
Rassegna di diritto civile

diretta da **Pietro Perlingieri**

Francesco Della Ventura e Tiziana Mazzacane

*Avviamento commerciale:
indennità rinunciabile o irrinunciabile?*

estratto dal n. 4/88

Edizioni Scientifiche Italiane

Avviamento commerciale: indennità rinunciabile o irrinunciabile?

SOMMARIO: 1. Individuazione dell'istituto e della problematica. — 2. Orientamento e relativa giustificazione normativa della giurisprudenza di merito sul problema. — 3. Critica alla soluzione giurisprudenziale della problematica. — 4. Una ipotesi di soluzione pratica del problema.

1. L'avviamento commerciale, secondo il concetto tradizionale, viene inteso, in senso lato, quale danno del conduttore-imprenditore per il trasferimento in altro locale della sua attività imprenditoriale.

L'avviamento commerciale, comunque, in generale rappresenta la capacità dell'azienda, quale complesso organizzato di vari elementi, di conseguire un profitto maggiore di quello ritraibile dall'impiego dei singoli elementi del complesso isolatamente considerati.

Questa capacità di profitto deve essere riferita all'azienda e non all'impresa in quanto, una volta sorta, è destinata a permanere anche a séguito di mutamento dell'imprenditore.

Le componenti dell'avviamento, pertanto, sono le qualità dei beni prodotti e dei servizi forniti, i rapporti con i fornitori, l'impiego di adeguate tecniche commerciali e pubblicitarie nonché la clientela.

La clientela, dunque, non va identificata con l'avviamento commerciale, bensì essa costituisce uno degli elementi indicatori del grado di avviamento commerciale di una azienda. La clientela, comunque, è il più importante degli elementi dell'avviamento in quanto costituisce quella parte di domanda di beni e servizi che si indirizza stabilmente verso la sede dell'impresa.

È evidente che quanto più numerosa è la clientela, tanto maggior profitto si determina per l'impresa in termini di valore di scambio.

La clientela può essere imputabile al locale, in riferimento alle sue caratteristiche ed alla sua ubicazione, nonché all'imprenditore in relazione alla sua opera organizzata, alla scelta dei collaboratori o alla serietà e competenza commerciale.

Nel primo caso si suole parlare di « avviamento oggettivo », intrinseco all'immobile, non influenzato dalle qualità personali dell'imprenditore.

La clientela, pertanto, considerata un elemento dell'avviamento commerciale, costituisce una entità economicamente valutabile, una realtà economica della quale il conduttore imprenditore estromesso a séguito di diniego di rinnovo del contratto di locazione si sente privato, con conseguente suo danno e correlativo vantaggio per il locatore che può appropriarsene.

L'avviamento, quindi, deve considerarsi una qualità dell'azienda, quale complesso di beni di cui l'imprenditore si avvale per svolgere la sua attività economica, cioè l'impresa.

L'avviamento commerciale trova disciplina giuridica nell'art. 34, l. 27 luglio 1978, n. 392, c.d. dell'equo canone, per quanto riguarda i contratti di locazione di immobili adibiti ad uso diverso stipulati in regime ordinario, cioè dopo l'entrata in vigore della citata l. e nell'art. 69, recentemente modificato dal d.l. 9 dicembre 1986, n. 832, convertito in l. 6 febbraio 1987, n. 15, per quanto riguarda, invece, i contratti stipulati in regime transitorio, cioè prima dell'entrata in vigore della legge dell'equo canone.

Tale legge di modifica ha innovato il concetto tradizionale di avviamento commerciale in quanto prevede l'indennità per la perdita dell'avviamento anche per quelle attività non prevalentemente commerciali, cioè attività professionali, assistenziali, scolastiche, ricreative (art. 42, l. n. 392 del 1978), sia pure in misura ridotta rispetto alle attività commerciali (pari, cioè a dodici mensilità del canone).

