dominicale del condomino che non intenda procedere ad alcuna modifica della situazione materiale, ancorché a spese altrui e senza un proprio apprezzabile sacrificio.

A ben vedere, da questo punto di vista, l'interpretazione offerta dal S.C. è uguale a quella data alla disciplina della buona fede contrattuale sopra ricordato; in fondo se ai costi necessari per le modifiche provvedono gli altri e se il sacrificio proprio è effettivamente marginale e comunque sopportabile, negare il consenso alle opere necessarie per superare gli ostacoli fisici alla deambulazione ha il puro sapore di dispetto, contrario al più elementare spirito di solidarietà sociale.

Certo potrebbe astrattamente dirsi che l'installazione di un ascensore non giovi all'estetica del condominio, ma da un lato potrà invece aumentare l'appetibilità economica degli appartamenti che se ne possano servire e dall'altro si parla di immobili costruiti prima della riforma – quelli nuovi devono essere muniti di questi strumenti – sicché, a ben vedere, si opporrebbe il diritto a non adeguarsi a ciò che tutti gli altri devono rispettare, alla richiesta di una persona che si trovi in situazione di disagio.

Questa decisione rappresenta quindi la necessaria evoluzione di un cammino, rammentato nel corpo della decisione, che inizia quando la corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1052 c.c., laddove non prevedeva che il passaggio coattivo a favore di fondo non intercluso potesse venir concesso dall'autorità giudiziaria quando riconosca che la domanda risponda alle stesse esigenze di accessibilità degli edifici destinati ad uso abitativo[38].

Della decisione della Corte costituzionale, esemplare e da leggere interamente, si può qui ricordare il richiamo alla nuova disciplina contro le barriere architettoniche, che "non si è limitata ad innalzare il livello di tutela in favore di tali soggetti, ma ha segnato, come la dottrina non ha mancato di sottolineare, un radicale mutamento di prospettiva rispetto al modo stesso di affrontare i problemi delle persone affette da invalidità, considerati ora quali problemi non solo individuali, ma tali da dover essere assunti dall'intera collettività".

Il punto di gran pregio consiste poi nel rilievo per cui il superamento delle barriere prescinde dall' utilizzo attuale ed immediato della struttura da parte dell'invalido: va a tal fine ricordato che la Corte costituzionale, con quella decisione, aveva effettivamente detto che, per le nuove costruzioni, la disciplina opera "indipendentemente dalla effettiva utilizzazione degli edifici stessi da parte delle persone handicappate", al punto che l'accessibilità "è divenuta una *qualitas* essenziale degli edifici privati di nuova costruzione ad uso di civile abitazione, quale conseguenza dell'affermarsi, nella coscienza sociale, del dovere collettivo di rimuovere, preventivamente, ogni possibile ostacolo alla esplicazione dei diritti fondamentali delle persone affette da *handicap* fisici".

Indicazioni queste che hanno trovato immediata recezione nella giurisprudenza di legittimità ricordata in motivazione, giunta anche a chiarire che "in realtà, le disposizioni della legge di cui si tratta sono volte a consentire ai disabili di accedere senza difficoltà in tutti gli edifici, e non solo presso la propria abitazione"[39].

Il secondo passo di enorme rilievo concettuale consiste nel superamento della necessità che la barriera riguardi persone con minorazioni fisiche e costituisce a ben vedere il portato della decisione della Corte costituzionale già ricordato.

Infatti una volta evidenziato il mutamento di prospettiva del legislatore, da indifferente a protettore delle persone con disagio fisico[40], era necessario procedere nella tutela di qualsiasi forma di disagio, anche solo che derivi dall'inesorabile trascorrere degli anni: ben valorizzando a tal fine nella motivazione il concetto, sia pure espresso allora per tutt'altra vicenda, di "nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico"[41].

C'è dunque solo da plaudire a questa pronuncia, che mette da parte le ragioni di ostilità, rifiuto o anche solo disinteresse rispetto alla protezione della persona dalle inclemenze della vita: solidarietà è la parola giusta, sia essa sociale o anche solo condominiale.

Indennità di avviamento commerciale e rilascio dell'immobile

Cassazione civile, Sez. III, 7 marzo 2017, n. 5603 – Pres. Vivaldi – Rel. Frasca – P.M. Soldi (conf.) – S.R. (avv. Fiordoro) – C.G. ed altri (avv. Apuzzo). *Conferma App. Napoli, 4 giugno 2014, n. 2520.*

Locazione – Locazione commerciale – Indennità di avviamento commerciale – Rilascio di immobile – Procedimento civile – Offerta formale – Rilascio – Condanna condizionata

Il conduttore può agire per la determinazione dell'indennità per la perdita di avviamento commerciale e la condanna al suo pagamento, ancorché non abbia rilasciato l'immobile; in tal caso, il giudice di merito può e deve condizionare la condanna al verificarsi del rilascio (o comunque alla liberazione con la tecnica della mora credendi *della relativa obbligazione), atteso che la previsione dell'art. 34, 3° comma, L. n. 392/1978, laddove*

[38] Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, cit.

[39] Così nella motivazione di Cass., 25 ottobre 2012, n. 18334, richiamata dalla decisione in commento.

[40] La corte costituzionale ha parlato di "lesione del diritto del portatore di *handicap* ad una normale vita di relazione, che trova espressione e tutela in una molteplicità di precetti costituzionali: evidente essendo che l'assenza di una vita di relazione, dovuta alla mancanza di accessibilità abitativa, non può non determinare quella disuguaglianza di fatto impeditiva dello sviluppo della persona che il legislatore deve, invece, rimuovere".

[41] Sono alcune delle parole di Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Danno e Resp.*, 2008, 421, relative al c.d. caso Englaro.

subordina l'esecuzione del rilascio alla corresponsione dell'indennità, implica che il concreto adempimento delle due obbligazioni debba essere contemporaneo. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Con il secondo motivo si denuncia la "violazione della L. n. 392 del 1978, con particolare riferimento agli artt. 27 e 34, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3".

