

IL GIURISTA EUROPEO

Collana diretta da Luigi Garofalo

APPROFONDIMENTI TEMATICI

10

STEFANO CHERTI

**LA RISOLUZIONE
MEDIANTE CAPARRA**



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2012

della tradizione storica, alla quale, si può osservare, non sembra essersi sentito legato il legislatore con riferimento ad altri contratti reali se, dopo aver affermato (art. 1813 cod. civ.) che «il mutuo è il contratto con il quale una parte consegna all'altra ...», ha espressamente previsto la promessa di mutuo (art. 1822 cod. civ.).

Da un punto di vista pratico si presenta solo il problema di distinguere una fattispecie negoziale non completatasi per la mancata *traditio* da quella completatasi, in cui la *traditio* costituisce semplice adempimento di una fattispecie negoziale perfetta.

Posto in risalto che la previsione della caparra confirmatoria consente una risoluzione stragiudiziale del contratto (in analogia con la diffida ad adempiere), si prendono le distanze da quell'orientamento dottrinale secondo il quale, ove la parte inadempiente scelga la strada della risoluzione giudiziale ai sensi dell'art. 1385, terzo comma, cod. civ., in quanto ritiene che il danno subito a causa dell'inadempimento dell'altra parte sia superiore all'importo della caparra, quest'ultimo rappresenterebbe comunque un *minimum* al di sotto del quale non sarebbe consentito al giudice di scendere, ponendo in evidenza la diversità di formulazione rispetto all'art. 1382 cod. civ. in tema di penale.

Infine, viene affrontato il problema della riducibilità di una caparra confirmatoria eccessiva. La risposta positiva viene basata sulla considerazione che nella caparra, così come nella penale, vi è il rischio che la parte inadempiente sia colpita da una predeterminazione eccessiva del danno. In definitiva, se all'interno del medesimo contratto è manifestamente eccessiva una penale, non può che esserlo anche una caparra di eguale importo. In tal modo, va osservato, viene per via di interpretazione sistematica affermata la riduzione della caparra, il che consente di superare, diversamente opinando, i dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1385 cod. civ., per irrazionale disparità di disciplina rispetto all'art. 1384 cod. civ.

ROBERTO TRIOLA

*Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
e Direttore dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo*

CAPITOLO PRIMO

LA NOZIONE E LA STRUTTURA DELLA CAPARRA CONFIRMATORIA

SOMMARIO: 1. La caparra confirmatoria nel codice del '42: inquadramento sistematico e ambito di applicazione. – 2. La caparra come negozio: la struttura e i suoi elementi fondamentali. – 3. Segue: gli effetti del collegamento esistente tra la caparra e il negozio principale. – 4. La caparra quale contratto reale (e ad effetti reali). – 5. Segue: le differenze con il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto). – 6. L'ammissibilità di una caparra consensuale e il problema del preliminare di caparra. – 7. I contratti a cui si può apporre la caparra: la questione dell'inevitabile restringimento dell'ambito di applicazione rispetto alla tradizione.

1. *La caparra confirmatoria nel codice del '42: inquadramento sistematico e ambito di applicazione.*

Come si ricava dall'art. 1385 cod. civ., la caparra è la somma di denaro o la quantità di altre cose fungibili che una parte, all'atto della conclusione del contratto, consegna all'altra, con l'accordo che nell'ipotesi di un suo inadempimento l'altra parte potrà recedere dal contratto e trattenere in maniera definitiva il denaro, o la quantità di altre cose ricevute. Al contrario, in caso di inadempimento della parte che ha ricevuto la caparra, l'altra potrà recedere dal negozio e avrà diritto di esigere il doppio della caparra versata ⁽¹⁾.

