

Cassazione civile sez. III, 30/09/2019, (ud. 21/06/2019, dep. 30/09/2019), n.24221

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. AMENDOLA Adelaide – Presidente –

Dott. GRAZIOSI Chiara – rel. Consigliere –

Dott. IANNELLO Emilio – Consigliere –

Dott. DELL'UTRI Marco – Consigliere –

Dott. GORGONI Marilena – Consigliere –

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 18575-2016 proposto da:

.....SPA, in persona dell'Amministratore Delegato Dott.

D.G.A.G., elettivamente domiciliata in .....

– ricorrente –

contro

..... SPA, in persona del suo Amministratore

Delegato e Legale Rappresentante Dott. V.A.,

elettivamente domiciliata in .....

– controricorrente –

avverso la sentenza n. 390/2016 della CORTE D'APPELLO di MILANO,

depositata il 20/04/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del

21/06/2019 dal Consigliere Dott. CHIARA GRAZIOSI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.

PEPE ALESSANDRO, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato .....

udito l'Avvocato .....

Fatto

## FATTI DI CAUSA

1. Con sentenza n. 11245/2014 il Tribunale di Milano, a seguito di causa promossa con ricorso del 6 giugno 2012 dalla .... S.p.A. – poi incorporata nella D. S.p.A. – nei confronti della ... – S.B. S.p.A. – che aveva incorporato .... S.p.A. -, accoglieva le contrapposte domande avanzate dalle parti nel senso di dichiarare sussistente il credito della D. per ritardato rilascio di controparte dell'immobile in questione dopo la cessazione del contratto che la D. aveva stipulato con la ... (si trattava di una sublocazione, in cui quest'ultima era subconduttrice e la D. era sublocatrice, contratto venuto meno per risoluzione consensuale del contratto di locazione stipulato dalla D. come conduttrice e in cui locatrice era .... S.r.l.) nella misura dei canoni maturati nel periodo di ritardo, per Euro 271.131,32 oltre Iva ed interessi, e altresì nel senso di dichiarare il credito della subconduttrice per l'indennità di avviamento nella misura di Euro 442.708,32 oltre a Iva e interessi, compensando infine le rispettive debenze e condannando la D. a corrispondere a controparte il residuo, cioè Euro 171.667,01 oltre Iva ed interessi.

Avendo proposto appello principale la D. e appello incidentale la ...., la Corte d'appello di Milano rigettava entrambi i gravami con sentenza del 20 aprile 2016.

2. Ha presentato ricorso la D. sulla base di quattro motivi. Si è difesa con controricorso la ...., che ha pure depositato memoria.

Diritto

## RAGIONI DELLA DECISIONE

3.1 Il primo motivo del ricorso denuncia “violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale” per avere la Corte d'appello ritenuto che le parti non avessero concordato la rinuncia all'indennità di avviamento da parte della subconduttrice, come invece era stato addotto dall'attuale ricorrente.

3.2 Il secondo motivo denuncia, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c.

La corte territoriale avrebbe ritenuto irrilevante, e comunque non provato, anche per la genericità di quanto desumibile dalla documentazione prodotta dall'attuale ricorrente, il fatto che alla conclusione del contratto di sublocazione il canone di mercato fosse ben superiore a quello stipulato nel contratto di locazione. Si obietta che i documenti prodotti dalla D. avrebbero invece fornito “elementi chiari e univoci” sull'intervenuto aumento del canone.

La Corte d'appello, condividendo quanto reputato dal Tribunale, avrebbe ritenuto pattuito il canone di mercato (Euro 850.000 annui) nel contratto di sublocazione, visti gli aggiornamenti Istat del canone del contratto di locazione (Euro 650.000 annui) stipulato nel 2004. Entrambi i giudici di merito avrebbero errato “nel non considerare le prove offerte”, basandosi invece sul notorio, cioè sugli aumenti dell'indice Istat, che notorio però non sarebbero stati, trattandosi di specifiche acquisizioni tecniche.

3.3 Il terzo motivo denuncia error in procedendo per mancata ammissione dei mezzi istruttori richiesti dall'attuale ricorrente.

Si riporta il capitolato offerto per interrogatorio e prova testimoniale limitatamente ad alcuni capitoli per affermarne la rilevanza, asserendo che le testimonianze su tali circostanze sarebbero state decisive per accertare che non era dovuta l'indennità di avviamento dalla sublocatrice alla subconduttrice.

3.4 Il quarto motivo denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 392 del 1978, art. 34 e art. 1591 c.c.

La Corte d'appello avrebbe ritenuto non dovuta la "penale per ritardata restituzione" dell'immobile per la sussistenza del diritto alla indennità di avviamento della conduttrice: mora restituendi che verrebbe ad inibire il maggior danno. Ma nel caso in esame vi sarebbe stata "una pattuizione contrattuale che espressamente indicava che l'indennità di avviamento non era dovuta perchè ricompresa nel minor importo del canone": pertanto sarebbe erronea l'interpretazione della corte territoriale relativa alla lettura giurisprudenziale della L. n. 392 del 1978, art. 34 e art. 1591 c.c. in ordine alla interdipendenza delle relative obbligazioni.