Il motivo, come emerge dalla parte finale della sua illustrazione, che sola consente di evidenziarne il senso, prospetta – evocando Cass. n. 4443 del 2014 e n. 3448 del 2014 – che "non emergendo dagli atti che l'appellante (conduttore) mise a disposizione dei locatori – una volta scaduto, il 1 agosto 2008, il contratto – l'immobile de quo, né che ciò fece al 30/10/2009, data fissata per l'esecuzione dello sfratto, (il conduttore) non poteva agire (con ricorso del 20/01/2011) per ottenere il pagamento dell'indennità suddetta (...), ponendosi il rilascio, sul piano processuale, come un prius dell'azione promossa dal conduttore (essa), perciò, andava dichiarata inammissibile per mancanza della condizione della sua proponibilità". Mancanza che, "trattandosi di questione attinente la procedura", sarebbe stata rilevabile anche d'ufficio e, quindi, anche in secondo grado.

L'assunto è palesemente privo di fondamento, là dove lo si dovesse intendere, come parrebbe dalle espressioni usate, quando si allude al "prius", nel senso che il conduttore non potrebbe proporre la domanda di determinazione dell'indennità per la perdita di avviamento commerciale se non dopo avere rilasciato: è sufficiente osservare che ciò contraddice la L. n. 392 del 1978, art. 34, comma 3.

Se, invece, l'assunto si dovesse intendere (valorizzando l'espressione "mise a disposizione"), come volto a prospettare che il conduttore non potesse agire non tanto per la determinazione dell'indennità, bensì per la condanna alla sua corresponsione, perché non aveva offerto il rilascio, sebbene subordinatamente alla corresponsione dell'indennità, si dovrebbe rilevare che la sentenza, una volta determinata la misura dell'indennità, ha condannato al suo pagamento i locatori quando il rilascio dell'immobile era avvenuto e con gli interessi dalla data di esso. Data che risulta essere il (omissis), come emerge dalla sentenza di primo grado, riprodotta nell'esposizione del fatto.

Sicché, la pretesa condizione di proponibilità, riferita alla condanna, carente al momento dell'introduzione del giudizio di primo grado, sarebbe comunque sopravvenuta nel corso del giudizio di primo grado, di modo che già il primo giudice ed a maggior ragione il secondo, in riforma del decisum di primo grado, avrebbe dovuto e potuto prenderne atto.

E ciò, giusta il principio secondo cui le condizioni di fondatezza della domanda nel merito possono verificarsi anche nel corso del giudizio e non debbono necessariamente sussistere al momento dell'insorgenza della lite.

In ogni caso, mette conto di rilevare che il conduttore può agire per la determinazione dell'indennità e la condanna al suo pagamento, ancorché non abbia rilasciato l'immobile perché essa non gli sia stata corrisposta. In tal caso, ove al momento della decisione il rilascio non sia avvenuto, il giudice di merito può e deve accogliere la richiesta di condanna al pagamento della somma determinata come dovuta, condizionando tale condanna al verificarsi del rilascio (e comunque alla liberazione con la tecnica della mora credendi dalla relativa obbligazione), atteso che la stessa previsione del comma 3 dell'art. 34, là dove subordina l'esecuzione del rilascio alla corresponsione dell'indennità, implicando che il concreto adempimento delle due obbligazioni (salvo che il conduttore non si voglia avvalere della previsione e rilasci in corso di giudizio) debba essere contemporaneo, giustifica la condanna al pagamento come condizionata al rilascio, così ammettendo implicitamente la condanna condizionale.

Il motivo è dunque rigettato – *Omissis.*

Indennità di avviamento e riconsegna dell'immobile: interdipendenza in equilibrio precario

Luigi Ammirati*

Aderendo all'orientamento ormai consolidato, la sentenza in commento conferma che, a dispetto del rapporto di dipendenza unilaterale che si desume dall'interpretazione letterale dell'art. 34, 3° comma, L. n. 392/1978, l'obbligazione di rilascio dell'immobile e quella di pagamento dell'indennità di avviamento commerciale sono legate da un vincolo di dipendenza reciproca, che si manifesta, sul piano dell'esigibilità, in sede processuale, quale proiezione di un rapporto sinallagmatico esistente prim'ancora sul piano sostanziale.

Premessa

Alla scadenza del contratto di locazione commerciale[1], le parti sono tenute, ciascuna nei confronti dell'altra, ad eseguire un'ultima reciproca prestazione, con il cui corretto adempimento si conclude definitivamente la vicenda contrattuale: in particolare, il locatore dovrà corrispondere al conduttore l'indennità di avviamento commerciale[2], ove la stessa sia prevista dalla legge[3], mentre il

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] Sulla disciplina delle locazioni: Cuffaro, *Le locazioni non abitative*, in *Trattato dei contratti* diretto da Roppo, II, *Cessione e uso dei beni*, Milano, 2015; De Tilla-Giove, *Le locazioni abitative e non abitative*, Padova, 2009.

[2] In dottrina, v. Auletta, voce "Avviamento commerciale", in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 2007; Barbieri, *L'indennità di avviamento commerciale: dalla funzione alla struttura*, in *Arch. Loc.*, 1989, 48; Trifone, voce "Avviamento al commercio (tutela dell')", in *Digesto Civ.*, II, Milano, 2013, 1.

[3] Dal tenore della L. n. 392/1978, si ricava che il pagamento dell'indennità di avviamento, dovuto al conduttore indipendentemente dalla prova del danno da egli subìto per effetto della cessazione del rapporto di locazione commerciale, è subordinato al ricorrere di tre condizioni: vale a dire *(i)* che sussista un rapporto di locazione avente ad oggetto immobili adibiti ad attività industriale, commerciale, artigianale, alberghiera o di interesse turistico (art. 27); *(ii)* che il conduttore vi eserciti un'attività che implichi contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori, con esclusione delle attività di carattere transitorio, delle attività professionali e di quelle esercitate in immobili complementari o interni a stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali e autostradali, alberghi e villaggi turistici (art. 35); *(iii)* che il rapporto locatizio sia cessato (art. 34, 1° comma), purché non per inadempimento, disdetta (art. 28) o recesso del conduttore

conduttore sarà chiamato, dal canto suo, a riconsegnare al locatore l'immobile che gli era stato locato.