In verità, dalla formulazione dell'art. 1385 cod. civ. emergono due significati del termine caparra, entrambi corretti e comunemente usati

⁽¹⁾ Oltre quanto sarà indicato v. W. D'AVANZO, *Caparra*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 893 ss.; E. PROTETTI, *Clausola penale e caparra*, in *Enc. Forense*, II, Milano, 1958, 231; V.M. TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, 191 ss.; G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, 5 s.; A. MARINI, *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 1; G. DE NOVA, *Caparra*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II, Torino, 1988, 240 s.; M. BELLANTE, *La caparra*, Milano, 2008, 4 s.

nel traffico giuridico⁽²⁾. Il primo viene adoperato per designare la somma di denaro o la quantità di altre cose fungibili che costituiscono l'oggetto della caparra stessa⁽³⁾; con il secondo si indica il negozio giuridico che dà luogo alla caparra. Infatti, nel testo della disposizione si trova il riferimento sia alla dazione «a titolo di caparra» per richiamare l'attenzione dell'interprete sul negozio giuridico che rappresenta il titolo giustificativo di quanto è stato consegnato, sia alla «restituzione o imputazione della caparra» per evidenziare la somma di denaro o la quantità di altre cose fungibili che costituiscono l'oggetto del negozio⁽⁴⁾.

Nel codice vigente la disciplina della caparra è collocata nel capo quinto del libro quarto, tra le norme dedicate agli effetti del contratto. Dunque, dal punto di vista sistematico, la caparra è posta nella parte dedicata alla disciplina generale del contratto, dovendosi tuttavia dubitare che la stessa possa essere utilizzata per rafforzare o integrare rapporti di origine non contrattuale, come nelle ipotesi di obbli-

⁽²⁾ Anche la giurisprudenza non ha mancato di sottolineare come «sia frequente nell'uso commerciale che alla conclusione del contratto venga versata una caparra confirmatoria per la sua funzione di semplificare il rapporto in caso di inadempienza», v. Commissione trib. centrale 3 ottobre 2000, n. 5559, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Valore aggiunto (imposta)*, n. 334.

⁽³⁾ Già da queste prime note è bene sottolineare una crescente avversione del nostro legislatore verso l'utilizzo del denaro contante nelle transazioni tra privati e in quelle tra privati e pubblica amministrazione. In questo senso è emblematica la rubrica dell'art. 12 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante *disposizioni urgenti per la crescita*, dove si fa riferimento al «contrasto all'uso del contante», mentre nella disposizione si specifica che «le limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore, di cui all'articolo 49, commi 1, 5, 8, 12 e 13, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, sono adeguate all'importo di euro mille». Le ricadute sul sistema del codice civile e sulle norme che, come nel caso della caparra, fanno riferimento al denaro, sono evidenti e porteranno senza dubbio ad una modifica nella prassi delle contrattazioni (sul punto v. *infra* in questo capitolo al § 6). Di regola si è portati ad escludere che il creditore «debba accettare in pagamento assegni bancari, i quali non sono denaro e presentano comunque il rischio di non poter essere riscossi», v. C.M. BIANCA, *Diritto civile IV. L'obbligazione*, Milano, 1993, 171; T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, 113 ss. (testo e note).

⁽⁴⁾ Pertanto, il denaro è stato versato, non come acconto sul prezzo o per altra causa, ma «a titolo di caparra» con tutte le conseguenze di ordine giuridico che ciò comporta, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile V. La responsabilità*, Milano, 1994, 368; M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 4 s.

gazioni nascenti da promesse unilaterali o da fatto illecito⁽⁵⁾: è il contratto, e in particolare quello a prestazioni corrispettive, che costituisce il terreno privilegiato per lo studio della caparra, e che fornisce anche alla giurisprudenza il materiale più significativo⁽⁶⁾. In particolare, il meccanismo che si ritrova nell'art. 1385 cod. civ. ben si attaglia a quei negozi nei quali in ciascuna delle parti si rinviene, al contempo, una posizione di debito e una di credito non ancora (o non del tutto) esaurite⁽⁷⁾. Il secondo e il terzo comma dell'art. 1385 cod. civ., che costituiscono il fulcro della norma, disegnano un sistema che attribuisce una serie di rimedi alla parte diligente del rapporto che non può che avvalorare quanto prospettato. Di fronte all'altrui inadempimento la parte ha a disposizione una forma di tutela rafforzata che consente una spedita composizione della vicenda che si realizza attraverso la possibilità di sciogliersi dal vincolo e ottenendo, al contempo, come liquidazione forfettaria del danno subito, quanto consegnato a titolo di caparra (se l'inadempimento riguarda il soggetto che ha dato la caparra, questi può invece esigere il doppio di quanto versato). Ancora, le parti, una volta stipulata una caparra, possono sempre domandare l'esecuzione ovvero la risoluzione del contratto secondo le