4.1 Nel contratto di sublocazione concluso dalle parti l'art. 4.2 così stabiliva:

"Le parti si danno reciprocamente atto che il canone di sublocazione è stato determinato deducendo forfettariamente un importo spettante al Subconduttore per l'indennità per la perdita dell'avviamento, calcolato sulla base della durata di 25 mesi della sublocazione. In considerazione di ciò, nonchè del fatto che il sublocatore ha rinunciato alla disponibilità ed al godimento dei Locali, resta in capo esclusivamente al sublocatore il diritto di percepire dal locatore l'eventuale indennità per la perdita di avviamento...".

Inoltre all'art. 3.3 era stato pattuito un forfait di Euro 30.000 per il minore godimento dell'immobile e per ogni pretesa anche risarcitoria, inclusa l'eventuale indennità per la perdita di avviamento, e ancora all'art. 4 era stato determinato un canone annuo di Euro 850.000, il quale, secondo la prospettazione della sublocatrice, avrebbe incluso anche l'indennità di avviamento.

4.2 La corte territoriale ha riportato per esteso la motivazione della sentenza di primo grado, da cui emerge – conformemente a quanto prospettato, rispettando il canone dell'autosufficienza, nel ricorso – che l'attuale thema decidendum consiste nella debenza o meno della indennità di avviamento: quesito, questo, risolto in senso positivo dal Tribunale, il quale, dopo aver affermato l'applicabilità in astratto della L. n. 392 del 1978, art. 34 anche nel caso di sublocazione, sul caso concreto così si esprime:

"Non osta al riconoscimento dell'indennità di avviamento la previsione di cui all'art. 4.2 del contratto di sub-locazione... che esclude il diritto della società conduttrice all'indennità... trattandosi di clausola nulla, ai sensi della L. n. 392 del 1978, art. 79 comportando una rinuncia preventiva da parte del subconduttore ed in favore del sublocatore ad un diritto che sorgerà al momento

della cessazione del contratto” (e qui viene richiamata pertinente giurisprudenza di legittimità). “Sostiene la ricorrente che l’indennità di avviamento non è dovuta in quanto le parti ne hanno tenuto conto nella determinazione del canone di locazione (art. 4.2 del contratto), richiamando a sostegno della legittimità della pattuizione la giurisprudenza della Corte di Cassazione... L’assunto non è fondato. Il disposto contrattuale è generico, mancando ogni riferimento alla misura del canone di mercato sul quale sarebbe stata operata la decurtazione ed essendo stato l’importo corrispondente all’indennità di avviamento dedotto in via forfettaria. Non risulta dimostrato che il canone di locazione sia stato determinato in misura ridotta rispetto a quello di mercato”, essendo d’altronde superiore di un terzo rispetto al canone del contratto di locazione (che era in effetti originariamente di Euro 650.000 annui); e “l’aggiornamento del canone di locazione nel periodo intercorrente” tra la stipulazione del contratto di locazione e quello di sublocazione, sempre secondo il Tribunale, “non giustifica certamente la maggiorazione”. E ancora, osserva il primo giudice, “non vi è prova di un incremento dei canoni locatizi nel periodo intercorrente tra la stipulazione del contratto di locazione e quello di sublocazione tale da dimostrare la riduzione del canone convenuto rispetto a quello di mercato”.

Il Tribunale inserisce nella sua ricostruzione pure la clausola 3.3 del contratto: “Ulteriore dimostrazione del fatto che le parti non hanno inteso compensare il canone di locazione con il credito relativo all’indennità per la perdita dell’avviamento commerciale è costituita dalla clausola n. 3.3 del contratto, con la quale hanno previsto, in caso di risoluzione anticipata del contratto di locazione, la corresponsione a favore del conduttore di un importo pari ad Euro 30.000,00 “per il minore godimento dei locali, nonché a tacitazione di ogni pretesa anche risarcitoria, ad ogni titolo, inclusa l’indennità per la perdita dell’avviamento commerciale”... Infatti, se l’indennità era già stata compensata con la riduzione del canone di locazione, la clausola in parola sarebbe priva di senso.”.

E in tal modo il giudice di prime cure giunge a reputare, infine, prive di dimostrazione “la validità della clausola di cui al punto 4.2... e, con essa, la rinuncia della società conduttrice all’indennità di avviamento a fronte della riduzione del canone”, da ciò quindi deducendo dovuta la indennità di avviamento.

