

ricorrente obbligato al versamento
ulteriore del contributo integrativo



ORIGINALE

5603/2017

REpubBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Art. 34
L. 392/78

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

TERZA SEZIONE CIVILE

R.G.N. 4049/2015

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Cron. 5603

Dott. ROBERTA VIVALDI

- Presidente -

Rep. C.I.

Dott. RAFFAELE FRASCA

- Rel. Consigliere -

Ud. 06/10/2016

Dott. FRANCO DE STEFANO

- Consigliere -

PU

Dott. LINA RUBINO

- Consigliere -

Dott. AUGUSTO TATANGELO

- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 4049-2015 proposto da:

(omissis) , considerata domiciliata ex lege in ROMA,
presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE,
rappresentata e difesa dall'avvocato (omissis)
giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

(omissis) , considerato domiciliato ex lege in
ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE,
rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis)
giusta procura in calce al controricorso;

2016

1992

- controricorrente -

nonchè contro

(omissis) , (omissis) , (omissis) ;

- intimati -

avverso la sentenza n. 2520/2014 della CORTE D'APPELLO
di NAPOLI, depositata il 04/06/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 06/10/2016 dal Consigliere Dott. RAFFAELE
FRASCA;

udito l'Avvocato (omissis) ;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. ANNA MARIA SOLDI che ha concluso per il
rigetto.

FATTI DELLA CAUSA

1. (omissis) ha proposto ricorso per cassazione, contro (omissis) (omissis) e nei confronti di (omissis) , (omissis) e (omissis) (omissis), avverso la sentenza del 4 giugno 2014, corretta con ordinanza del 14 ottobre successivo, con la quale la Corte d'Appello di Napoli ha parzialmente riformato la sentenza del Tribunale di Torre Annunziata dell'aprile del 2013.

2. Con tale sentenza quel tribunale provvedeva sulla domanda del (omissis), intesa ad ottenere dai (omissis) la corresponsione dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale riguardo alla locazione di un immobile ad uso diverso da quello abitativo, nonché sulla domanda riconvenzionale dei locatori, i quali, assumevano che essa fosse dovuta in minor misura rispetto a quella richiesta dal locatore e, deducendo di avere offerto inutilmente l'indennità in tale minor misura, chiedevano che, ai sensi della clausola contrattuale di cui art. 14 il medesimo fosse condannato alla penale da essa prevista per il ritardo nella consegna dell'immobile.

Il tribunale partenopeo accoglieva parzialmente la domanda principale, sebbene in misura inferiore rispetto a quanto richiesto dal (omissis), accoglieva anche la domanda riconvenzionale fondata sulla clausola contrattuale, rilevando che il conduttore non risultava averne eccepito la nullità in modo rituale, e condannava il conduttore al pagamento della differenza fra i due importi rispettivamente dovuti.

3. La Corte napoletana, invece, ha accolto l'appello del (omissis) ed ha rigettato la domanda riconvenzionale dei locatori.

4. Al ricorso della (omissis), che prospetta cinque motivi, ha resistito con controricorso il (omissis).

5. La ricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo si deduce "nullità della sentenza e del procedimento per violazione dell'art. 112 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c."

Vi si lamenta che, in violazione dell'art. 112 c.p.c., la corte territoriale avrebbe ommesso di pronunciare sulla controeccezione, che le parti locatrici avevano proposto, riguardo alla irritalità della proposizione da parte del (omissis) dell'eccezione di nullità della clausola, di cui all'art. 14 del contratto di locazione, che dette parti avevano invocato a fondamento della loro riconvenzionale. Irritalità che era stata ritenuta dal primo giudice, in quanto la "comparsa di replica", nella quale (come si legge, a riscontro della deduzione del motivo, nella riproduzione della sentenza di primo grado, presente nell'esposizione del fatto) detta eccezione era stata prospettata, <<pur risultando dal foliaro>> del (omissis) <<non reca[va] alcun timbro depositato (ed analogamente, le copie per l'Ufficio e per la controparte)>>.