⁽⁵⁾ La giurisprudenza si è da tempo espressa nel senso della nullità, perché in contrasto con l'art. 79 cod. civ., di un contratto con il quale un soggetto, a garanzia di una promessa di matrimonio, aveva versato all'altra parte una somma di denaro e versato in suo favore delle cambiali avallate da terzi, «con l'intesa che il denaro e i titoli restino in deposito per un termine determinato, trascorso il quale, ove il promittente rifiuti il consenso al matrimonio, il denaro passi in proprietà dell'altra parte, autorizzata, altresì, ad azionare le cambiali», v. App. Napoli 13 febbraio 1974, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 168, con nota di F. FINOCCHIARO, *Nullità della caparra come negozio accessorio alla promessa di matrimonio*, *ivi*, 167 ss.

⁽⁶⁾ L'art. 1217 che nel codice del '65 conteneva le regole generali sulla caparra era, invece, posto nella sezione dedicata alle *obbligazioni con clausole penali*: la particolare *sedes materiae* consentiva, invero, di ritenere che la caparra potesse indistintamente applicarsi a tutte le tipologie di rapporti obbligatori, senza limitarsi a quelli di fonte contrattuale, così come pure alle promesse di matrimonio, cfr. W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 894; G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 8; V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 191.

⁽⁷⁾ Anche nella dottrina francese si trova affermato che la stipulazione di una caparra è possibile in «*tous les contrats synallagmatiques*» e, per contro, «*ne peut pas se combiner avec un contrat unilatéral*» v. G. BAUDRY-LACANTINERIE - L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*³, IX, Paris, 1908, 62 (§ 84) e 66 (§ 88).

regole generali (v. terzo comma art. 1385 cod. civ.): in questo caso, se il soggetto non inadempiente è colui che ha dato la caparra, quanto corrisposto rappresenta una forma di garanzia per il risarcimento dei danni che saranno liquidati in sentenza dal giudice al pari di una cauzione. Entrambe le situazioni prospettate nel secondo e nel terzo comma dell'art. 1385 cod. civ. sono volte a rendere possibile lo scioglimento del vincolo da parte del contraente non inadempiente, una per via giudiziale, l'altra per via stragiudiziale⁽⁸⁾.

Come si avrà modo di osservare, la relazione che si instaura tra la caparra e il negozio principale cui questa accede rappresenta un punto di vista privilegiato per comprendere la *ratio* della norma e, soprattutto, per valutare la funzione svolta dall'art. 1385 cod. civ. nell'economia del rapporto (considerato nel suo concreto ed effettivo modo di atteggiarsi). Nell'esaminare la funzione della caparra non si può trascurare il fatto che questa sia collegata indissolubilmente, con un rapporto di dipendenza, ad un altro negozio, cosicché la sorte e il modo d'essere del negozio principale non potranno che condizionare il ruolo e la finalità della caparra⁽⁹⁾. La *ratio* dell'art. 1385 cod. civ. non può essere considerata isolatamente, né si può evincere estrapolando dal testo della disposizione una parte soltanto della norma e mettendo in secondo piano quelle restanti: l'effettiva funzione della caparra emerge solo se la si colloca all'interno della più vasta operazione economica in cui si inserisce, e di cui contribuisce in maniera rilevante a connotare gli aspetti fondamentali.

Il fatto che il legislatore del '42 abbia collocato la caparra tra gli ef-

⁽⁸⁾ Per una lettura in chiave rimediabile di questa doppia possibilità di *exit* dal contratto offerta alla parte diligente del rapporto v. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 222 s.