4.3 A questa impostazione aderisce completamente il giudice d’appello (motivazione della sentenza impugnata, pagina 15 s.), il quale, dopo avere affermato che la nullità di cui alla L. n. 392 del 1978, art. 79, comma 1 “è volta ad evitare la elusione, a mezzo di rinuncia preventiva, dei diritti del conduttore garantiti dalla legge (non escludendo, invece, la possibilità di disporne quando i diritti medesimi siano già stati da lui acquisiti)”, dà atto della sussistenza di

giurisprudenza di questa Suprema Corte che ha rimarcato la libertà di determinazione del canone nel contratto di locazione di immobile ad uso commerciale, per concludere però che nel caso in esame “non risulta che la rinuncia della subconduttrice all’indennità di avviamento (rinuncia preventiva, trattandosi di diritto non ancora esistente al momento della stipulazione del contratto di locazione, ma destinato a sorgere, in presenza delle condizioni di cui alla L. n. 392 del 1978, artt. 34 e 35 al momento della cessazione del rapporto contrattuale), peraltro soltanto implicita nella clausola 4.2 del contratto..., abbia avuto effettiva contropartita in una riduzione del canone... non rinvenendosi nella predetta clausola, nè del resto in altra parte del contratto, quale sarebbe stato il maggior canone pattuito e quale sarebbe stato, correlativamente, l’ammontare forfettariamente considerato dei contraenti quale indennità di avviamento spettante al subconduttore e “da scontare” su tale ipotetico maggior canone”, peraltro, come rilevato dal primo giudice, nettamente superiore a quello dovuto nel contratto di locazione (Euro 850.000 contro Euro 650.000 annui).

5.1 L’istituto della indennità per la perdita dell’avviamento è stato inteso dal legislatore come strumento di tutela dell’affidamento del conduttore sulla durata del godimento dell’immobile, che – evidentemente – ben può incidere sugli esiti dell’attività per cui l’immobile è stato locato: la L. n. 392 del 1978, art. 34 infatti, al comma 1 indica come presupposto che la cessazione del rapporto locatizio “non sia dovuta a risoluzione per inadempimento o disdetta o recesso del conduttore o a una delle procedure previste dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267”, e significativamente poi al comma 2 aumenta l’indennità per l’ipotesi in cui entro un anno la stessa attività o comunque attività affini vengano svolte nel medesimo immobile.

Lo scopo di tutela è d’altronde confermato dall’art. 35, che esclude l’indennità laddove la cessazione del contratto, nel senso del venir meno della fruizione di un determinato immobile, non incida sull’attività del conduttore, fattispecie indicate dallo stesso articolo.

5.2 E’ pertanto evidente che l’indennità di avviamento, nei contratti non riconducibili all’art. 35, ontologicamente si colloca nell’equilibrio sinallagmatico negoziale. La sua natura è orientata a favore del conduttore, e quindi in tale versante viene ad inserirsi nel controbilanciamento dei rispettivi interessi che forma l’equilibrio sinallagmatico.

Il legislatore, peraltro, impone un confine all’autonomia negoziale mediante l’art. 79 cit. Legge, che al comma 1 investe di nullità “ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto o ad attribuire al locatore un canone maggiore rispetto a quello previsto dagli articoli precedenti ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della presente legge”.

Non sussiste nell'art. 79 un espresso riferimento all'indennità ex art. 34, la quale, a ben guardare, avrebbe potuto anche essere qualificata, anzichè "vantaggio" – nel senso di un *quid pluris* nella posizione sinallagmatica rispetto a quella consentita a controparte, ovvero una correlazione conformata ex lege a favore del conduttore, in sintonia con la tradizionale ottica della c.d. parte debole -, uno strumento di reintegrazione sinallagmatica (e quindi il recupero di un equilibrio ab origine tendenzialmente paritario, diretto a sopire gli effetti di uno scioglimento del contratto oggettivamente favorevole solo – o soprattutto – al locatore) considerato che non vi è diritto a tale indennità se il rapporto ha raggiunto la durata prevista; ma la natura fortemente protettiva della ratio della L. n. 392 del 1978, pervasa – come si è appena detto – dalla figura della "parte debole", identificata automaticamente e sempre nel conduttore, ha generato una scelta interpretativa ormai del tutto inequivoca e stabile.

5.3 Compatta, invero, la giurisprudenza di questa Suprema Corte si è schierata nel senso di intendere l'indennità un vantaggio, e non un recupero, *rectius*, una reintegrazione; e in misura nettamente dominante ha dunque creato un orientamento per cui la nullità inflitta dall'art. 79 presidia norme imperative che hanno lo scopo "di impedire che il conduttore sia indotto ad accettare condizioni che ledono i suoi diritti pur di assicurarsi il godimento dell'immobile" (così, per esempio, Cass. sez. 3, 18 gennaio 2002 n. 537) mediante accordi che operano una elusione preventiva dei suddetti diritti concessi dalle norme imperative (in tal modo si esprime Cass. sez. 3, 12 novembre 2004 n. 21520; sulla stessa linea della ratio protettiva v., p. es., pure Cass. sez. 3, 3 aprile 1993 n. 4041, Cass. sez. 3, 12 ottobre 1998 n. 10081, Cass. sez. 3, 18 gennaio 2002 n. 537, Cass. sez. 3, 9 giugno 2003 n. 9197, Cass. sez. 3, 14 gennaio 2005 n. 675 e Cass. sez. 3, 24 novembre 2007 n. 24458).

