



Il contratto reale di caparra: rilettura obbligata di un dogma

Stefano Cherti

Avvocato e Ricercatore di Diritto civile

SINTESI

a) La caparra confirmatoria

La caparra è la somma di denaro (o la quantità di altre cose fungibili) che una parte, all'atto della conclusione di un contratto, consegna all'altra, con l'accordo che nell'ipotesi di inadempimento di quest'ultimo la medesima potrà recedere dal contratto trattenendola in maniera definitiva, e che, al contrario, in caso di inadempimento della parte che ha ricevuto la caparra, sarà l'altra a potere recedere, avendo anche il diritto di esigere il doppio di quanto versato.

b) La funzione della caparra

Il secondo e il terzo comma dell'art. 1385 cod. civ. costituiscono il fulcro della norma, disegnando un sistema che attribuisce una serie di rimedi alla parte diligente del rapporto: di fronte all'altrui inadempimento, questa 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, 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 o la risoluzione del contratto secondo le regole generali.

c) La c.d. natura reale del contratto di caparra

Dal tenore letterale dell'art. 1385 cod. civ., sembra emergere chiaramente che la caparra è un contratto reale, nel senso che solo con la materiale dazione della somma di denaro (o di una quantità di altre cose fungibili) potrebbe intendersi avvenuta la conclusione del negozio: nello schema disegnato dal legislatore la *traditio* sembrerebbe atteggiarsi, in altre parole, quale elemento necessario per il perfezionamento della fattispecie.

d) L'ammissibilità di una caparra consensuale

L'autonomia privata ha la possibilità di derogare alla disciplina fissata nell'art. 1385 cod. civ.: viene a questo proposito in considerazione il primo comma della norma, che contiene la parte maggiormente descrittiva della fattispecie, mentre nel secondo e nel terzo è contenuta una parte di carattere più precettivo. Appare del tutto lecita e meritevole di tutela, in questo quadro, una caparra puramente consensuale, per il perfezionamento della quale, cioè, non vi sarebbe bisogno della consegna del denaro o di altre cose fungibili, ma sarebbe sufficiente che le parti manifestino concordemente e definitivamente il loro consenso.

Cassazione civile, 9 agosto 2011, n. 17127

Pres. Triola — Est. Petitti

Contratto in genere – Clausola del negozio – Caparra confirmatoria – Natura e funzione – Buona fede e correttezza – Responsabilità patrimoniale

Allorquando la caparra venga costituita mediante consegna di un assegno bancario, il comportamento del prenditore del titolo che, dopo averne accettato la consegna, ometta poi di porlo all'incasso, trattenendo comunque l'assegno e non restituendolo all'acquirente, è contrario a correttezza e buona fede e comporta a carico del prenditore l'insorgenza degli obblighi propri della caparra, nel senso che ove risulti inadempiente all'obbligazione cui si riferisce la caparra, egli sarà tenuto al pagamento di una somma pari al doppio di quella indicata nell'assegno (massima redazionale).

» SOMMARIO

1. Il ruolo della caparra nella vicenda condotta al vaglio della Corte
2. La struttura della caparra confirmatoria

3. La caparra quale contratto reale

4. L'ammissibilità (oggi forse l'obbligo) di una caparra consensuale

Il fatto

Con citazione notificata il 22.11.1999, D.B.A. conveniva in giudizio, dinnanzi al Tribunale di Pordenone, la Autogrù s.r.l. Autogrù per sentirla condannare alla restituzione del doppio della caparra versata il 6.9.1999.

A sostegno della domanda, l'attore esponeva che aveva acquistato, nella indicata data, un autoveicolo versando al collaboratore della convenuta, Z.F., un assegno bancario dell'importo di L. 5.000.000 intestato alla convenuta, e che, presentatosi alla concessionaria per ottenere spiegazioni sulla mancata consegna dell'autoveicolo nei tempi stabiliti, si era visto opporre la mancata conclusione di un qualsivoglia contratto e il fatto che la venditrice non aveva mai ricevuto l'assegno. Concludeva, quindi, chiedendo la risoluzione del contratto per inadempimento della venditrice e la condanna della stessa alla restituzione del doppio della caparra, ovvero al pagamento della somma di L. 5.000.000 in caso di restituzione dell'assegno.

Costitutosi il contraddittorio, la convenuta contestava la domanda, per non avere mai sottoscritto un contratto di vendita con l'attore, e chiedeva di essere autorizzata a chiamare in causa Z.F.

Questi si costituiva in giudizio aderendo alla ricostruzione dei fatti proposta dall'attore e specificando di aver regolarmente trasmesso l'assegno, dato a titolo di caparra, all'ufficio competente della società convenuta.

Con sentenza depositata il 19.12.2003, l'adito Tribunale accoglieva la domanda, dichiarando risolto il contratto e condannando la convenuta alla restituzione del doppio della caparra. Il Tribunale riteneva provata la tesi dell'attore circa l'avvenuto versamento della caparra e, pur riconoscendo l'incertezza della prova circa la materiale consegna dell'assegno alla società convenuta, evidenziava la colpa in vigilando di quest'ultima nei confronti del suo collaboratore.

La Autogrù s.r.l. proponeva appello, cui resisteva il D.B.

La Corte d'Appello di Trieste, con sentenza depositata il 12.8.2005, accoglieva parzialmente il gravame e rigettava la domanda di pagamento del doppio della caparra, condannando il D.B. al pagamento delle spese del doppio grado.