⁽⁹⁾ La dottrina ha sempre cercato di enucleare, tra le tante che si sono andate storicamente affermando, la funzione cardine (e preminente rispetto alle altre) della caparra, senza mai giungere, tuttavia, ad una conclusione condivisa e definitiva. Non c'è trattazione sull'argomento che non presenti, anche per brevi cenni, una soluzione alla questione; per un'analisi (e relativa critica) delle varie tesi proposte cfr. ad esempio M. LOMBARDI, *La funzione della caparra secondo il nuovo codice*, in *Giur. it.*, 1946, IV, 46 ss.; G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 60 ss.; M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 5 s.; M.S. SCARDIGNO, *Sulla qualificazione giuridica della caparra confirmatoria*, nota a Cass. 4 marzo 2004, n. 4411, in *Contratti*, 2004, 991 s.; F. PAROLA, *La caparra confirmatoria*, in *Obbl. e contratti*, 2006, 635 s.

fetti del contratto fa sì che del negozio (quello principale unitamente a quello accessorio) vada valorizzato il suo aspetto dinamico, non il contratto come atto, bensì come rapporto. Ecco perché la funzione della norma rispecchia di volta in volta le fasi del vincolo e lo svolgimento progressivo del rapporto contrattuale; è necessario considerare nella sua interezza l'affare in vista del quale i soggetti si sono obbligati e hanno scelto tra le altre modalità, quella di servirsi della caparra, così come disciplinata dall'art. 1385 cod. civ. Ad esempio, se al momento della conclusione del negozio principale, si verifica (come normalmente avviene) anche il contestuale passaggio della caparra tra le parti, la finalità di prova dell'avvenuta conclusione del contratto emerge in maniera netta rispetto alle altre tipiche della caparra, mentre, in costanza di rapporto, il passaggio di proprietà delle *res traditae* rappresenta uno stimolo per una pronta e sicura esecuzione del contratto principale; infine, se la parte è inadempiente la caparra costituisce la somma a disposizione dell'*accipiens* per la liquidazione dei danni.

Come si avrà modo di osservare⁽¹⁰⁾, la caparra segue l'evolversi complessivo del rapporto (dal momento iniziale sino alla fase dell'adempimento o dell'inadempimento) e si adatta alle esigenze della parte in risposta ai comportamenti dell'altro contraente, risultando poco efficace ogni tentativo di fissarne in una sola formula scopo e funzione. Quello che emerge nello studio della caparra e della sua funzione è il fatto che a seconda delle varie fasi del rapporto e delle esigenze del contraente fedele possono venire in rilievo diverse finalità, alcune sicuramente tipiche (o forti⁽¹¹⁾) della caparra, altre comunque fruibili dalla parte (o deboli⁽¹²⁾), che se ne serve perché si verifica una coincidenza tra la situazione di fatto e gli effetti giuridici che si

⁽¹⁰⁾ V. *infra* cap. III, §§ 1 e 2.

⁽¹¹⁾ Senza dubbio è una funzione forte della caparra quella di essere uno strumento per la rapida ed efficace composizione della vicenda, che consente lo scioglimento del contratto principale con la contestuale liquidazione del danno (meccanismo del secondo e terzo comma dell'art. 1385 cod. civ., su cui v. *infra* cap. III, §§ 3 e 4).

⁽¹²⁾ È debole, ad esempio, la funzione di acconto che è del tutto eventuale e rappresenta poco più di una descrizione fattuale di una parte del meccanismo codificato nell'art. 1385 cod. civ.; altrettanto debole è la funzione di prova del contratto principale che ci deriva dalle fonti romane.

vogliono (e si possono grazie alla caparra) perseguire. Né, nella ricerca di una specifica funzione che prevalga sulle altre, si può pensare di ingabbiare l'autonomia privata per fini squisitamente classificatori in schemi di difficile composizione, appiattendolo la dinamica del rapporto e lo svolgimento del negozio.