5.4 Peraltro, l'art. 79 è stato inteso come riguardante le clausole del contratto, e pertanto non incidente su eventuali accordi posteriori (cfr. p. es. la citata Cass. sez. 3, 14 gennaio 2005 n. 675, per cui l'art. 79 – il quale "sancisce la nullità di ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto di locazione o ad attribuire al locatore un canone maggiore a quello legale, ovvero ad attribuirgli altro vantaggio" *contra legem* – "mira ad evitare che al momento della stipula del contratto le parti eludano in qualsiasi modo le norme imperative... aggravando in particolare la posizione del conduttore", senza però impedire che "al momento della cessazione del rapporto le parti addivengano ad una transazione in ordine ai rispettivi diritti ed in particolare alla rinuncia, da parte del conduttore, dopo la cessazione del rapporto, dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale..."; e cfr. pure Cass. sez. 3, 28 agosto 2007 n. 18157).

E' qui, a ben guardare, che si struttura il dispositivo ermeneutico che relativizza la tutela ravvisata nell'art. 79: si tratta di diritti disponibili, per cui, quando sono

“sorti”, possono essere tolti, ovvero rinunciati. Si riconosce quella che, in effetti, è una riapertura ex post all’autonomia negoziale “classica”, affermando che l’art. 79 alla cessazione del rapporto non impedisce alle sue parti di stipulare una transazione sui rispettivi diritti inseriti nel sinallagma che ha governato il rapporto stesso, e che in particolare non impedisce al conduttore di rinunciare all’indennità da perdita d’avviamento, anche in modo implicito, dal momento che l’art. 79 “è volto ad evitare la preventiva elusione dei diritti del locatario ma non esclude la possibilità di disporre una volta che essi siano sorti” (così, a proposito del diritto all’indennità Cass. sez. 3, 24 novembre 2007 n. 24458; conformi Cass. sez. 3, 22 aprile 1999 n. 3984, Cass. sez. 3, 3 aprile 1993 n. 4041, cit., e Cass. sez. 3, 8 febbraio 1990 n. 872; e questa impostazione da tempo si estende pure agli altri diritti del conduttore presidiati dall’art. 79: cfr. Cass. sez. 3, 19 novembre 1993 n. 11402, Cass. sez. 3, 24 settembre 1996 n. 8444, Cass. sez. 3, 9 giugno 2003 n. 9197, cit., Cass. sez. 3, 12 novembre 2004 n. 21520, cit., Cass. sez. 3, 14 gennaio 2005 n. 675, Cass. sez. 3, 10 giugno 2005 n. 12320 e, da ultimo, S.U. 15 giugno 2017 n. 14861).

Dunque, secondo la lettura tradizionale, colui che assume il ruolo di conduttore in un contratto di locazione commerciale quando lo stipula deve essere tutelato perchè parte debole – è evidente l’influsso, se non addirittura il contagio, dell’ulteriore species del genus locatizio com’era disciplinata dalla L. n. 392 del 1978, la locazione ad uso abitativo -, così che i diritti dettati sul piano astratto dalle protettive norme imperative entrano, sul piano concreto, nel negozio stipulato; peraltro, quando il negozio è stato stipulato – e i diritti hanno quindi acquisito, in concreto appunto, la fonte negoziale cui si devono rapportare – il conduttore si converte da parte debole in parte “paritaria” rispetto al locatore, proprio per questo potendo disporre di tali diritti, sia nell’ambito di negozi transattivi, sia mediante una mera rinuncia dei diritti stessi. I diritti devono sorgere, ma, una volta sorti, possono appunto essere “tolto di mezzo”.

5.5 La non linearità di questa struttura interpretativa nella locazione commerciale ha dato luogo ad un orientamento contrario a quello dominante che l’ha adottata: orientamento contrario che, peraltro, è rimasto assai debole.

Tra gli arresti massimati capostipite ne è Cass. sez. 3, 20 ottobre 1995 n. 10907, sentenza massimata nel senso che nella locazione immobiliare commerciale “vige il principio della libertà di determinazione del canone, per cui, tendendo la L. n. 392 del 1978, art. 79 a garantire l’equilibrio sinallagmatico del contratto secondo la valutazione operata dal legislatore, non sono stati imposti limiti all’autonomia negoziale con riguardo alla previsione di un canone in misura inferiore a quella originariamente concordata, ove la stessa trovi la sua giustificazione nella rinuncia, da parte del conduttore, ai diritti derivantigli dal

contratto di locazione, relativamente alla prelazione e, conseguentemente, al riscatto ed all'indennità di avviamento commerciale.”.