Fuori dei casi in cui le parti, collaborando e coordinando le reciproche esigenze, eseguano spontaneamente le rispettive obbligazioni così da addivenire ad una serena chiusura della vicenda contrattuale, la fase conclusiva del rapporto locatizio può facilmente degenerare in uno scontro tra locatore e conduttore, i quali, vivendo tale momento con *animus* diverso e spesso confliggente, tendono a prevalere l'uno sull'altro, al fine, il locatore, di rientrare *quam primum* nella disponibilità dell'immobile; il conduttore, di ottenere subito la corresponsione dell'indennità per la perdita dell'avviamento e di contenere comunque al minimo i riflessi negativi connessi al cambiamento logistico.

Nel quadro fattuale delineato si inserisce la normativa di riferimento la quale, prevedendo, da un lato, che "l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile è condizionata dall'avvenuta corresponsione dell'indennità" di avviamento commerciale (art. 34, 3° comma, L. n. 392/1978) e, dall'altro lato, che "il conduttore in mora a restituire la cosa è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno" (art. 1591 c.c.), appare *prima facie* contraddittoria e disallineata, nella misura in cui impedisce al locatore di ottenere il rilascio coattivo dell'immobile[4], con ciò consentendovi la permanenza al conduttore il quale, tuttavia, sembrerebbe trovarsi contemporaneamente esposto alle conseguenze delineate dal citato art. 1591. Ciò da cui è originato un problema interpretativo e di coordinamento normativo in ordine al quale si è registrato un serrato contrasto giurisprudenziale risolto solo con l'intervento delle Sezioni unite.

Il percorso della giurisprudenza

Chiamata a pronunciarsi sul contenuto del citato art. 34, 3° comma, la giurisprudenza più risalente[5] ne aveva valorizzato esclusivamente la portata processuale, individuando nel pagamento dell'indennità di avviamento commerciale – o, quantomeno, nell'offerta di esso – una mera condizione di procedibilità alla cui verificazione era subordinato il positivo esperimento dell'azione esecutiva di rilascio[6].

Invertendo la prospettiva della propria indagine ed esaminando la medesima fattispecie dal lato del conduttore, la giurisprudenza successiva era tuttavia giunta alla conclusione che il citato art. 34, 3° comma, prim'ancora di spiegare i propri effetti sul piano processuale – ciò che, appunto, sembrava doversi desumere, valutandone la portata dall'angolo di visuale del locatore – incideva, invero, già sul piano sostanziale, da un lato, attribuendo al conduttore un diritto di ritenzione che gli consentiva di trattenere l'immobile in custodia sino al pagamento della ridetta indennità; e, dall'altro lato, sollevando il conduttore stesso sia dall'obbligo di pagamento del canone di locazione, mancando l'utilità di cui questo rappresenterebbe il corrispettivo, sia dall'obbligo risarcitorio del "maggior danno", non essendo possibile configurare alcuna mora *ex* art. 1591 c.c., atteso che l'obbligazione di restituzione dell'immobile era paralizzata dell'esercizio di un diritto previsto, appunto, *ex lege*[7]. In tale contesto, il conduttore che, abusando dello *ius ritentionis*, aves-

(art. 27, 7° e 8° comma), provvedimento della P.A. (Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 542), ovvero assoggettamento del conduttore a procedure concorsuali (art. 80, legge fall.): v. F. Rinaldi, *Indennità di avviamento e rilascio dell'immobile: strumenti giuridici di tutela delle parti*, in *Imm. e Propr.*, 2016, 4, 234 e segg.

[4] Sul piano processuale, l'esecuzione del provvedimento di rilascio avviata dal locatore è neutralizzata *in limine* dal conduttore, il quale ne ottiene la declaratoria di improcedibilità, all'uopo eccependo, in sede di opposizione *ex* art. 615 c.p.c., il mancato versamento dell'indennità di avviamento commerciale. Sulle dinamiche processuali del rilascio v. Carrato, *L'esecuzione per il rilascio di immobile*, in *Le locazioni nella pratica del contratto e del processo*, IV ed., Milano, 2015.

[5] V. Cass., 6 dicembre 1986, n. 7252, in *Arch. Loc.*, 1987, 73, secondo cui "La corresponsione dell'indennità di avviamento prevista dagli art. 34 e 69 l. n. 392 del 1978 incide sulla concreta esecuzione ma non sull'adozione del provvedimento di rilascio, con la conseguenza che essa riveste natura di condizione di procedibilità dell'azione esecutiva, ma non condiziona la formazione del titolo del rilascio medesimo". In senso conforme v. Cass., 17 gennaio 1983, n. 354, in *Giur. It.*, 1985, I, 1, 121 e Cass., 3 luglio 1982, n. 3985, in *Arch. Loc.*, 1982, 423.

[6] La rigorosa applicazione di tale tesi interpretativa, che confina al solo piano processuale il rapporto tra l'obbligazione di pagamento dell'indennità e l'obbligazione di restituzione dell'immobile, equivale a rendere tra loro impermeabili le disposizioni di cui all'art. 34, 3° comma e all'art. 1591 c.c., con l'ulteriore conseguenza di esporre il locatario inadempiente nella restituzione dell'immobile a tutte le sanzioni previste dal ridetto art. 1591, anche a fronte dell'omessa corresponsione dell'indennità a lui dovuta.