È bene avvertire che non vi è una regola per stabilire chi tra le parti debba dare ovvero ricevere la caparra: si può dubitare del fatto che l'*accipiens* sia tale perché nel negozio principale che lo vincola al *tradens* sia il soggetto più esposto all'altrui inadempimento⁽¹³⁾. Infatti, se si guarda alla prassi delle contrattazioni, risulta che di norma il *tradens* è il soggetto che deve effettuare una prestazione di natura monetaria (deve versare il prezzo della vendita, o il canone d'affitto, ecc.), mentre l'*accipiens* deve adempiere prestando un bene diverso dal denaro (procedere alla consegna della *res vendita*, far godere il bene locato, ecc.)⁽¹⁴⁾. Oltre ad essere diversa dal denaro, normalmente, la prestazione a cui si obbliga l'*accipiens* è anche indivisibile, di modo che non se ne può staccare una parte per darla a titolo di caparra. Proprio l'esempio della vendita dimostra, semmai, stante soprattutto le regole che governano il passaggio della proprietà e del rischio in questa tipologia negoziale, che il soggetto più esposto all'inadempimento è l'acquirente, che di norma è il *tradens*, e non il venditore, che nella maggioranza dei casi è, invece, l'*accipiens* (se poi il venditore è anche un imprenditore sul *tradens* grava l'ulteriore rischio del fallimento⁽¹⁵⁾). Dunque, quella di *tradens* o di *accipiens* sono posizioni

⁽¹³⁾ Di questa come una regola «coerente e razionale» tratta M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 10.

⁽¹⁴⁾ In questo contesto ha giocato un ruolo la c.d. commercializzazione del codice civile: la scelta del legislatore del 1942 di unificare il diritto privato e di far confluire la materia commerciale nel codice civile ha fatto sì che le regole proprie dei contratti commerciali divenissero quelle di diritto comune; anche la vendita ha risentito di questo fenomeno, tant'è vero che gli artt. 1470 ss. cod. civ. sono orientati nel senso del venditore (il commerciante del vecchio codice), piuttosto che sul compratore, e questo potrebbe essere uno dei motivi per cui il *tradens* sia l'acquirente, e non l'alienante.

⁽¹⁵⁾ Di qui, ad esempio, la normativa a tutela degli acquirenti degli immobili da costruire (v. d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122), che pone delle ben precise garanzie a tutela dell'acquirente e a carico di chi vende i suddetti immobili, oltre che più in generale numerose norme di comportamento, tese ad impedire che nell'eventualità di una

legate al modo d'essere di ogni singolo negozio, riflettendo la natura delle prestazioni dedotte e gli interessi perseguiti dalla parti del contratto principale, cui si conforma necessariamente anche il negozio di caparra.

Infine, nei rapporti impresa-consumatore è il contraente più forte che stabilisce le regole principali del contratto e, quindi, anche quelle riguardanti la caparra, che svolge un ben determinato ruolo nell'economia del rapporto: per questo motivo la caparra dovrà essere esaminata *sub specie* di una clausola vessatoria, e ne andranno analizzati gli effetti quando le parti sono un professionista e un consumatore.

2. La caparra come negozio: la struttura e i suoi elementi fondamentali.

La caparra è un negozio giuridico bilaterale a contenuto patrimoniale con cui un soggetto (anche detto *tradens*) consegna ad un altro (anche detto *accipiens*) una somma di denaro o una quantità di altre cose fungibili⁽¹⁶⁾, per conseguire gli effetti contemplati nell'art. 1385 cod. civ.⁽¹⁷⁾. Di fronte alla libertà di cui godono i soggetti di regolamentare i propri interessi, le parti scelgono di perseguire gli effetti previsti dall'art. 1385 cod. civ. e «al momento della conclusione del contratto» una consegna all'altra una somma di denaro o di altre cose fungibili: sono i contraenti che per meglio disciplinare il rapporto

situazione di crisi dell'impresa venditrice (fallimento, pignoramento o altro), sfumi non solo l'acquisto da effettuare, ma anche la possibilità di riottenere le somme anticipatamente versate.

⁽¹⁶⁾ Il versamento anticipato di una somma di denaro «può assumere funzione di caparra confirmatoria qualora, nelle intenzioni delle parti, sia stato eseguito per conseguire gli scopi pratici di cui all'art. 1385 c.c.», così Cass. 7 luglio 2004, n. 12472, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 488. In senso conforme v. anche Cass. 13 febbraio 2006, n. 3071, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 517; Cass. 17 maggio 1985, n. 3014, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 199; Cass. 25 ottobre 1958, n. 3474, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 220.