È evidente, di conseguenza, che sia nell'uno che nell'altro caso, l'avviamento commerciale costituisce, per il conduttore, quel congruo compenso volto a giustificare il danno a lui arrecato dal locatore in caso di rifiuto di rinnovo del contratto di locazione del locale ove esso imprenditore eserciti la propria impresa. Va pure posto in evidenza che, da un punto di vista pratico, l'avviamento commerciale costituisce una condizione di procedibilità per l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile (art. 34, ult. comma, l. n. 392 del 1978).

Il problema, dunque, che si pone all'attenzione del presente lavoro, è quello di verificare la possibilità e le modalità formali di una rinuncia, da parte del conduttore, accettata dal locatore, alla corresponsione dell'indennità di avviamento commerciale in sede transattiva. Si tratta, cioè, di verificare la derogabilità o meno del diritto del conduttore alla indennità di avviamento commerciale, in riferimento all'art. 79, comma 1, ult. parte, l. n. 392 del 1978.

Tale derogabilità assume, sotto l'aspetto pratico, una enorme importanza, in quanto consentirebbe al locatore un vantaggio, o meglio, un espediente, per poter eseguire un eventuale provvedimento di rilascio di immobile senza corrispondere alcuna somma a titolo di indennità di avvia-

mento commerciale. Non solo: in tal modo diventerebbe possibile evitare, in primo luogo, la lungaggine di un accertamento giudiziario della stessa indennità, e, in secondo luogo, il grave problema della mancata accettazione da parte del conduttore, in sede esecutiva, dell'avviamento commerciale il che, come sappiamo, comporta l'avviamento di una procedura alquanto complessa (c.d. dell'offerta reale) necessaria per liberarsi del proprio obbligo (art. 1208 ss. c.c.).

2. Il problema è stato da ultimo affrontato dalla giurisprudenza di merito (App. Brescia, 8 gennaio 1986), la quale ha ritenuto che non rientra nella previsione dell'art. 79, l. n. 392, ed è, pertanto, valido l'accordo transattivo, in tema di locazione di immobile urbano non adibito ad abitazione, non perfezionato davanti al giudice, che preveda, tra l'altro, la rinuncia, da parte del conduttore, all'indennità di avviamento commerciale.

La giurisprudenza, dunque, considera valida una scrittura privata di transazione mediante la quale il conduttore rinuncia all'indennità di avviamento commerciale, anche se la stessa non viene perfezionata davanti al giudice. Tale orientamento trova giustificazione nella circostanza che nessuna norma in materia di locazione impone che le eventuali transazioni devono essere sottoscritte dal giudice.

Nella fattispecie, comunque, sostiene sempre la Corte d'Appello, non può trovare applicazione la normativa di cui all'art. 45, l. 3 maggio 1982, n. 203 (Tentativo di conciliazione in materia di contratti agrari), in quanto tale disposizione, poiché incidente sull'autonomia contrattuale delle parti, non può non ritenersi eccezionale, *ex* art. 14 disp. prel. c.c., e, di conseguenza, non applicabile in via analogica.

Analogamente, continua la giurisprudenza di merito, non può invocarsi in materia neanche la normativa di cui all'art. 2113 c.c. Tale normativa, infatti, da un lato è eccezionale e, pertanto, di stretta applicazione, dall'altro nella fattispecie non sussiste quell'*eadem ratio* che consiglia una applicazione analogica, nel senso che il conduttore di un immobile urbano destinato ad esercizio commerciale è un imprenditore e non può, di conseguenza, invocare una tutela specifica accordata esclusivamente ai prestatori di lavoro subordinato.

In definitiva, la giurisprudenza di merito ritiene valida la rinuncia del conduttore all'avviamento commerciale, qualora la stessa rinuncia sia compiuta, anziché in occasione della stipula del contratto di locazione, in successiva sede transattiva. Se così non fosse, infatti, la rinuncia potrebbe essere una *condicio sine qua non* imposta dal locatore al fine della stipula del contratto stesso.