[7] V. Cass., 14 ottobre 1988, n. 5579, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 1907, con nota di Barba, *Sul "diritto" di ritenzione riconosciuto al conduttore di immobile adibito ad uso non abitativo*; in *Giust. Civ.*, 1989, I, 514 con nota di Izzo, *Restituzione dell'immobile locato per uso non abitativo: limitazioni al risarcimento danni per il ritardo e diritto di ritenzione per mancato pagamento dell'indennità di avviamento*. Dopo aver osservato che "La condizione *de qua* è posta nell'esclusivo interesse privato del creditore della indennità ed è, perciò, il mero risvolto processuale di un diritto sostanziale, accessorio a quello di credito", la S.C., in ciò probabilmente indotta dalla peculiarità del caso sottoposto al suo esame, in cui il conduttore, per sua scelta, aveva cessato di utilizzare l'immobile, ha altresì soggiunto che "la ritenzione dell'immobile a locazione scaduta non provoca una prorogatio del rapporto contrattuale locativo e tanto meno quella mora nella restituzione la quale è presupposto necessario dell'obbligazione di "dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il danno" (art. 1591 cod. civ.). Per un verso, infatti, la ritenzione non abilita il ritenente al godimento dell'immobile ma semplicemente si estrinseca nel trattenere il bene in custodia anche nell'interesse proprio (nella specie non consta sia avvenuto diversamente): in essa manca, dunque, quella utilità cui è corrispettivo l'obbligazione di corrispondere il canone. Per altro verso, poi, la ritenzione avviene iure, costituisce perciò una causa di giustificazione impeditiva della scadenza dell'obbligo di riconsegna, che così non può degenerare in mora". V. anche Cass., 8 giugno 1993, n. 6387, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 3201, con nota di Izzo, *Inesistenza del diritto al risarcimento del danno in caso di mancata corresponsione dell'indennità di avviamento*; Cass., 29 aprile 1993, n. 5016, in *Foro It.*, 1994, I, 2452; Cass., 14 ottobre 1988, n. 5579, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 1907, con nota di Barba, *Sul "diritto" di ritenzione riconosciuto al conduttore di immobile adibito ad uso non abitativo.*

se ugualmente utilizzato il bene, si sarebbe esposto all'obbligo di pagamento di un indennizzo in favore del locatore, in applicazione del principio dell'ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c.[8].

Se alla sentenza Cass., n. 5579/1988 si deve il merito di aver ampliato il tema del dibattito, nondimeno la stessa pagava lo scotto di prendere in esame una fattispecie del tutto marginale (*i.e.* mancato utilizzo del bene da parte del conduttore), più frequentemente verificandosi, invece, il caso in cui il conduttore non si limita a non restituire l'immobile, ma continua, anzi, a servirsene.

Ciò da cui si sviluppa un nuovo orientamento giurisprudenziale[9] che, da una parte, nega l'esistenza di un diritto di ritenzione, non essendo esso fungibile, avuto riguardo all'interesse del conduttore, con il pagamento dell'indennità di avviamento commerciale; ed afferma, dall'altra parte, che, sino a quando non sia stata corrisposta la ridetta indennità, il conduttore ha diritto di mantenere la detenzione dell'immobile ed anche di continuarne il godimento secondo contratto, "essendo questa l'ipotesi normale che il legislatore non può non aver tenuto presente", con ciò venendo meno sia la mora nella riconsegna del bene sia tutte le sanzioni di cui all'art. 1591 c.c., ivi incluso l'obbligo di pagamento del canone, pure esso non dovuto "nell'eventualità, da provare da parte del conduttore, che questi si sia limitato a detenere l'immobile senza usarlo"[10].

La sperequazione tra la posizione del locatore e la posizione del conduttore che da tale inquadramento deriva viene neutralizzata da un successivo intervento della S.C. la quale, tornando a interrogarsi sul rapporto tra obbligazione di riconsegna dell'immobile e obbligazione di pagamento dell'indennità, rileva che l'art. 34, 3° comma, ha "duplice valenza, in quanto, subordinando il rilascio al versamento dell'indennità, specularmente condiziona il pagamento al rilascio"[11]. In particolare, secondo la S.C., le ridette obbligazioni, che diventano esigibili alla cessazione del contratto, sono legate da una relazione di reciproca interdipendenza tale per cui l'una non può essere pretesa in difetto di contemporaneo adempimento – o offerta di adempimento – dell'altra[12]. Una volta cessato il contratto, quindi, l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum* paralizza l'altrui pretesa ed elide la mora di colui che legittimamente rifiuta di adempiere la propria obbligazione a fronte dell'inadempimento altrui[13].

A latere, altra parte della giurisprudenza[14] continua, peraltro, a privilegiare l'orientamento che esclude l'esistenza di alcun collegamento tra disciplina generale e disciplina speciale; e rileva, per l'effetto, che, alla scadenza del contratto di locazione, il conduttore è tenuto a cessare l'utilizzo del bene (art. 1591 c.c.), salva la facoltà di non riconsegnarlo al locatore sino a quando non gli sia pagata l'indennità, in forza del diritto di ritenzione attribuitogli dall'art. 34, 3° comma: "in siffatta situazione – dice la Corte – non venendo utilizzato l'immobile, è evidente che non sia dovuto alcun corrispettivo al locatore, mentre, qualora il conduttore continui ad utilizzare il bene pur dopo la scadenza della locazione, si è in presenza di un godimento senza titolo (perché ormai è cessato il contratto) che dà luogo ad una fattispecie risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c., e il conduttore è tenuto a corrispondere il risarcimento per l'occupazione abusiva". Poiché, in altri termini, l'utilizzazione del bene dopo la scadenza del contratto non è giustificata da alcun titolo, essa è qualificata quale fatto illecito, punito secondo il meccanismo risarcitorio della responsabilità extracontrattuale.

L'intervento delle Sezioni unite

L'indagine sollecitata dalla cospicua produzione giurisprudenziale e dalla varietà delle soluzioni prospettate si sposta, a questo punto, sul rapporto che intercorre tra obbligazione di restituzione del bene e

---

[8] V. Cass., 23 dicembre 1993, n. 12737, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 3201: "Allorché, come nel caso di specie, la ritenzione include il godimento, il locatore ha il diritto di pretendere il corrispettivo di tale godimento, pur non potendosi considerare in mora il conduttore, almeno sino al momento della corresponsione dell'indennità dovuta o reclamata ... nella specie non si tratta di un ristoro per un adempimento contrattuale, data l'esistenza dello ius retinendi, ma del corrispettivo di un godimento pieno e non a titolo di custodia, per un rapporto ormai estinto, che prosegue in via di fatto, con conseguente utilità per il conduttore. Il principio applicabile è quello dell'ingiustificato arricchimento: nemo loclupetari potest cum aliena iactura, espresso dall'art. 2042 c.c. Il conduttore, nell'esercitare il diritto di ritenzione, dopo l'esaurimento del rapporto per effetto di legge o convenzionale, od in virtù di un titolo di rilascio, deve limitarsi alla custodia della res; ove invece ne tragga una utilità piena viene ad arricchirsi senza causa con corrispondente perdita patrimoniale della controparte".