⁽¹⁷⁾ La natura negoziale della caparra è poi chiaramente affermata, tra gli altri, da C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 368 s.; W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 895; V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 193; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni dei contratti in generale (artt. 1321-1469)*³, in *Commentario del codice civile*, IV, tomo 2, Torino, 1980, 344; G. DE NOVA, *Caparra*, cit., 241.

principale (come ad esempio una vendita o una locazione) si accordano per apporvi una caparra; manifestano, dunque, una volontà non equivoca e comune ad entrambe⁽¹⁸⁾. L'esistenza di un negozio diverso e, soprattutto, principale rispetto a quello di caparra è, pertanto, elemento imprescindibile della fattispecie, al pari della circostanza che quanto scambiato tra il *tradens* e l'*accipiens* sia stato fatto per conseguire gli effetti di cui al secondo e al terzo comma dell'art. 1385 cod. civ. A ben vedere, è proprio la serie di effetti appena richiamata a costituire il vero fulcro della norma, mentre l'intero primo comma dell'art. 1385 cod. civ., dove si menziona l'attività di scambio della *res* tra le parti, ha un contenuto puramente descrittivo dell'istituto.

In questo quadro, non appare condivisibile la tesi di una parte della dottrina secondo la quale la caparra sarebbe un atto giuridico in senso stretto di natura reale⁽¹⁹⁾. Secondo questo orientamento⁽²⁰⁾, una volta che uno dei contraenti abbia effettuato la consegna del denaro (o delle altre cose fungibili), che rappresenterebbe, così, attività ineliminabile all'interno della fattispecie, gli effetti previsti dall'art. 1385 cod. civ. si produrrebbero automaticamente⁽²¹⁾, a prescindere da un'effettiva volontà delle parti al riguardo. In verità, la semplice

⁽¹⁸⁾ Per poter venire in rilievo è necessario che la caparra sia stata espressamente convenuta dalle parti al momento della conclusione del contratto, v. Cass. 25 ottobre 1958, n. 3474, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 222.

⁽¹⁹⁾ Con la caparra «il contraente compie un atto di quelli che sogliono chiamarsi "reali" o "effettuali", in antitesi alle dichiarazioni di volontà», v. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*³, Milano, 1948, 133; ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, III, Milano, 1959, 586 (*sub* § 133). Questa teoria è stata ricordata di recente da M. DE LUCA, *La caparra*, in *I contratti in generale*, VIII, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Cendon, Torino, 2000, 332 e 335 s. In particolare, secondo questa parte della dottrina, la caparra sarebbe un tipico atto reale (o effettuale), preceduto da una dichiarazione di volontà, di modo che ciò che rileva non sarebbe tanto la dazione in sé, quanto piuttosto la pattuizione sulla sorte della cosa consegnata (v. F. MESSINEO, *Dottrina generale*, cit., 133; ID., *Manuale di diritto*, cit., 586). Tuttavia, proprio quest'ultimo Autore, sembrerebbe aver cambiato orientamento, a favore del «contratto di caparra» quale negozio accessorio, v. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXI, tomo I, Milano, 1973, 216 s.

⁽²⁰⁾ V. ancora F. MESSINEO, *Manuale di diritto*, cit., 586; M. DE LUCA, *La caparra*, cit., 335 s.

⁽²¹⁾ Sarebbero, quindi, degli effetti *ex lege*, scaturenti puramente e semplicemente dalla consegna del bene (denaro o altre cose fungibili) intercorsa tra le parti.

dazione di denaro all'atto della stipulazione del negozio non è di per sé sufficiente a far scattare il meccanismo di cui all'art. 1385 cod. civ., posto che il titolo della consegna ben può essere costituito da negozi giuridici diversi, come nel caso della caparra penitenziale, dell'acconto o, ancora, del deposito cauzionale⁽²²⁾. In tutte queste ipotesi, benché si rinvenga chiaramente una dazione di denaro da uno all'altro dei contraenti, non vi è alcun dubbio che gli effetti perseguiti non siano quelli previsti dalla caparra confirmatoria, ma altri e differenti (nel caso, poi, della caparra penitenziale sono esattamente di segno contrario rispetto a quelli riconducibili all'art. 1385 cod. civ.⁽²³⁾). Dunque, gli effetti previsti dall'art. 1385 cod. civ. non si producono *ex lege*, ma sono il frutto dell'effettiva manifestazione di volontà delle parti⁽²⁴⁾.