Tale orientamento giurisprudenziale limita, dunque, la portata del-

l'art. 79, l. c.d. dell'equo canone in quanto tale articolo è ispirato a proteggere il conduttore contro quei patti nella fase di formazione del contratto e non anche dopo che esso, a séguito dello stesso, ha ottenuto il godimento dell'immobile.

In una parola, la giurisprudenza di merito sostiene che un ipotetico reato di estorsione esisterebbe solo nel caso in cui il locatore imponesse vessatoriamente l'accordo transattivo relativo alla rinuncia all'avviamento commerciale contestualmente alla stipula del contratto di locazione, mentre nessun reato sussisterebbe nella ipotesi in cui tale accordo fosse stipulato successivamente al contratto di locazione.

Tanto più che la stessa Corte di Cassazione ha chiarito che, pur avendo la legislazione vincolistica carattere imperativo per ragioni di ordine pubblico, è comunque valida la rinuncia totale, o parziale, ai relativi diritti attribuiti alle parti in quanto tali diritti, mantenendo un contenuto privatistico, possono costituire oggetto di transazione (Cass. civ., Sez. III, 19 giugno 1984, n. 3634).

3. Non sembra che il problema sia risolvibile alla stregua di quanto affermato dalla giurisprudenza di merito.

Anche se l'orientamento della stessa da un'ottica teorica è irreprensibile, praticamente, invece, non tende certamente a prevenire ipotetici reati.

Infatti, potrebbe verificarsi l'ipotesi, non scolastica, che il locatore imponga al conduttore, contestualmente alla stipula del contratto di locazione, anche la sottoscrizione di una transazione non datata, con la quale il conduttore rinuncia all'indennità di avviamento commerciale. La data verrebbe apposta dal locatore in un momento successivo sicché l'accordo transattivo, contrariamente alla realtà, risulterebbe essere stato sottoscritto successivamente al contratto di locazione.

Seguire, quindi, l'orientamento della giurisprudenza di merito significa da un lato non tutelare adeguatamente la posizione contrattuale del conduttore che l'intera normativa della legge c.d. dell'equo canone, invece, ha cercato di tutelare, dall'altro non evitare ipotetici reati che la stessa giurisprudenza di merito, in realtà, con la propria decisione, tende a prevenire.

È sí vero che in materia di locazione di immobili urbani nessuna norma impone che un accordo transattivo deve essere sottoscritto dal giudice, ma è pur vero che solo in sede giudiziaria è possibile accertare la reale volontà delle parti in merito al contenuto di un accordo, soprattutto quando, nella fattispecie, si rinuncia ad un diritto rilevante per il conduttore, quale, appunto, l'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale.

Se da un lato, quindi, si è pienamente concordi con la giurisprudenza di merito nell'ammettere la possibilità di rinuncia all'indennità di avviamento da parte del conduttore in quanto la norma di cui all'art. 79, l. n. 392 del 1978 protegge il conduttore nella fase formativa del contratto di locazione e non anche successivamente, cioè nel momento di godimento dell'immobile, così come puntualizzato dalla Suprema Corte nella sentenza del 12 novembre 1986, n. 6634, dall'altro si dubita fortemente sulle modalità formali di tale rinuncia, così come sostenuta dalla citata giurisprudenza.

Innanzitutto non sembra decisivo l'orientamento che nega l'applicabilità analogica nella fattispecie dell'art. 2113 c.c. e dell'art. 45, l. n. 203 del 1982, in quanto norme eccezionali.

Una norma, infatti, deve ritenersi eccezionale se si ispira ad un principio diverso da quello che caratterizza il sistema normativo.

Qualificare una norma regolare o eccezionale non è un giudizio assoluto, cioè sempre valido. Infatti, se si guarda a ritroso il sistema normativo ci si accorge che alcune norme una volta valutate eccezionali (quindi non applicabili analogicamente), considerata l'evoluzione del sistema normativo e, dunque, la necessità di interpretare l'intero sistema alla luce dei valori emergenti, sono da considerare regolari espressioni di un principio generale.