Ad essa si è richiamata dieci anni dopo Cass. sez.3, 12 luglio 2005 n. 14611, massimata esattamente come la precedente con l'aggiunta che la rinuncia preventiva del conduttore “deve trovare il suo corrispettivo sinallagmatico all'interno del contratto stesso di locazione.” Questa presa di posizione, in motivazione, non si estende oltre quel che era già riportato nella massima dell'arresto precedente (“...va osservato che in tema di locazione di immobile ad uso non abitativo vige il principio della libertà di determinazione del canone, per cui, tendendo la L. n. 392 del 1978, art. 79 a garantire l'equilibrio sinallagmatico del contratto secondo la valutazione “operata dal legislatore, non sono stati imposti limiti all'autonomia negoziale con riguardo alla previsione di un canone in misura inferiore a quella originariamente concordata, ove la stessa trovi la sua giustificazione nella rinuncia, da parte del conduttore, ai diritti derivantigli dal contratto di locazione, relativamente alla prelazione e, conseguentemente, al riscatto ed all'indennità di avviamento commerciale (Cass. 20/10/1995, n. 10907). In altri termini, al fine di sfuggire alla nullità ex art. 79 cit., la rinuncia preventiva da parte del conduttore ad uno dei diritti predetti deve trovare il suo corrispettivo sinallagmatico all'interno del contratto stesso di locazione.”).

Infine, ancora dopo circa dieci anni, questo fiumicello nascosto riaffiora in Cass. sez. 3, 29 aprile 2015 n. 8705, a sua volta massimata in modo analogo (“In tema di locazione di immobile ad uso non abitativo vige il principio della libera determinazione del canone, per cui, tendendo la L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 79 a garantire l'equilibrio sinallagmatico del contratto secondo la valutazione operata dal legislatore, non sono stati imposti limiti all'autonomia negoziale con riguardo alla previsione di un canone in misura inferiore a quella originariamente concordata, ove la stessa trovi la sua giustificazione nella rinuncia, da parte del conduttore, ai diritti derivantigli dal contratto di locazione, ivi compreso quello alla corresponsione dell'indennità di avviamento commerciale.”), la quale tratta un caso che potrebbe dirsi affine – se il thema decidendum, come conformato nel ricorso, fosse in tal senso idoneo; ma questo si vaglierà infra – a quello in esame.

L'arresto del 2015 motiva infatti affermando che correttamente il giudice di merito aveva “ritenuto legittima la clausola contrattuale recante sostanziale rinuncia all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale rilevando che, “secondo quanto ammesso dallo stesso conduttore e comprovato dalla scrittura contrattuale, ne era rimesso lo scomputo sull'ammontare del canone”. Al riguardo si osserva che questa Corte ha affermato che in tema di locazione di immobile ad uso non abitativo vige il principio della libertà di determinazione del canone, per cui, tendendo la L. n. 392 del 1978, art. 79 a garantire l'equilibrio

sinallagmatico del contratto secondo la valutazione operata dal legislatore, non sono stati imposti limiti all'autonomia negoziale con riguardo alla previsione di un canone in misura inferiore a quella originariamente concordata, ove la stessa trovi la sua giustificazione nella rinuncia, da parte del conduttore, ai diritti a lui derivanti dal contratto di locazione, relativamente alla prelazione e, conseguentemente, al riscatto ed all'indennità di avviamento commerciale (Cass. 20 ottobre 1995, n. 10907; Cass. 12 luglio 2005, n. 14611). Di tale principio risulta aver fatto corretta applicazione la Corte di merito." (si nota per inciso che di tutte e tre le sentenze di orientamento minoritario dà atto, pur senza affrontare realmente il problema, la corte territoriale nelle pagine 15-16 della motivazione della sentenza impugnata).

5.6 Quest'ultima pronuncia, evidentemente, segue in modo davvero conforme la pronuncia capostipite, e ne patisce la stessa criticità. La sentenza del 1995, infatti, motivava come si verrà ora a esporre.

Dinanzi ad un caso in cui in un contratto di locazione ad uso commerciale il conduttore aveva espressamente rinunciato ai diritti di prelazione e di riscatto e all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale in una specifica clausola – la clausola 11 -, e in cui il ricorrente lamentava violazione dell'art. 79, adducendo tra l'altro che "la clausola n. 11 che prevede tali abdicazioni non si configurerebbe tecnicamente come "rinuncia", bensì come pattuizione diretta ad escludere un diritto che per legge sarebbe spettato al locatario in maniera ineludibile", e quindi sarebbe nulla, si è affermato che detta clausola godeva di "piena validità" in quanto la rinuncia ai suddetti diritti "costituisce il corrispettivo della rinuncia, da parte del locatore, a percepire un canone mensile nella misura già pattuita e, quindi, rappresenta la controprestazione della concordata riduzione del canone.". Segue il passo che è stato elevato a massima ("Invero in tema di locazione di immobile ad uso non abitativo – come quello in esame – vige il principio della libertà di determinazione del canone per cui, tendendo l'art. 79 Legge suddetta soltanto a garantire l'equilibrio sinallagmatico del contratto secondo la valutazione operata dal legislatore, non sono stati imposti limiti all'autonomia negoziale con riguardo alla previsione di un canone in misura inferiore a quella concordata, ove la stessa trovi la sua giustificazione nella rinuncia, da parte del conduttore, ai diritti derivantigli dal contratto di locazione, relativamente alla prelazione e, conseguentemente, al riscatto ed all'indennità di avviamento commerciale, di talchè deve escludersi la violazione del richiamato art. 79") per giungere poi al rilievo – su quel che, a ben guardare, è il punctum dolens del ragionamento – che "il giudice del gravame ha incensurabilmente accertato che unico fu il contratto stipulato" e che in tale contratto il conduttore "rinunciò al diritto di prelazione e di riscatto, nonchè al diritto all'indennità per la perdita di avviamento, essendo stata tale rinuncia compensata – all'atto della stipula del contratto – con una misura del canone inferiore a quella