[9] V. Cass., 29 ottobre 1993, n. 10784, in *Foro It.*, 1994, I, 2451.

[10] Posto che lo *ius ritentionis* non abilita il conduttore al godimento del bene, Cass. n. 10784/1993 ne nega l'esistenza sul rilievo che tale inquadramento potrebbe spiegare, in astratto, l'ipotesi in cui il conduttore, per sua scelta, cessi di utilizzare l'immobile locato; ma non risolve il caso, peraltro ben più frequente, del conduttore che protrae il godimento del bene anche dopo la scadenza del contratto e sino a quando non gli sia corrisposta l'indennità. Secondo tale pronuncia, quindi, il diritto del conduttore di continuare ad utilizzare il bene si desume dalla normativa speciale che, nella misura in cui non obbliga il conduttore medesimo a restituire il bene sino al pagamento dell'indennità, gli consente, per l'effetto, di continuare a servirsene, a fronte del solo pagamento di un corrispettivo legato all'effettivo utilizzo, e senza che ciò implichi una sua mora o un suo obbligo risarcitorio. In dottrina, Grasselli, *La mancata corresponsione dell'indennità di avviamento e il diritto di ritenzione del conduttore: un problema non ancora risolto*, in *Arch. Loc.*, 2002, 129 e segg.

[11] V. Cass., 17 ottobre 1995, n. 10820, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 743 con nota di Izzo, *L'inesistenza del diritto di ritenzione per il mancato pagamento dell'indennità di avviamento*.

[12] Alla inesigibilità di natura processuale, che emerge dal tenore letterale dell'art. 34, 3° comma, si affianca, quindi, secondo Cass. n. 10820/1995, una inesigibilità "che deve ritenersi operante (mediante eccezione riconducibile nell'ambito della previsione dell'art. 1460 c.c., ovvero a questa assimilabile) anche nella fase precedente, che va dalla cessazione del rapporto alla formazione del provvedimento di rilascio".

[13] Il nuovo inquadramento prospettato dalla S.C. ha il pregio di ovviare alla rilevata sperequazione tra conduttore e locatore, le cui posizioni vengono sostanzialmente riequilibrate, impedendo al primo di poter "per sua unilaterale determinazione, rendere gratuita la detenzione, astenendosi dall'utilizzare l'immobile": Cass. n. 10820/1995, cit.

[14] V. Cass., 10 luglio 1997, n. 6270, in *Foro It.*, 1998, I, 150.

obbligazione di pagamento dell'indennità, al fine di comprendere, alla luce della disciplina comune e di quella speciale, se le stesse siano destinate ad operare su due piani distinti ed autonomi ovvero se vi sia tra esse un collegamento funzionale[15].

Dalla normativa codicistica emerge che, alla scadenza del contratto di locazione, il conduttore è obbligato a restituire la cosa (art. 1590 c.c.) e che, ove non adempia, è tenuto a versare al locatore il corrispettivo già convenuto per il periodo che intercorre tra la scadenza del contratto e la riconsegna del bene, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno (art. 1591 c.c.). La responsabilità del conduttore origina, quindi, dall'inadempimento di un preciso obbligo contrattuale (*i.e.* la restituzione del bene locato), senza che rilevi l'utilizzo o meno dell'immobile. Specularmente, il pregiudizio economico subìto dal locatore deriva non già dal fatto che il conduttore utilizzi il bene – ciò per cui, appunto, è previsto il versamento di un corrispettivo –, quanto, piuttosto, dalla indisponibilità del bene stesso e dalla conseguente impossibilità di allocarlo per trarne ulteriore e maggiore profitto. Nell'ambito della disciplina generale, quindi, l'omessa restituzione del bene alla cessazione del contratto reca seco la responsabilità del conduttore; ed il fatto che questi continui a goderne o meno non assume alcun rilievo, il danno al locatore derivando dal ritardo con cui egli riacquista la disponibilità dello stesso.

La disciplina speciale prevede, in sintesi, che il locatore, alla scadenza del contratto, debba corrispondere al conduttore l'indennità di avviamento commerciale (art. 34, 1° comma) e che, pur potendo ottenere la condanna giudiziale del conduttore al rilascio dell'immobile, egli non possa mettere in esecuzione tale provvedimento in difetto del ridetto pagamento (art. 34, 3° comma).

Ipotizzando che norme generali e norme speciali siano reciprocamente impermeabili e che le obbligazioni poste a carico delle parti siano tra esse indipendenti, il conduttore che non restituisse l'immobile alla scadenza del contratto incorrerebbe immediatamente nelle sanzioni previste dall'art. 1591 c.c., a nulla rilevando il mancato versamento dell'indennità, che invece esporrebbe il locatore alle conseguenze previste per il caso di inadempimento di obbligazioni pecuniarie (art. 1224 c.c.).

Una visione unitaria del quadro normativo di riferimento conduce, d'altra parte, ad una rappresentazione più armonica ed equilibrata del rapporto tra locatore e conduttore, nella misura in cui conferisce egual peso alle rispettive obbligazioni – e, per converso, ai rispettivi inadempimenti – nel rispetto del sinallagma contrattuale dal quale l'intera vicenda origina. Tale opzione ermeneutica consente, infatti, di affermare che l'inadempimento del locatore giustifica quello del conduttore, rendendo la richiesta di restituzione dell'immobile non accompagnata dal versamento dell'indennità inidonea a costituire quest'ultimo in mora. Il conduttore, quindi, in una situazione di ultrattività del rapporto, sarà tenuto al pagamento del solo corrispettivo, non essendo esposto alle richieste risarcitorie del "maggior danno" previste in caso di inadempimento.

