “*La compravendita*”, in Tratt. dirr. civile e comm., tomo III, Torino, 1962;
- D’ANTONA “*Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*”. in ACCORNERO - LISO – MARESCA , “ *I cosiddetti “lavori atipici”. Aspetti sociologici, giuridici ed esigenze dell’impresa*”, Roma, 2000;
- DE LUCA TAMAJO “ *Gli anni ’70 dai fasti del garantismo al diritto del’emergenza*”, in “*Il diritto del lavoro nell’età repubblicana*”, Curr. P. ICHINO, Milano 2008.
- DE SANNA , “*L’agente non iscritto al ruolo: il diritto delle provvigioni nella giurisprudenza*”, Resp. Civ., 1987;
- FERRANTE, “*Direzione e gerarchia nell’impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato) art. 2084*”, in Comm. Cod. civ., SHLESINGER – BUSNELLI, Milano, 2012;
- FERRARO, “*Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*”, DLRI, 1998;
- FORMIGGINI “*Agenzia (contratto di)*”, in Nuov.ssimo Dig. It. Curr. ZARA – EULA, Torino, 1957;
- FORMIGGINI, “*Il contratto di agenzia*”, in Tratt. Diritto Civ., Torino, 1958,
- FRANCESCHIELLI “ *Agenzia “(contratto di)”* in Enc. Dir., III, Milano, 1999;
- GIUGNI, “*La funzione giuridica del contratto collettivo del lavoro*”, in Atti del congresso nazionale di diritto del lavoro”, III convegno nazionale, Pescara- Teramo, 01 -04 giugno 1967, Milano, 1968;
- GABRIELLI “ *Ancora in tema di applicabilità dell’art. 2126 c.c. al piccolo agente abusivo*”, in DL, 1983, II,
- GALGANO , “*Diritto commerciale, l’imprenditore*”, Bologna, 1982.
- GALGANO, “*Degli effetti del contratto*”, in comm. SCIAJOLA -BRANCA, sub art. 1372 – 1405, Bologna - Roma, 1993;
- GHEZZI “ *Del contratto di agenzia*”, in Comm. Cod. Civ., curr. A. SCIALOJA - G. BRANCA, art. 1742 – 1753, Bologna – Roma, 1970;

- GHEZZI, *“La mora del creditore nel rapporto di lavoro”*, Milano 1965,
- GIORDANO – IANNELLI – SANTORO, *“ Il contratto di agenzia, la mediazione”*, in *Giur. Sistemica Civ e Comm. Dirr. W. BIGIAMI*, Torino, 1993;
- GIUGNI, *“Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro”*, Napoli. 1963;
- GRASSO, *“Il subcontratto”*, Napoli, 1977;
- GUALTIEROTTI *“Star del credere addio”*, in *Agenti & Rappr. di commercio*, 4, 1999;
- ICHINO *“ il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile”* in *Relazione al convegno dell’Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e “gli altri” Università “la Sapienza” di Roma - 2 dicembre 2011;*
- IANNIRUBERTO *“ Problemi aperti in tema di indennità di cessazione nel rapporto di agenzia”*, *MassGL*, 2009;
- LISO *“ Note a proposito dell’iniziativa legislativa in materia di lavori atipici”* in ACCORNERO - LISO – MARESCA , *“ I cosiddetti “lavori atipici”. Aspetti sociologici, giuridici ed esigenze dell’impresa”*, Roma, 2000;
- LUMINOSO e ZUDDAS *“ La mediazione e il contratto di agenzia”* in *Tratt. Dirr. Comm., dirr. V. BONOCORE, Sezione II, tomo 3.IX, Torino, 2000*
- LUMINOSO, *“Mandato, commissione, spedizione”*, in *Tratt. Dirr. Civ e Comm. , curr. CICU – MESSINEO – MENGONI, Milano, 1984;*
- LUMINOSO, v. *“Commissione (contratto di)”*, in *Enc. giuridica Treccani, Roma, 1988, vol. VII, 4;*
- LUZZANA, *“ La Corte di giustizia fa piazza pulita della giurisprudenza sull’agente abusivo”*, *OGL, III, 1998;*
- MAMMONE *“Tardiva iscrizione al ruolo dell’agente di commercio e nullità del contratto di agenzia”*, in *GC, 1993, I,*
- MANACCIO *“L'ex agente abusivo approda in cassazione”* *LNG, 1999;*
- MANCINI *“ La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro”*, Milano, 1957;
- MANCINI, *“Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, Il recesso ordinario”*, Milano 1962;
- MANNACIO – NUNIN, *“Giustizia (comunitaria) per l’agente abusivo”*, *LG, 1998;*
- MANNACIO *“ Quali speranze per l’agente abusivo?”* in *DPL, 1989, 4,*
- MANNACIO *“Agenti e Rappresentanti: la mancata iscrizione al ruolo”* , in *DPL ,5, 1988;*
- MARAZZA, *“ Le sezioni unite sui criteri di applicazione del contratto collettivo di diritto comune e retribuzione proporzionata sufficiente”*, *Giur. It, col 916, 1998;*
- MARAZZA *“Saggio sull’organizzazione del lavoro”* Padova, 2002;