Proprio l'art. 1385 cod. civ., innovando sul punto rispetto a quanto era contenuto nell'art. 1217 cod. civ. abrogato⁽²⁵⁾, richiede espres-

⁽²²⁾ La dazione anticipata di una somma di denaro da uno all'altro dei contraenti «al momento della conclusione di un negozio ha natura di caparra confirmatoria quando risulti che le parti abbiano inteso perseguire gli scopi di cui all'art. 1385 codice civile, ovvero attribuirle la funzione di liquidazione convenzionale del danno da inadempimento qualora la parte non inadempiente abbia esercitato il potere di recesso, mentre ha natura di deposito cauzionale qualora essa sia stata conferita a garanzia di un eventuale obbligo di risarcimento del danno del cauzionante», v. Cass. 4 marzo 2004, n. 4411, in *Contratti*, 2004, 987. È la volontà delle parti di servirsi del meccanismo descritto nel secondo e terzo comma dell'art. 1385 cod. civ. a dar vita ad una caparra, e non la semplice dazione di denaro.

⁽²³⁾ Sulla caparra penitenziale, che ha la funzione di corrispettivo per il diritto di recesso, v. più approfonditamente *infra* cap. III.

⁽²⁴⁾ V. sul punto V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 192 s.; M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 23; M.A. MICHINELLI, *La caparra confirmatoria nella risoluzione del contratto*, nota a Cass. 11 gennaio 2001, n. 319, in *Notariato*, 2001, 563.

⁽²⁵⁾ «Quando non risulta una diversa volontà dei contraenti, ciò che si dà anticipatamente nella conclusione del contratto, si considera come una cautela per il risarcimento dei danni in caso d'inadempimento della convenzione, e si dice caparra», così il primo comma dell'art. 1217 cod. civ. 1865 (la norma in parola riprende quasi testualmente il primo comma del § 908 dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco del 1811). Sulla norma cfr. P. GABBA, *La caparra. Illustrazione dell'art. 1217 del codice civile italiano*, Pisa, 1904, 5 ss.; ID., *Della caparra in diritto italiano*, Città di Castello, 1927, 4 ss.; L. MORVIDI, *A proposito della caparra* (estratto dalla pubblicazione in onore di M. Bertacioli), Udine, 1936, 3 s.; B. GALLI, *Caparra e risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1926, IV, 9 s.; F. CARNELUTTI, *Funzione della caparra nel contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, 227 ss.; B. BRUGI, *Scopo e specie delle*

samente che la consegna sia effettuata «a titolo di caparra». Diversamente, per il legislatore del precedente codice si poteva presumere che il versamento di una somma di denaro avvenuto contestualmente alla stipula del negozio principale avesse natura di caparra⁽²⁶⁾, soluzione questa che dimostrava una certa *vis attractiva* del meccanismo approntato dalla caparra, rispetto agli altri affini⁽²⁷⁾. Nel codice attuale l'uso del termine caparra va inteso nel senso tecnico di cui all'art. 1385 cod. civ., e non quale semplice anticipo sul prezzo, solo qualora risultino provate le finalità della clausola di rafforzare e integrare l'accordo tra le parti⁽²⁸⁾.

Sicuramente la caparra è un negozio giuridico bilaterale a titolo oneroso: tra le parti si rinviene, infatti, una duplice attribuzione patrimoniale. Per quanto riguarda il *tradens*, se è vero che questi, all'atto della consegna, perde la proprietà del denaro o delle altre cose fungibili, vero è anche che si assicura «una ragione creditoria, il cui valore eccede la cosa data»⁽²⁹⁾. In primo luogo, con il perfezionamento della caparra si ha un indubbio rafforzamento del negozio principale cui questa accede e l'altra parte riceverà una sollecitazione maggiore ad adempiere prontamente alle proprie obbligazioni; inoltre, quanto versato a titolo di caparra potrà essere imputato alla prestazione o comunque restituito a seguito della completa esecuzione del contratto

caparre, nota a Cass. Torino 16 novembre 1920, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 580 s.; *Id.*, *Effetti della caparra confirmatoria*, nota a Cass. Roma 19 febbraio 1923, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, 443.