Diversamente, l'orientamento che, focalizzandosi sulla sola normativa speciale, configura un diritto di ritenzione in capo al conduttore ed attribuisce valore al godimento del bene che questi eventualmente ne faccia, per ricollegare a ciò una sua obbligazione verso il locatore di risarcimento del danno (art. 2043 c.c.) o per ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.), non appare altrettanto convincente[16]. Subordinando il pregiudizio economico del locatore – ed il relativo ristoro – all'effettivo utilizzo del bene da parte del conduttore, infatti, tale ricostruzione sistematica non solo finisce per valorizzare un'alternativa – l'uso o il non uso dell'immobile da parte del conduttore – che, invero, come detto sopra, è irrilevante per il locatore (e per la disciplina comune); ma crea anche un vuoto di tutela a danno del locatore medesimo, cui nulla sarebbe riconosciuto per il tempo in cui il conduttore, esercitando lo *ius ritentionis*, gliene abbia impedito il nuovo sfruttamento. Ad ulteriore critica della tesi in esame, v'è anche da rilevare che lo *ius ritentionis*, per le facoltà che esso attribuisce (ma meglio sarebbe dire, per le facoltà che esso non attribuisce) non può certo sostituire la nota indennità. Posto, infatti, che questa funge non solo da ristoro del conduttore per il pregiudizio derivante dallo spostamento della sede e dalla conseguente perdita di avviamento, ma anche quale agevolazione nella fase di apertura di nuovi locali, è *ictu oculi* evidente che lo *ius ritentionis*, nella misura in cui non consente l'utilizzo del bene, è del tutto inidoneo a preservare e tutelare l'avviamento commerciale del conduttore. E ciò, a tacer del fatto che, a ben vedere, la mancata utilizzazione dell'immobile da parte del conduttore si traduce essa stessa in un pregiudizio per il locatore, sia sotto il profilo del mancato incameramento di un corrispettivo, sia sotto il profilo del deterioramento da abbandono.

Dall'ultrattività allo scioglimento del rapporto

Le considerazioni che precedono inducono a prediligere l'orientamento, ormai ampiamente consolidato, che individua tra obbligazione di pagamento dell'indennità ed obbligazione di restituzione del bene un legame di interdipendenza funzionale e strutturale[17]

---

[15] V. Cass., Sez. un., 15 novembre 2000, n. 1177, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 347. Dice la Corte: "La situazione descritta dall'art. 1591 c.c. si riproduce nel caso del conduttore di immobile adibito ad uso commerciale...Si tratta allora di stabilire se la norma va applicata anche in presenza di elementi che costituiscono un ulteriore specificazione della situazione e quindi nonostante tali elementi". La sentenza è stata commentata da Giove, *Danni da ritardato rilascio e indennità di avviamento*, in *Corriere Giur.*, 2001, 10, 1324.

[16] Belli, *Indennità di avviamento commerciale, diritto di ritenzione e utilizzazione abusiva dell'immobile* in *Nuova Giur. Comm.*, 2015, 2, 113, non condivide il richiamo agli artt. 2041 e 2043 c.c., rilevando *inter alia*, quanto al meccanismo dell'ingiustificato arricchimento, che il danno subito dal locatore, per non poter disporre del bene, è invero giustificato dalla previsione dell'art. 34, 3° comma; e, quanto al risarcimento del danno da responsabilità aquiliana, che il danno del locatore, per la medesima ragione testé enunciata, neppure può essere qualificato ingiusto.

[17] V. Cass., 20 gennaio 2016, n. 890, in *Contratti*, 2016, 4, 321, con nota di Dellacasa, *Quando la locazione commerciale giunge al*

tale per cui, alla cessazione del contratto, in mancanza di reciproco adempimento, il rapporto tra locatore e conduttore conosce, per così dire, una "seconda vita" che trova la sua fonte non già nel contratto, ormai cessato ed inidoneo a produrre effetti, ma nella legge[18]; e che, nondimeno, al primo si ricollega, ripetendone l'essenza minimale. Ciascuna delle ridette obbligazioni è, quindi, inesigibile ove non accompagnata dal contemporaneo adempimento (o offerta di adempimento) dell'altra, secondo il meccanismo delineato dall'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c.

Così, perdurando la reciproca inadempienza, il conduttore potrà continuare ad utilizzare il bene, essendo tenuto a versare al locatore un corrispettivo coincidente con il precedente canone (ma non anche a risarcire il "maggior danno"), senza, però, potersi sottrarre a tale obbligo, neppure cessando l'utilizzo dell'immobile[19].

In tale fase, la legge attribuisce al locatore la possibilità di ottenere giudizialmente la condanna del conduttore alla restituzione del bene, salvo non poterla eseguire coattivamente in difetto di pagamento dell'indennità; e, analogamente e specularmente, consente al conduttore di ottenere la condanna del locatore al pagamento dell'indennità, salvo subordinarne l'esecuzione alla riconsegna dell'immobile. In entrambi i casi[20], quindi, il provvedimento di condanna – al rilascio ovvero al pagamento – è condizionato all'adempimento della controprestazione[21], proprio perché "questa interdipendenza in tanto si manifesta sul piano processuale in quanto esiste e prima su quello sostanziale"[22]. Il legame, in altri termini, opera già sul piano sostanziale e trova la sua ragion d'essere nel fatto che le ridette prestazioni concorrono unitariamente alla realizzazione della causa contrattuale che si identifica, al contempo, con la tutela del fattore dinamico dell'impresa esercitata dal conduttore (art. 41 Cost.) e con la funzionalizzazione in chiave sociale del diritto dominicale del locatore (art. 42 Cost.)[23].

Il rilevato legame di interdipendenza tra obbligazione del locatore e obbligazione del conduttore può tuttavia tradursi in una paralisi del rapporto, qualora l'eccezione *ex* art. 1460 c.c. sia strumentalmente adoperata per protrarre lo *status quo*, caratterizzato, come detto, dal godimento dell'immobile e dal pagamento del corrispettivo da parte del conduttore. Ciò da cui sorge l'esigenza di individuare lo strumento che consenta alla parte più diligente (*rectius*: più interessata) di adempiere la propria prestazione onde sciogliersi dal vincolo di legge.