- MAZZIOTTI, “*Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*”, Napoli 1971;
- MAZZIOTTI, “*Il licenziamento illegittimo*”, Napoli, 1983;
- MAZZURANA, “*Ancora qualche riflessione in tema di qualificazione del rapporto di lavoro*”, D&L 2010;
- MENZIONI, “*Obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi*”, in Riv.dir.comm., I, 1954;
- MENZIONI “*Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*”, in RSoc., 1965, 676 e ss;
- MESSINEO, “*Il contratto*”, Milano, 1979;
- MEUCCI, “*Orientamenti di giurisprudenza sul preavviso*”, RIDL, 2, 1983;
- MISCIONE , “*l’indennità di cessazione del rapporto di agenzia dopo la normativa comunitaria*”, LNG, 5, 1998;
- MISCIONE “*La qualificazione dell’agente di commercio*”, LNG, 7, 2003;
- MISCIONE “*Il contratto di agenzia*” in Tratt. Dirr. Priv., dirr. P. RESCIGNO, 12, tomo IV, Torino, 1985.
- MISCIONE, “*Il contratto di agenzia*”, in Tratt. Dirr. Priv. , curr. RESCIGNO, XII, V, Torino, 1985;
- MISCIONE, “*Agenti di commercio abusivi e ripetizione dell’indebito*” in *Il rapporto di agenzia. Profili di diritto interno e comunitario* in Atti del Convegno del Centro nazionale studi di diritto del lavoro “Domenico Napolitano”, Fermo, 11 giugno 1988, Rimini, 1989;
- NAPOLI “*Contratto e rapporti di lavoro*” in le ragioni del diritto , Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995;
- NAPOLI , recensione a “*Del contratto di agenzia*” di G. Trioni, RGDL, 4, 2007;
- NAPOLI, “*Il contratto di Lavoro*”, Milano, 2004;
- NAPOLI, “*La stabilità reale del rapporto di lavoro*”, Milano, 1980;
- NAPOLI, “*Riflessioni sul contratto a progetto*”, in diritto del lavoro. i nuovi problemi, l’omaggio a Mattia Persiani, Padova, 2005;
- NICOLI, “*Obbligo della diligenza dell’agente e inadempimento*” MGL, 1996.
- NOCERA “*Clausola risolutiva espressa e condizioni risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione*” , La nuova giurispr. Civile commentata, 3, 2010;
- NOGLER “*Indennità in caso di cessazione del rapporto di agenzia: il caso tedesco* “, Mass. GL, 8/9, 2001;
- OSTI, “*deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*”, in riv. Trim,dir, proc. Civ., 1954;
- PALEGGI, “*Il contratto d’agenzia resta valido se il rappresentante non è iscritto all’albo – La legge italiana deve adeguarsi alla direttiva che impone il solo requisito della forma scritta*”, GD, 22, 1998;