1.1. Il motivo è manifestamente inammissibile, in quanto ignora che la Corte d'Appello non ha ommesso, nel suo *decisum*, di decidere sulla controeccezione, ma l'ha ritenuta assorbita, poiché ha ritenuto assorbita la questione della validità della clausola, in quanto ha reputato fondato il primo motivo di appello del conduttore, con cui egli aveva rivendicato di avere legittimamente rifiutato la restituzione dell'immobile, restando obbligato al solo pagamento della somma corrispondente al canone, così rilevando per questa ragione l'infondatezza della riconvenzionale delle parti locatrici di risarcimento del maggior danno e di corresponsione delle somme dovute in forza della clausola penale.

L'assorbimento della questione relativa alla validità della clausola e, dunque, anche della relativa controeccezione, è enunciato *expressis verbis* a pagina 12 dalla sentenza impugnata, dopo che a pagina 11 essa, con la seconda proposizione, ha enunciato l'infondatezza della riconvenzionale a conclusione di un iter motivazionale iniziato a pagina 6.

A pagina 12 è detto, infatti, che <<l'accoglimento del motivo di appello fondato sull'impossibilità di invocare l'art. 1591 c.c., nell'ipotesi in cui il conduttore rifiuti legittimamente la restituzione del bene per il mancato pagamento dell'indennità di avviamento, determina

l'assorbimento dei motivi di gravame volti a contestare la legittimità della clausola penale nonché a chiederne la riduzione in quanto manifestamente eccessiva>>.

Ne discende appunto che, avendo la corte partenopea ritenuto assorbito il gravame del conduttore sulla nullità della clausola penale, assorbita è rimasta anche la controeccezione di irrituale deduzione di detta nullità, di modo che nessuna omissione di pronuncia vi è stata.

Il motivo è allora inammissibile perché non si correla alla motivazione della sentenza impugnata (Cass. n. 359 del 2005, seguita da numerose conformi).

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

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 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, 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.

2.1. 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 il terzo comma dell'art. 34 della l. n. 392 del 1978.

2.2. 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 5 dicembre 2011, 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 terzo comma 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.

3. Il terzo motivo deduce "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c."

Tale fatto sarebbe rappresentato dall'aver il conduttore chiesto la determinazione ad opera del giudice dell'indennità il che equivaleva a subordinare il rilascio al calcolo della stessa.

3.1. Il motivo non denuncia l'omesso esame di un fatto storico e, dunque, non ha, nemmeno *in thesi*, la struttura del motivo ai sensi del n. 5 dell'art. 360 c.p.c.

Pone una *quaestio iuris*, ma essa risulta manifestamente priva di fondamento per la semplice, se non semplicistica, ragione, che il creditore di una somma di danaro, sebbene siano indicate dalla legge (come nel caso di specie) o da altra fonte le modalità di determinazione, può sempre agire in accertamento per ottenere la concreta determinazione della somma dovuta, se ne abbia l'interesse.

Il motivo tace sul perché tale interesse difettesse in capo al conduttore.

4. Il quarto motivo fa valere "violazione degli artt. 1587 e 1581 cod. civ., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c."

L'illustrazione esordisce dicendo che <<secondo la Corte d'Appello, non essendo intervenuta una seria offerta di versamento dell'indennità di avviamento, il conduttore ha legittimamente rifiutato la restituzione del bene, che, invero, ha continuato ad utilizzare secondo la sua destinazione commerciale, rimanendo unicamente obbligato al pagamento della somma corrispondente a canone mensile, senza che la

parte locatrice potesse pretendere il diritto al risarcimento del danno, ovvero alla corresponsione delle somme dovute a titolo di penale>>.