L'istituto che, a tal fine, viene in rilievo è quello della *mora credendi* di cui agli artt. 1206 e segg. c.c., la cui operatività deve, peraltro, essere coordinata con il caso in esame. Secondo l'orientamento maggioritario, l'offerta non formale di restituzione del bene, pur se effettuata con modalità serie, concrete e tempestive ed in assenza di un legittimo rifiuto del locatore, è inidonea ad esonerare il conduttore dall'obbligo di pagamento dei canoni successivi alla cessazione del vincolo contrattuale, essendo a tal fine necessaria, per converso, un'offerta solenne per intimazione ovvero, in caso di mancata accettazione dell'offerta, la consegna del bene al sequestratario *ex* art. 1216, 2° comma, c.c.[24].

La giurisprudenza si è, poi, variamente espressa in

---

termine: restituzione dell'immobile e corresponsione dell'indennità di avviamento tra mora accipiendi *e mora* debendi; Cass., 25 febbraio 2014, n. 4443, in *Imm. e Propr.*, 2014, 5, 325; Cass., 25 marzo 2010, n. 7179, in *Imm. e Propr.*, 2010, 6, 392; Cass., 2 settembre 2009, n. 19083, in *Imm. e Propr.*, 2009, 11, 730; Cass., 20 aprile 2009, n. 9353, in *Giur. It.*, 2010, 4, 829; Cass., 27 marzo 2009, n. 7528, in *Imm. e Propr.*, 2009, 6, 385.

[18] V. Cass. 25 giugno 2013, n. 15876, in *Imm. e Propr.*, 2013, 8-9, 531; Cass., 25 marzo 2010, n. 7179, cit.

[19] De Tilla, *L'obbligo del conduttore di versare il canone in attesa del pagamento dell'indennità di avviamento*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2013, 1033.

[20] V. Cass., Sez. un., 15 novembre 2000, n. 1177, cit.: "si è in presenza di una condanna condizionale, che riflette un rapporto di interdipendenza tra diritto alla restituzione ed obbligazione di pagamento dell'indennità".

[21] V. Cass., 13 aprile 2000, n. 4809, in *Repertorio Foro It.*, 2000, voce "sentenza civile", n. 74, secondo la quale, per il principio di economia dei giudizi, sono ammesse le sentenze con capi di condanna condizionati al verificarsi di determinati eventi, futuri ed incerti, o al sopravvenire di un termine o all'adempimento di una controprestazione, in quanto con esse "si accerta l'esistenza attuale dell'obbligo di eseguire una determinata prestazione ed il condizionamento pure attuale di tale obbligo al verificarsi di una circostanza ulteriore il cui avveramento si presenta futuro e incerto". In senso conforme v. Cass., 9 luglio 2009, n. 16135, in *Arch. Cancellerie*, 2009, 5, 577; Cass., 25 agosto 2003, n. 12444, in *Arch. Civ.*, 2004, 832.

[22] V. Cass., Sez. un., 15 novembre 2000, n. 1177, cit. Non condivide tale inquadramento Belli, *op. cit.*, il quale solleva dubbi sull'esistenza del rapporto di interdipendenza tra le obbligazioni di locatore e conduttore sul rilievo che, alla luce della legge speciale "è vero che il diritto del locatore di ottenere la restituzione dell'immobile in via esecutiva dipende dalla corresponsione dell'indennità di avviamento ...; ma non è vero il contrario, e cioè che l'adempimento dell'obbligazione di corrispondere l'indennità dipende dalla restituzione dell'immobile". V. anche Colla, *L'indennità per la perdita di avviamento*, Padova, 1997, 182 e segg. Pare, tuttavia, di poter rilevare in senso contrario che il pregiudizio economico connesso alla perdita di avviamento, da ristorare mediante la corresponsione della relativa indennità, origina proprio dal rilascio dell'immobile, sicché esso neppure è configurabile prima che il rilascio si sia verificato. Sul punto, v. Cass., 16 aprile 2015, n. 7715, in *Imm. e Propr.*, 2015, 6, 395 e Cass., 6 novembre 2009, n. 23558, in *Imm. e Propr.*, 2010, 1, 54, le quali rilevano che se alla cessazione del rapporto di locazione non si accompagna anche il rilascio dell'immobile e quindi l'attività economica continua ad essere esercitata, non vi può essere perdita di avviamento e quindi pregiudizio economico da compensare.

[23] Fermeglia, *Subordinazione dell'offerta di riconsegna dell'immobile locato al pagamento dell'indennità di avviamento*, nota a Cass. 20 gennaio 2016, n. 890, cit., in *Nuova Giur. Comm.*, 2016, 6, 889 e segg.

[24] Nella pronuncia 20 gennaio 2016, n. 890, cit., la S.C. si è incentrata sul problema relativo alla idoneità, o meno, dell'offerta reale non formale di rilascio, effettuata nelle forme di cui all'art. 1220 c.c., ad esonerare il conduttore dal pagamento dei canoni di locazione. Muovendo dal rilievo che l'offerta non formale non libera il debitore dall'eseguire la propria prestazione ma vale unicamente ad escluderne la mora, la S.C. ha osservato che il "disallineamento di posizioni, che parrebbe evincersi tra l'affermazione della sufficienza, rispetto al venire meno dell'obbligazione di corresponsione del canone, dell'offerta reale non formale rispetto a quella reale formale, è da ricondurre piuttosto (nella maggior parte dei casi considerati, salvo talune eccezioni: cfr. Cass., 26 aprile 2002, n. 6090 e Cass., 13 dicembre 2012, n. 22924) al venire in rilievo, o meno, della fattispecie di interdipendenza tra le prestazioni di pagamento dell'indennità commerciale e di restituzione dell'immobile. Nel senso che, ove non si ponga questione degli effetti della anzi-

ordine alla ammissibilità, o meno, dell'offerta formale "condizionata".