- PALMIERI, “*Cessazione del rapporto di agenzia e diritti sanciti dalla normativa comunitaria: inammissibilità di deroghe patrizie astrattamente peggiorative anche per un solo agente (nota a Corte Giustizia CE, sez. I, 23 marzo 2006, n. C-465/04; Corte Giustizia CE, sez. I, 16 marzo 2006, n. C-3/04)*”, *Foro it.*, 2006;
- PAPALEONI, “*La liberalizzazione comunitaria del contratto di agenzia commerciale*”, *AGL*, 3, 1998;
- PARDOLESI “*Recondite (dis) armonie: appunti (e dubbi) in chiave comparativa, sulla nuova disciplina del contratto di agenzia*”, *FI*, 1993;
- PARDOLESI, “*I contratti di distribuzione*”, Napoli, 1979;
- PEDRAZZOLI, “*Prestazione d’opera e parasubordinazione*”, *RIDL*, I, 2, 1984;
- PERA, “*Rapporti c.d. parasubordinati e rito del lavoro*”, *Riv. Dir. Proc.* 1974;
- PERA, “*Diritto del lavoro*”, Padova, 1991;
- PERASSI, “*Attuazione della direttiva 86/653 CEE relativa al coordinamento degli stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti*”, in le nuove leggi civ. e comm, 1992;
- PERSIANI “*Contratto di lavoro e organizzazione*”, Padova 1965;
- PERSIANI, “*Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*”, *L&D*, I, 1998;
- PERSIANI “*Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*”, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, II, Napoli 2011.
- PINTO “*Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*”, *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.it* 151-2012;
- PISTILLI, “*Il contratto di concessione di vendita*”, , in “*I contratti di intermediazione*” *curr. G. CASSANO - M. E. DI GIANDOMENICO*, Padova, 2009;
- RAIMONDI, “*Frode alla legge e principio di parità in materia di recesso: una sentenza innovativa della Corte di Cassazione*”, *RIDL*, 3, 2007;
- ROMAGNOLI “*La prestazione di lavoro nel contratto di società*”, Milano 1967;
- ROMAGNOLI, “*Disdetta*”, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958;
- ROSSELLI, “*Il contratto di agenzia*”, Torino, 2000;
- SANDULLI – SCOCCI “*Il processo del lavoro*”, II° ed., Milano, 2010;
- SANDULLI, “*Lavoro autonomo e parasubordinazione*”, in *Tratt. di dirr. privato*, Torino, XV, *Impresa e lavoro*, I, II, 1986;
- SANTAGATA, “*Del mandato. Disposizioni generali*”, in *Commentario al c.c. SCAJOLA - BRANCA*, sub art. 1703 -1709 Bologna - Roma, 1985;
- SANTAGATA, “*Mandato. Disposizioni generali*”, in *Comm. cod. civ.*, *curr. di SCIALOJA – BRANCA*; Bologna - Roma, 1985;

SANTORO PASSARELLI, *“Il lavoro parasubordinato”*, Milano, 1979;

SARACINI - TOFFOLETTO, *“ il Contratto di Agenzia, artt. 1742 -1753”*, in Comm. Cod. civ., dirr., D. BUSNELLI, Varese, 2002;

SARACINI, *“Le sezioni unite e l’agente abusivo”* Mass. GL., 1984.

SCOGNAMIGLIO *“ Diritto del lavoro”*, Roma- Bari, 1963 e 2003;

SCOGNAMIGLIO *“La natura non contrattuale del lavoro subordinato”*, RIDL, 2007, 379 e ss;

SCOGNAMIGLIO, *“Contratti in generale”*, in Trattato GROSSO-SANTORO-PASSARELLI, 1977;

SCOGNAMIGLIO, *“Dei contratti in generale”*, in Comm. Cod. Civ. SCIAJOLA – BRANCA, curr. GALGANO, 2006., sub art. 1321 – 1352

SCORCELLI *“Le recenti modifiche alle disposizioni del Codice Civile in materia di contratto di agenzia”* in DL, 1, 2000.

SCORZA, *“ La concessione di vendita”* , *“I contratti di distribuzione”* curr. G. CASSANO, Milano, 2006;

SIMI *“ La funzione della legge nella disciplina collettiva dei rapporti di lavoro”*, Padova, 1980;

SUPPIEJ, *“il rapporto di lavoro”*, Padova, 1982,

TAMPIERI, *L’indennità di fine rapporto nel contratto di agenzia tra antinomie, principio di favore ed equità correttiva*, in Studi in onore di Tiziano Trau, II, Napoli, 2011;

TOFFOLETTO *“Il contratto di Agenzia”* in Comm. CICU – MESSINEO curr. P. SCHLESINGER, Milano, 2008;

TRADATI , *“Le transazioni nei contratti di agenzia”* in Agenti e Rappresentanti, 2005;

TRIONI, *“Del Contratto di Agenzia art. 1742 – 1753”*, in Comm. Cod. Civ SCIALOJA – BRANCA, curr. F. GALGANO, Bologna Roma, 2006.

VALLEBONA, *Il diritto processuale del lavoro*, in Trattato di diritto del lavoro, dirr. M. PERSIANI – F. CARINCI, Padova, 2011.

VENEZIA *“ La risoluzione ed il recesso nel contratto di agenzia”* in *Recesso e risoluzione nei contratti* , curr. G. DE NOVA, Milano 1994;

VENEZIA, *“Lo star del credere e contratto di agenzia”*, in I contratti, 2000;

VENEZIA, appendice a *“Il contratto di Agenzia, la concessione di vendita, il franchising”*, Milano, 2011;

VIVANTE, *“ Trattato di diritto commerciale”*, Milano, 1929;

ZANNELLI, *“Storia e teoria del rapporto di agenzia”*, in Studi Urbinati, 1963;

ZUDDAS, *“Somministrazione, Concessione di vendita, Franchising”* , in Tratt. Dirr. Comm, dirr. V. BUONOCORE. Torino, 2003.