⁽²⁶⁾ «Chi per avventura, dopo di essere faticosamente peregrinato in cerca di un alloggio, riesce infine a rintracciarlo, e, per fermare il consenso del locatore, ma tuttavia senza avvertirlo di questa sua intenzione, gli paga al momento della conclusione e prima dell'inizio della esecuzione certa somma, che di solito corrisponde alla prima rata della pigione, è ben lontano dal pensare e non immagina certo che tale rata possa costituire adeguato compenso per le spese ed i danni che egli incontrerebbe se, all'atto di entrare con la mobiglia nell'appartamento lo trovasse occupato ed affittato ad altri», v. B. GALLI, *Caparra e risarcimento*, cit., 10.

⁽²⁷⁾ V. al riguardo F. CARNELUTTI, *Funzione della caparra*, cit., 229; B. BRUGI, *Scopo e specie*, cit., 580 s.; L. MORVIDI, *A proposito della caparra*, cit., 4 s.

⁽²⁸⁾ V. in particolare Pret. Firenze 19 dicembre 1989, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Contratto in genere*, n. 288.

⁽²⁹⁾ Così A. BOZZI, *Caparra*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1937, 791. V. anche G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 31; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni*, cit., 345.

principale⁽³⁰⁾. Ancora, la parte in caso di inadempimento dell'altro contraente potrà scegliere tra il risarcimento giudiziale dei danni e l'ottenimento del doppio di quanto versato.

A sua volta l'*accipiens* acquista subito la proprietà del denaro o delle altre cose fungibili (e questo è un palese vantaggio patrimoniale), conservando in egual misura rispetto al *tradens* gli ulteriori effetti legati alla modalità di funzionamento della caparra⁽³¹⁾. Dal meccanismo della caparra emerge una reciproca attribuzione patrimoniale tra i soggetti coinvolti che testimonia il carattere oneroso della stessa⁽³²⁾.

La possibilità di ricondurre la caparra nello schema del contratto che si ritrova negli artt. 1321 cod. civ. non deve far dimenticare che nella prassi delle contrattazioni la caparra piuttosto che la forma di un negozio a sé stante assume quella di una clausola all'interno del contratto principale cui accede⁽³³⁾: la pratica del commercio mostra, infatti, una decisa preferenza per l'accorpamento in un unico documento sia del contratto principale, sia del patto di caparra. Per il suo modo d'essere, la caparra non ha un'autonoma ragione giustificativa, ma risulta inscindibilmente collegata – soprattutto dal punto vista della sua efficacia – al contratto principale cui accede: sin dalla sua costituzione, la caparra è tutta orientata a dispiegare i suoi effetti sul negozio principale, che ne rappresenta un presupposto ineliminabile⁽³⁴⁾. Ciò nonostante, questa stretta connessione tra i due negozi non fa perdere la propria autonomia alla caparra che rimane una fat-

⁽³⁰⁾ Il denaro che si versa (2.000, 50.000 euro a seconda dell'importo della caparra o di quello del bene scambiato nel contratto principale) permette di acquisire una serie di utilità che vanno oltre il semplice dato numerico.

⁽³¹⁾ V. ancora A. BOZZI, *Caparra*, cit., 791; G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 31.

⁽³²⁾ Secondo una parte della dottrina, il carattere patrimoniale della caparra deriverebbe anche dal fatto che questa è volta a disciplinare gli effetti di un ulteriore contratto (quello principale) che ha necessariamente carattere patrimoniale, v. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 24.

⁽³³⁾ Al riguardo v. A. MARINI, *Caparra*, cit., 2; G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 28 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 220 s.; A. GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale* dir. da Alpa e Bessone, III, in *Giurisprudenza sistematica di dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1992, 429; M.A. MICHINELLI, *La caparra*, cit., 564.

⁽³⁴⁾ Nell'art. 1385 cod. civ. è palese il riferimento al contratto principale e alle sue parti; sul punto v. V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 192 s.; A. MARINI, *Caparra*, cit., 2; M. DE LUCA, *La caparra*, cit., 336.