L'opinione contraria si fonda sul rilievo che le esigenze di tutela del debitore offerente troverebbero già piena soddisfazione attraverso l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.; e che, condizionando il proprio adempimento all'esecuzione della controprestazione attesa, l'atto di costituzione finirebbe per svolgere una funzione – quella di soddisfacimento del credito dell'offerente – che non gli è propria, essendo esso strumentale a sottrarre il debitore dalle conseguenze negative del proprio inadempimento, secondo la previsione dell'art. 1207 c.c.[25].

In senso positivo, invece, si erano pronunciate le Sezioni unite[26] le quali, pur senza addurre soverchie argomentazioni a sostegno della propria tesi, avevano ritenuto che "se il debitore di una prestazione la deve a condizione che l'altra esegua in suo favore una prestazione cui ha diritto, il debitore della prima può condizionare la propria offerta all'esecuzione di quella del proprio debitore".

La giurisprudenza più recente, ponendo l'accento sul nesso d'interdipendenza funzionale e strutturale che lega le due obbligazioni, ha inteso dare continuità all'orientamento espresso dalle Sezioni unite, rilevando come l'offerta condizionata debba ritenersi opzione giustificabile in tutti i casi in cui si possa apprezzare un "legame strumentale forte tra le due prestazioni, sicché le finalità alle quali esse si volgono non siano realizzabili indipendentemente l'una dall'altra e, dunque, una di esse abbia lo scopo di rendere possibile l'altra prestazione"[27]. La medesima giurisprudenza ha, altresì, rilevato che, in siffatta ipotesi, sarebbe peraltro improprio discutere di offerta formale "condizionata", poiché l'adempimento dell'altrui prestazione, in realtà, non è la condizione dell'offerta, bensì la sua stessa ragione[28].

Conclusioni

Nell'aderire all'orientamento consolidato, che individua nell'art. 34, 3° comma, la fonte normativa del nesso di interdipendenza sostanziale e processuale tra l'obbligazione di rilascio dell'immobile e quella di corresponsione dell'indennità di avviamento commerciale[29], la decisione in commento – anche senza introdurre in punto di interpretazione della norma alcun significativo elemento di novità – suscita senz'altro interesse per la particolarità del caso concreto risolto, in cui, per una volta, è il conduttore ad agire per la condanna del locatore al pagamento dell'indennità, pur non avendo ancora rilasciato l'immobile.

La *ratio* sottesa alla sentenza (e all'intero orientamento giurisprudenziale cui la stessa aderisce) si cela dietro l'applicazione "speculare" del ridetto art. 34, 3° comma, cui la S.C. è pervenuta affermando che tale norma, laddove subordina l'esecuzione del rilascio al pagamento dell'indennità, implica che il concreto adempimento delle due obbligazioni debba necessariamente essere contemporaneo, così ammettendo, per converso, la condanna al pagamento dell'indennità come condizionata al rilascio.

È indubbio che il legislatore, attraverso l'art. 34, 3° comma, abbia espressamente condizionato l'esecuzione del provvedimento di condanna al rilascio del bene al pagamento dell'indennità; ciò che non ha fatto con il provvedimento di condanna al pagamento dell'indennità, la cui esecuzione non è altrettanto espressamente subordinata al rilascio.

Nondimeno, la chiara consapevolezza che la perdita dell'avviamento commerciale origina dalla (e trova la sua stessa ragione nella) effettiva cessazione dell'attività (*i.e.* il rilascio dell'immobile) ha indotto la S.C. a ritenere che il concreto adempimento delle due obbligazioni non possa che essere contestuale, dovendosi così ammettere che, a dispetto del tenore letterale della norma, anche l'esecuzione del provvedimento di condanna al pagamento dell'indennità sia appunto condizionato al rilascio dell'immobile.

Sulla scorta del ragionamento che precede, la S.C. è giunta, dunque, ad affermare che "ove al momento della decisione il rilascio non sia avvenuto, il giudice di merito può e deve accogliere la richiesta di condanna al pagamento della somma determinata come dovuta, condizionando tale condanna al verificarsi del rilascio (e comunque alla liberazione con la tecnica della *mora credendi* dalla relativa obbligazione)".

---

detta interdipendenza tra prestazioni e si discuta eminentemente della restituzione del bene, allora si è ritenuto sufficiente che il conduttore-debitore si possa liberare della sua obbligazione restitutoria con offerta ai sensi dell'art. 1220 cod. civ., mettendo l'immobile medesimo nella piena disponibilità del locatore (tra le altre, Cass., 24 marzo 2004, n. 5841 e Cass., 17 gennaio 2012, n. 550) e con ciò (perdendone comunque la detenzione) liberarsi anche dell'obbligazione di pagamento dei canoni, correlata geneticamente alla mancata restituzione del bene (e non già al suo godimento), salvo, ovviamente, il legittimo rifiuto del locatore".

[25] Sul punto, v. Cass., 20 gennaio 2016, n. 890, cit.; F. Rinaldi, *op. cit.*, 237 e seg.

[26] V. Cass., Sez. un., 15 novembre 2000, n. 1177, cit.

[27] Cass., 20 gennaio 2016, n. 890, cit.

[28] Viene all'uopo richiamata un'opinione espressa dalla Cassazione in tempi assai risalenti (Cass., 6 maggio 1966, n. 1159, in *Giur. It.*, 1967, I, 326), ma con enunciazione di principio non smentita successivamente, secondo cui, nel caso di obbligazioni inerenti a contratti sinallagmatici, "l'offerta reale collegata alla richiesta di adempimento della controparte non può essere considerata sottoposta a condizione, in quanto la pretesa di adempimento è ragione, non condizione dell'offerta".

[29] Da ciò, come si è visto, derivano i seguenti corollari: *(i)* la proponibilità dell'eccezione *ex* 1460 c.c. in difetto dell'adempimento altrui; *(ii)* la c.d. "ultrattività" del rapporto cessato; *(iii)* la possibilità di costituire in mora la controparte e di liberarsi dalla propria obbligazione attraverso la tecnica della mora *credendi*; *(iv)* la facoltà di condizionare la propria offerta formale all'adempimento dell'altrui prestazione; *(v)* la possibilità di agire in via esecutiva solo dopo aver adempiuto la propria obbligazione o aver ottenuto la liberazione dalla stessa attraverso la tecnica della mora *credendi*.