effettivamente concordata. Pertanto, contrariamente a quanto assume il ricorrente, le parti stipularono non due contratti, bensì uno solo, nel quale dopo aver, fra l'altro, concordato la misura del canone, la ridussero per aver il conduttore rinunciato ai diritti nascenti dal contratto medesimo, quale quello di prelazione o di riscatto e di indennità per la perdita dell'avviamento.

Tale rinuncia conseguì ad una valutazione complessiva dei contrapposti diritti ed interessi dei contraenti legati da nesso di reciprocità, sicchè giustamente la Corte barese ha tratto la convinzione della vantaggiosità della clausola... per il conduttore che, in caso contrario, non l'avrebbe certamente accettata. L'interpretazione data dal giudice del gravame al contratto di locazione de quo ed in particolare alla pattuizione n. 11 è indubbiamente corretta siccome conforme alle norme stabilite dagli artt. 1362 c.c. e segg.”.

5.7 Questa argomentazione è agevolmente criticabile, in quanto, come si è appena visto, si fonda sul presupposto che la rinuncia a determinati diritti “di favore” inseriti dal legislatore nel paradigma della locazione commerciale costituirebbe un corrispettivo sinallagmatico a fronte della diminuzione di un canone già pattuito/concordato, pur non essendovi stato ancora alcun contratto.

Definire concordato un canone al punto che per diminuirlo occorre rinunciare ai diritti che il legislatore attribuisce appare intrinsecamente contraddittorio, per non dire un fragile espediente non corrispondente al vero. Si prospetta, infatti, una scissione, o una graduazione progressiva, nella determinazione del contenuto del contratto, svincolando una parte dell'oggetto delle trattative precontrattuali dalla residua parte, così da qualificare già concordati elementi essenziali come il canone quando in realtà la trattativa è ancora aperta e giunge, infatti, ad un canone diverso. In realtà, non sussiste un canone concordato che viene abbassato con la rinuncia: sussiste invece, nella notoria realtà commerciale, un canone preteso (nel senso di rigidamente proposto) dal soggetto che tratta come futuro locatore e che questo soggetto si dichiara disponibile a diminuirlo qualora la potenziale controparte gli proponga a sua volta dei particolari vantaggi; e quindi, nei casi di cui si tratta, tali peculiari vantaggi sarebbero consistiti nel mancato inserimento – quale esito delle trattative precontrattuali – nel regolamento negoziale di diritti stabiliti dal legislatore venendo utilizzata l'autonomia negoziale (in questa sede però, secondo la giurisprudenza predominante, insussistente per la natura imperativa delle norme) per farne oggetto di asportazione del sinallagma tipico del contratto delineato dalla legge.

Che l'autonomia negoziale nel contratto di locazione ad uso commerciale comunque sussista il che potrebbe sì condurre a rivedere l'interpretazione dell'art. 79 e, a monte, l'imperatività delle norme che stabiliscono determinati diritti del conduttore – è una cosa; che il contratto si concluda per stadi separati,

così da poter configurare come naturale una condotta – in realtà alquanto autolesionista – dell’aspirante conduttore che prima accetta un canone per lui eccessivo (che diverrebbe il canone “concordato”) e poi cerca di rimediare alla sua malleabilità negoziale “pagando” la correzione di quanto ha già concordato con la rinuncia, in un altro stadio di formazione del regolamento negoziale, a propri vantaggi legalmente previsti, è un’altra. E la configurabilità di quest’ultima prospettazione radicalmente non appare condivisibile, poichè la determinazione del contenuto del regolamento negoziale non può che essere unitaria, dal momento che il sinallagma si concretizza nella globalità dell’accordo (cfr. art. 1363 c.c.).

