

*Legal Tweet a cura della Commissione di Diritto Civile CNCC
19 dicembre 2022*

LA CASSAZIONE N. 22826/2022 INVITA IL LEGISLATORE A RIPENSARE LA L. 392/1978

Lo scorso 22 luglio 2022, la Terza Sezione civile della Corte di Cassazione ha depositato un'ordinanza di grande interesse per la nostra industria, la n. 22826/2022.

La Corte di legittimità è tornata a decidere in tema di contratti di locazione ad uso diverso da quello abitativo e - occupandosi nuovamente dell'ammissibilità o meno di una rinuncia preventiva del conduttore all'indennità per la perdita dell'avviamento - ha tracciato alcuni principi di particolare interesse.

Va anzitutto ricordato che il tema dell'avviamento e della rinuncia preventiva alla relativa indennità assume, nell'ambito dei Centri Commerciali, una prospettiva del tutto peculiare.

E, difatti, vista la natura dei Centri – la cui capacità attrattiva è prevalentemente rappresentata data dal *mix* merceologico presente al loro interno e dall'organizzazione unitaria dell'offerta e dei servizi di cui può beneficiare ogni utente che li frequenta – nei contratti per la concessione in godimento degli spazi commerciali agli operatori spesso si prevede, in maniera espressa, che l'avviamento sviluppato nell'ambito dei negozi costituisce avviamento del Centro e, dunque, che i *retailer* che abbiano svolto attività al suo interno, una volta cessato il contratto, non possano avanzare pretese a riguardo.

Tale previsione, la cui ammissibilità è pacifica nell'ambito dei contratti di affitto di ramo di azienda (per i quali il legislatore ha infatti lasciato ampio spazio alla libertà negoziale delle parti) è meno univoca nell'ambito dei contratti di locazione commerciale relativi a locali siti nei Centri commerciali. Il dato appare fluido e in evoluzione: se la portata stringente della normativa in tema di locazioni commerciali (L. n. 392 del 27 luglio 1978) ha talvolta posto qualche dubbio sull'ammissibilità di clausole che determinino una rinuncia *ex ante* del conduttore all'avviamento, la tendenza del sistema sembra aprire, con una interpretazione "evolutiva", all'ammissibilità di tale previsione, tanto che un filone della prassi fiscale considera il Centro Commerciale, nel suo insieme (e dunque nelle sue componenti costituite da tutti i contratti, inclusi quelli di locazione e di affitto), come azienda unica con avviamento dunque unitario (v. Agenzia delle Entrate, con la risposta n. 549 del 4 novembre 2022).

Partendo da queste premesse e dalle peculiarità dei contratti di affitto e locazione nell'ambito dei Centri Commerciali, appare utile il richiamo all'ordinanza n. 22826/2022 della Corte di Cassazione che, pur non riguardando un contratto di locazione perfezionato in un Centro Commerciale, traccia principi di sicuro interesse

con riguardo al modello “generale” del contratto di locazione commerciale e all’ammissibilità di una rinuncia *ex ante* all’indennità di avviamento da parte del conduttore.

Come ricorda la Corte nell’ordinanza (richiamando una precedente sentenza; v. Cass. civ., Sez. III, Sent., 30/09/2019, n. 24221), l’istituto dell’indennità per la perdita dell’avviamento è stato da sempre inteso dal legislatore quale strumento in grado di tutelare l’affidamento del conduttore in ordine alla durata del godimento dell’immobile. Più precisamente, l’art. 34, della L. 392 del 27 luglio 1978, indica al comma 1, come presupposto per la spettanza dell’indennità, 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*”.