La motivazione che si intende criticare viene, dunque, così riassunta e, di seguito, la si dice illegittima adducendo che l'offerta dell'indennità era documentata <<in almeno due atti depositati nel fascicolo dell'odierna ricorrente, relativo ai precedenti gradi di giudizio>> e rappresentati da due lettere raccomandate con a r., la prima del 3 febbraio 2007, con cui era stata data disdetta (e che si riproduce), la seconda del 20 marzo successivo (che non si riproduce e si dice dichiarativa della disponibilità a versare diciotto mensilità del canone).

Entrambi i documenti non vengono però specificamente localizzati, siccome imponeva l'art. 366 n. 6 c.p.c. (Cass. sez. un. nn. 28547 de 2008 e 7161 del 2010), né quanto alla precisa sede di produzione nel giudizio di merito, né quanto alla sede di produzione in questo giudizio di legittimità, e ciò nemmeno nell'esposizione del fatto, dove anzi si allude ad una lettera del 31 marzo 2007.

Tanto rende inammissibile il motivo.

4.1. In ogni caso, il motivo sarebbe inammissibile anche perché non si correla all'effettiva motivazione della sentenza impugnata e, dunque, non la critica efficacemente.

La sentenza, infatti, dopo che a pagina 10 ha fatto riferimento ad una lettera a data, fra l'altro, 29 marzo 2007, a pagina 11, dice che non risultava che la parte locatrice avesse fatto offerta formale dell'indennità e, quindi, soggiunge che <<in ogni caso alla suddetta missiva non appare in ogni caso possibile attribuire il valore di un'offerta, ancorché informale, idonea a porre il conduttore in mora, trattandosi di una missiva inviata oltre un anno prima della scadenza contrattuale, priva della precisa indicazione della somma dovuta a tale titolo, ed alla quale, nemmeno nel corso del giudizio, ha fatto seguito una messa a disposizione di quanto dovuto al conduttore, con modalità tali da manifestare la seria e concreta intenzione del debitore di offrire quanto dovuto al fine di estinguere la propria obbligazione>>.

Sulla base di tale motivazione, che è ben più articolata di quanto indica il motivo nell'esordio della sua illustrazione, la corte napoletana ha ritenuto che il rifiuto di restituzione dell'immobile fosse giustificato.

I termini specifici di tale motivazione non risultano criticati.

5. Con il quinto motivo si deduce "violazione degli artt. 1591 e 1382, I comma cod. civ., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c."

Il motivo è inammissibile, in quanto, là dove rivendica la piena operatività della clausola penale di cui all'art. 14, pretende di discutere di una questione che, come s'è veduto, la sentenza impugnata ha ritenuto assorbita, dopo avere escluso che il conduttore avesse rifiutato illegittimamente di restituire l'immobile.

Non essendo stata decisa la questione della validità della clausola è palese che il motivo non si duole di una statuizione che la sentenza abbia reso su di essa.

Semmai, una ragione di impugnazione avrebbe potuto prospettarsi per la valutazione di assorbimento, ma non lo è stata e, d'altro canto, nemmeno avrebbe potuto esserlo, atteso che la detta valutazione fu pure corretta, supponendo l'operatività della clausola, ove valida, l'inadempienza del conduttore all'obbligazione di restituzione.

6. Il ricorso è, conclusivamente, rigettato.

Le spese seguono la soccombenza nei confronti del resistente e si liquidano ai sensi del d.m. n. 55 del 2014. Nulla nel rapporto fra le parti costituite e le intimiate.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, si deve dare 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 del comma 1-*bis* del citato art. 13.

P. Q. M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna parte ricorrente alla rifusione al resistente delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in euro quattromila, oltre duecento per esborsi ed oltre spese generali al 15%

ed accessori come per legge. Ai sensi dell'art. 13 comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, si 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 del comma 1-*bis* del citato art. 13.

Così deciso nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile il 6 ottobre 2016.

Il Cons. Est.

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
Innocenzo BATTISTA

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Oggi 7 MAR. 2017

Il Funzionario Giudiziario
Innocenzo BATTISTA