5.8 La realtà è che l’art. 79 – come già si accennava – costituisce effettivamente una sorta di intrusione, nel paradigma della locazione ad uso commerciale, del paradigma all’epoca della c.d. legge dell’equo canone imposto alla locazione ad uso abitativo, tipo contrattuale socialmente inteso come strumento assistenziale. Il legislatore del 1978 ha scelto di disciplinare entrambi i tipi di locazione in un unico testo normativo, e la tanto forte quanto pervadente percezione del conduttore come parte debole nella locazione abitativa – al punto che il legislatore ha ritenuto di dover determinare direttamente il canone, “ingabbiando” l’elemento fondamentale del sinallagma – ha contagiato anche la figura del conduttore nella locazione commerciale.

Forse ancor più oggi, a distanza di decenni dalla Legge del 1978, non è agevole comprendere la ragione per cui chi svolge un’attività commerciale debba essere reputato parte debole – o comunque debba esserlo sempre – in rapporto ad un proprietario di immobile, quasi che in termini economici la proprietà immobiliare sia ontologicamente superiore all’attività di impresa. Tale generalizzazione della debolezza nel ruolo di conduttore in qualunque tipo di locazione non appare, in effetti, esente di criticità: e proprio questa “inquietudine” strutturale è sottesa alla interpretazione per cui, una volta sorti i diritti “di favore” per la parte debole, questa non è più debole ma pari all’altra, e può quindi rinunciarvi.

L’art. 79 non può, peraltro, essere “svuotato” con interpretazioni che, come si è visto, scardinano il concetto di contratto, trasformandolo in una fattispecie a formazione progressiva in cui le parti prima concordano una cosa e poi ne concordano un’altra per “smontare” quella precedente, ma rimanendo unico il contratto. Che norme come il diritto alla prelazione, il diritto al riscatto e il diritto all’indennità per perdita dell’avviamento contengano un vantaggio al conduttore (anzichè una reintegrazione: quest’ultima, a ben guardare, potrebbe essere configurabile soprattutto proprio per il caso dell’art. 34) è comunque una lettura consolidata, condivisa anche da quel minoritario orientamento che, come si è visto, tali vantaggi ritiene rinunciabili. Allo stato della normativa, quindi, come percepita in certa lex, il conduttore continua ad essere investito di un ruolo di

parte debole quando stipula il contratto locativo commerciale, e deve pertanto posticipare il libero esercizio della sua autonomia negoziale a quando il contratto è stato già stipulato.

Questa criticità, sia sul piano giuridico (la disponibilità dei diritti trasforma immediatamente la parte debole in una parte rinunciante nei diritti di cui è già titolare) sia sul piano socioeconomico (come già si accennava, incomprensibile è la qualificazione dell'imprenditore commerciale come soggetto sempre debole rispetto a qualunque proprietario immobiliare, prescindendo dalla concreta configurazione delle posizioni economiche di entrambi), trascorsi ormai più di quarant'anni dal testo normativo da cui discende ed essendo stato modificato nel frattempo proprio il paradigma della locazione abitativa che nella sua versione originaria aveva, come un contagio, generato la criticità suddetta, meriterebbe tuttavia, anche de jure condendo, di essere superata, infrangendo quella debolezza del conduttore che, nella locazione non abitativa, quale canone generale pare integrare una fictio juris et de jure.

5.9 La consolidata giurisprudenza di questa Suprema Corte è riemersa anche dopo l'ultimo elemento di deviazione interpretativa: tra gli arresti massimati, Cass. sez. 3, 13 giugno 2018 n. 115373 ha ribadito: "la L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 29 il quale sancisce la nullità di ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto di locazione o ad attribuire al locatore un canone maggiore di quello legale, ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della legge stessa, non impedisce al conduttore di rinunciare all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale, purchè ciò avvenga successivamente alla conclusione del contratto, quando può escludersi che il conduttore si trovi in quella posizione di debolezza alla cui tutela la richiamata disciplina è preordinata", in motivazione espressamente rimarcando la non divisibilità, appunto, di Cass. sez. 3, 29 aprile 2015 n. 8705. E, sempre in tema, l'ancor più recente Cass. sez. 3, ord. 23 agosto 2018 n. 20974, in motivazione, qualifica le norme imperative rinvenibili nella L. n. 392 del 1978 come apportanti "la limitazione dell'autonomia contrattuale in vista di un'esigenza sociale ritenuta meritevole di tutela preferenziale", definendo l'art. 79 "una norma di chiusura che prevede la sanzione della nullità a tutela di alcuni diritti ritenuti oggetto di particolare protezione, in perfetta concordanza con l'intero impianto e con la filosofia sottesa alla L. n. 392 del 1978", per cui la giurisprudenza di questa Suprema Corte afferma appunto che "solo successivamente alla conclusione del contratto, quando il conduttore non si trova più in una posizione di debolezza per il timore di essere costretto a lasciare l'immobile dove svolge l'attività commerciale, vi è la possibilità per le parti di negoziare in ordine ai diritti nascenti dal contratto ed in particolare in ordine al diritto all'indennità di avviamento" (l'ordinanza qui richiamata arresti del tutto conformi alla linea predominante; e cfr. pure, sempre a proposito dei limiti

dell'autonomia negoziale delle parti nella locazione commerciale, Cass. sez. 3, 14 marzo 2018 n. 6124, che, a proposito della conformazione del canone, si innesta nell'attiguo filone relativo alla L. n. 392 del 1978, art. 32 di cui i più recenti arresti massimati sono Cass. sez. 3, 11 ottobre 2016 n. 20384 e Cass. sez. 3, 7 febbraio 2013 n. 2961).