Ebbene, secondo la Corte, la natura protettiva della L. 392/1978 a tutela della c.d. “parte debole” del rapporto (ricorda la Corte, “*identificata automaticamente e sempre nel conduttore*”) ha portato la giurisprudenza a ritenere la nullità della rinuncia preventiva a tale indennità, così da “*impedire che il conduttore sia indotto ad accettare condizioni che ledano i suoi diritti pur di assicurarsi il godimento dell’immobile*”. La Corte ha però al contempo tenuto a precisare l’ammissibilità della rinuncia alla predetta indennità dopo il perfezionamento del contratto, non potendosi 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...*” (v. Cass. sez. 3, 28 agosto 2007 n. 18157). Ciò, in quanto la tutela relativa all’indennità di avviamento attiene a diritti che non sono negoziabili al momento del perfezionamento del contratto e che divengono invece “disponibili” una volta “sorti” (e dunque, dopo la firma del contratto).

L’ordinanza intravede, pertanto, (si cita testualmente) una “*non linearità*” nei meccanismi della L. n. 392/78. I Giudici di Cassazione osservano, infatti, che, in base alla prospettazione ricordata, il conduttore in un contratto di locazione commerciale verrebbe tutelato come parte debole solo al momento della stipula, mentre quando il negozio è stato stipulato - e il relativo diritto all’indennità è dunque sorto - “*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*”¹.

¹ Allo stato, dichiara pertanto la Corte, “*il conduttore continua ad essere investito di un ruolo di parte debole quando stipula il contratto locatizio commerciale e deve pertanto posticipare il libero esercizio della sua autonomia negoziale a quando il contratto è stato già stipulato*”. Pertanto, solo successivamente al **sorgere in concreto** del diritto in suo favore – in condizione dunque di, finalmente, raggiunta parità – il conduttore gode della facoltà di rinunziarvi: la rinuncia *ex ante* all’indennità di avviamento è, in forza del dato normativo, inammissibile.

Partendo da tale “incongruenza”, la Suprema Corte afferma che, 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”*. I giudici di legittimità hanno affermato che *“questa criticità ... trascorsi ormai più di quarant'anni dal testo normativo da cui discende ... 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”*: la Corte sembra ritenere ormai superato l'approccio del legislatore del 1978 (che riconosce automaticamente il conduttore come soggetto debole da proteggere), sottintendendo che la legge possa oggi precludere a disciplinare i rapporti *“in maniera meno protettiva”*, vista la *“ormai netta eliminazione della “parte debole” quantomeno nel paradigma locazione commerciale”*.

Anche se la decisione riguarda una locazione non inserita in un Centro Commerciale (come detto, le linee evolutive del diritto nei Centri Commerciali, ancorché fluide e in evoluzione, appaiono meno rigide), l'approdo giurisprudenziale in commento appare di grande interesse in quanto la Corte di Cassazione invita il legislatore ad aggiornare e ripensare il modello contrattuale della locazione commerciale, apparendo il binomio “conduttore-parte debole” ormai superato.

Ebbene, la spinta della Corte pare essere in linea con alcune sollecitazioni da tempo valorizzate nell'ambito della nostra associazione, tese a favorire un ripensamento anche riguardo alla combinazione “contratto di locazione/contratto di affitto di ramo d'azienda”: tale binomio non appare sempre adeguato alle peculiarità dei Centri Commerciali non essendo tali due modelli contrattuali sempre in grado di disciplinare in maniera efficiente il rapporto, del tutto peculiare, che si instaura tra proprietà e *tenant* nell'ambito dei Centri Commerciali.

L'auspicio già più volte espresso (che si unisce all'invito della Corte al Legislatore) è quello dell'elaborazione di una nuova disciplina legislativa che parta dalle peculiarità sottese ai contratti di concessione in godimento di spazi all'interno dei Centri Commerciali e/o spazi assimilati. Non più, dunque, il semplice binomio “affitto d'azienda o locazione”, ma – come spesso ricordato nell'ambito dei nostri Legal Forum – un nuovo modello, un *tertium genus*, da forgiare anche alla luce delle esortazioni delle associazioni di categoria appartenenti alla filiera e che sappia valorizzare al meglio le peculiarità della nostra industria.