Inoltre, l'accumularsi disorganico e continuo delle norme, trasforma continuamente le direttrici su cui si muove non solo l'aspetto sostanziale del fenomeno giuridico, cui sottostanno una complessità di rapporti economici e sociali mai prima d'ora verificatisi, ma la stessa interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che deve tenere presenti le nuove situazioni giuridiche soggettive venutesi a creare.

La distinzione, dunque, delle norme in regolari od essenziali è distinzione storica, sempre risorgente ed in continua evoluzione nella dinamica dell'ordinamento giuridico, per cui è una qualifica che si può attribuire alla norma soltanto dopo averne individuato il contenuto ed averlo posto a raffronto con i principi generali, anche costituzionali dell'ordinamento giuridico, sì da poter esprimere una valutazione sulla sua rilevanza nell'ambito dell'intero sistema normativo.

A prescindere, comunque, da tali considerazioni di carattere generale, la circostanza dell'opportunità che l'accordo transattivo in tema di rinuncia all'indennità di avviamento commerciale sia sottoscritto anche dal giudice sembra rinvenibile nel fatto di evitare facili espedienti da parte del locatore il quale potrebbe imporre al conduttore, per la circostanza di non reperire sul mercato altri immobili ove esercitare la sua attività commerciale, di sottoscrivere una transazione non datata contestualmente alla stipula del contratto di locazione e di apporla successivamente, in contrasto

con la concreta volontà del conduttore di non voler rinunciare all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale.

4. La soluzione del problema non appare, a prima vista, molto agevole. Si potrebbe, infatti, obiettare che la transazione costituisce un contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o ne prevengono una che può sorgere tra loro, per cui una sottoscrizione del giudice è possibile solo allorché fra le parti pende una lite; mentre nell'ipotesi inversa non si vede come le parti potrebbero far sottoscrivere dal giudice un loro accordo transattivo stragiudiziale.

Non sembra, invero, conveniente l'ipotesi di far prima sorgere una lite con lo scopo di transigerla successivamente, al fine della sottoscrizione dell'accordo transattivo da parte del giudice. Tale ipotesi, in realtà, è macchinosa e di difficile soluzione pratica.

Se da un lato, però, in materia di locazione di immobili urbani nessuna norma impone che un accordo transattivo deve essere sottoscritto dal giudice, dall'altro è pur vero il contrario, cioè nessuna norma impone che un accordo in materia di diritti locativi venga necessariamente effettuato mediante transazione.

La soluzione del problema, quindi, va trovata in altra ed opportuna sede.

Una ipotesi di soluzione della problematica potrebbe, invero, essere ricavata dalla normativa di cui agli artt. 321 e 322 c.p.c.

Nella fattispecie, infatti, le parti potrebbero, attraverso una istanza verbale da rivolgere al giudice conciliatore, successivamente alla stipula del contratto di locazione, accordarsi sulla eventuale rinuncia, da parte del conduttore, alla indennità per la perdita dell'avviamento commerciale.

Tale accordo verrà anche sottoscritto dal giudice il quale potrà verificare se il conduttore ha manifestato l'intenzione di rinunciare al suo diritto e se tale rinuncia sia effettivamente avvenuta in epoca successiva alla sottoscrizione del contratto di locazione, al fine di evitare soluzioni vessatorie imposte dal locatore al tempo della formazione della fattispecie contrattuale locativa.

Il processo verbale dell'accordo, comunque, assumerebbe almeno un valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio che realizzerebbe, sia pure parzialmente, quella meritevolezza di tutela della posizione contrattuale del conduttore il quale costituisce, almeno nell'intenzione del legislatore, l'oggetto di tutela dell'intera normativa della legge dell'equo canone.

FRANCESCO DELLA VENTURA
TIZIANA MAZZACANE