6. La conformazione dei motivi di questo ricorso non consente, peraltro, di accedere realmente a questa tematica.

6.1 Il primo motivo, infatti, rubricato genericamente come “violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale”, dopo la trascrizione di un ampio stralcio della motivazione della sentenza impugnata, propone la violazione degli artt. 1362, 1363, 1366 e 1367 c.c. quanto alla interpretazione del contratto di sublocazione e, ovviamente, della clausola 4.2, argomentando una – per così dire – classica valutazione alternativa del contenuto della clausola rispetto a quello che vi ha ravvisato il giudice di merito, non solo sulla base del dettato contrattuale ma altresì in forza del comportamento delle parti: risulta evidente, pertanto, l'inammissibilità del motivo, in quanto diretto ad ottenere una revisione dell'accertamento di fatto da parte del giudice di legittimità.

6.2 Non si distoglie da questa linea il secondo motivo, rubricato – più specificamente di quello precedente – come violazione e falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3: imputa infatti al giudice d'appello di non avere “valutate le prove offerte da D. volte a dimostrare che il canone di locazione concordato era stato ridotto rispetto a quello di mercato mediante deduzione forfettaria dell'indennità di avviamento”. Questo ulteriore tentativo di ottenere un terzo grado di merito viene, ovviamente, nutrito di elementi fattuali che, ad avviso della ricorrente, avrebbero pregnanza probatoria.

Pure in questo caso l'inammissibilità è più che evidente, il riferimento all'art. 115 c.p.c. costituendo un fragile schermo che ha tentato di coprirlo, il motivo essendo conformato con la modalità e la sostanza proprie di una censura proponibile soltanto come motivo d'appello.

6.3 Il terzo motivo ancora non riesce ad oltrepassare l'area inammissibile del terzo grado di merito, in quanto, dopo essere rubricato – in modo nuovamente generico – error in procedendo per mancata ammissione dei mezzi istruttori, nuovamente si conforma come se fosse una censura rappresentata a un giudice di merito. Vengono riportati, tra l'altro, alcuni capitoli, pare testimoniali, che sarebbero stati proposti nella comparsa di risposta e che, si nota ad abundantiam, palesemente erano inammissibili: il capitolo 4 infatti chiede al teste una valutazione sui canoni di mercato che andava semmai affidata ad un

ausiliario tecnico del giudice; i capitoli 10 e 11 riguardano – e anche genericamente – quel che sarebbe stato concordato tra le parti, in contrasto con l'art. 2721 c.c. e apportando una sorta di “interpretazione autentica”, contrastante a quella adottata dai giudici di merito; il capitolo 12 verte su una circostanza *ictu oculi* irrilevante, indicando il legale che avrebbe redatto il contratto; il capitolo 16, infine, riecheggia il capitolo 4, ancora affidando al teste una valutazione che avrebbe dovuto essere richiesta a un consulente tecnico d'ufficio.

6.4 Infine, il quarto motivo denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 392 del 1978, art. 34 e art. 1591 c.c., ma la sua impostazione apparentemente giuridica ancora una volta viene svuotata e sostituita da una sostanza fattuale, in quanto si ritorna all'interpretazione della clausola 4 del contratto per sostenere che “vi era una pattuizione contrattuale che espressamente indicava che l'indennità di avviamento non era dovuta perchè ricompresa nel minor importo del canone di locazione”, in ciò ponendo il centro effettivo della censura perchè questa adduce “erronea... la valutazione del caso di specie con riferimento all'interpretazione giurisprudenziale della L. n. 392 del 1978, art. 34 e art. 1591 c.c. circa l'interdipendenza delle obbligazioni quando risulta che l'indennità di avviamento non fosse dovuta”.

7. Tutto il ricorso, assorbendo ogni altro profilo, risulta quindi inammissibile, onde quanto è stato sopra rilevato a proposito della consolidata interpretazione del combinato disposto della L. n. 392 del 1978, artt. 34 e 79 e delle sue criticità non può che rimanere al livello di un *obiter dictum* atto a raffigurare l'attuale diritto vivente, che le censure non sono pervenute a porre in discussione, rimanendo sulla soglia fattuale.

In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, con conseguente condanna della ricorrente alla rifusione a controparte delle spese processuali, liquidate come da dispositivo.

Sussistono D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, ex art. 13, comma 1 quater i presupposti per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente a rifondere a controparte le spese processuali, liquidate in un totale di Euro 15.000, oltre a Euro 200 per esborsi e agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 21 giugno 2019.

Depositato in Cancelleria il 30 settembre 2019