La Corte d'Appello riteneva che la censura relativa alla conclusione del contratto, pur se in ipotesi fondata, era male impostata, atteso che, da un lato, l'appellante avrebbe colpevolmente consentito ad un venditore esterno alla propria organizzazione di promuovere la conclusione di contratti nei propri locali e, dall'altro, l'appellato avrebbe dovuto avvedersi della clausola n. 8 contenuta nel modulo sottoscritto, nella quale si affermava che la società si riservava l'accettazione del singolo contratto stipulato con il singolo venditore, in tal modo manifestando l'esistenza di una limitazione al potere del singolo preposto alla vendita.

Peraltro, pur sussistendo dubbi sull'avvenuta conclusione di un contratto, la Corte riteneva invece positivamente escluso che tra le parti fosse mai stato stipulato un valido contratto di caparra, non essendosi mai verificata la *traditio* del denaro dall'acquirente al venditore, posto che detto denaro non era mai uscito dalla disponibilità dell'acquirente per entrare in quella della venditrice anche tramite il suo rappresentante, falso o no che fosse. La caparra, osservava la Corte, ha natura reale, con il corollario della improduttività degli effetti giuridici suoi propri ove non si consegnasse una somma di denaro. Nella specie, doveva ritenersi accertato che l'assegno non era mai stato incassato dalla venditrice appellante né da chiunque altro, sicché il denaro doveva ritenersi rimasto sempre nella disponibilità dell'acquirente. Il prenditore dell'assegno non lo aveva consegnato alla società, né aveva provveduto personalmente a porlo all'incasso, sicché doveva escludersi che tra le parti fosse stato stipulato un contratto di caparra. Né poteva ritenersi sussistente la prospettata

equiparazione tra assegno e denaro, atteso che tale assimilabilità è esclusa dalla giurisprudenza di legittimità.

In conclusione, in difetto della prova dell'avvenuta consegna alla venditrice, o a un suo incaricato, vero o falso che fosse, di una somma di denaro, la pretesa dell'acquirente di vedersi corrisposta una somma pari o doppia a quella recata dall'assegno bancario risultava infondata.

Per la cassazione di questa sentenza D.B.A. ha proposto ricorso sulla base di un unico motivo, cui ha resistito, con controricorso, Autogrù s.r.l., ora Gruppo Scalon s.p.a. Z. F. non ha svolto attività difensiva. La resistente ha depositato memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

Le spese di causa seguono la soccombenza: dette spese vengono liquidate, peraltro, in ragione dell'effettivo credito riconosciuto a favore della ditta attrice, in euro 300,00 per esborsi, euro 900,00 per diritti ed euro 1.250,00 per onorari, oltre accessori di legge se fiscalmente dovuti.

La motivazione

Con l'unico motivo di ricorso, il ricorrente denuncia violazione degli artt. 1197, 1277, 1289 e 1385 cod. civ. e vizio di motivazione.

Premesso che l'art. 1197 cod. civ., comma 1, consente al debitore di liberarsi dell'obbligazione eseguendo una prestazione diversa con il consenso del debitore e che se il contratto ha per oggetto un'obbligazione pecuniaria e il debitore, in luogo del pagamento del debito, versa un assegno bancario emesso in favore del creditore, il consenso di quest'ultimo è desumibile dall'aver accettato un mezzo e un luogo di pagamento diversi da quelli dovuti per legge, il ricorrente ritiene che la Corte d'Appello abbia violato le indicate disposizioni. Nel caso di specie, osserva il ricorrente, era infatti pacifico che con la Autogrù s.r.l., tramite lo Z., era intervenuto un contratto di vendita relativo ad un veicolo oggetto della proposta di acquisto, così come era pacifica l'accettazione, come caparra confirmatoria, di un assegno bancario che, per il deteriorarsi dei rapporti tra la Autogrù e lo Z. non era stato posto all'incasso.

Peraltro, la mancata riscossione dell'assegno da parte del creditore, per ragioni a lui imputabili, non impediva che l'acquirente dovesse considerarsi adempiente alla propria obbligazione, sicché la caparra confirmatoria doveva ritenersi validamente data, con tutte le conseguenze del caso per l'inadempimento del venditore. D'altra parte, se si consente che colui il quale riceve la caparra a mezzo assegno bancario, ove non voglia più dare esecuzione al contratto, possa liberarsi dalle proprie obbligazioni semplicemente non ponendo all'incasso l'assegno, risulterebbe evidente il *deficit* di tutela in favore della parte adempiente.

In ogni caso, osserva il ricorrente, l'assegno, ancorché non posto all'incasso, era pur sempre rimasto nella disponibilità o della Autogrù s.r.l. o dello Z., non avendo del resto né l'una né l'altro denunciato lo smarrimento del titolo, sicché egli aveva diritto alla restituzione del doppio della caparra.

Il ricorso è fondato.

La Corte d'Appello ha ritenuto di poter risolvere la controversia argomentando sulla base del rilievo che, a parte ogni dubbio sulla valida conclusione del contratto principale, non vi era in atti la prova della avvenuta conclusione del contratto di caparra, non essendo la somma recata dall'assegno mai entrata nella disponibilità del venditore, uscendo dalla sfera di disponibilità dell'acquirente.

La caparra, ha osservato la Corte d'Appello, ha natura reale, sicché gli effetti giuridici della stessa non si verificano nel caso in cui la somma di denaro (o l'altra cosa fungibile) non venga consegnata al venditore.

Questa ultima affermazione della sentenza impugnata è senz'altro condivisibile, nel senso che, oltre ad essere conforme alla lettera dell'art. 1885 cod. civ., comma 1, trova il conforto della giurisprudenza di questa Corte (Cass., n. 5424 del 2002, secondo cui la caparra confirmatoria costituisce un contratto che si perfeziona con la consegna che una parte fa all'altra di una somma di denaro o di una determinata quantità di cose fungibili per il caso d'inadempimento delle obbligazioni nascenti da un diverso negozio ad essa collegato, ed. contratto principale).

Il problema che si pone è peraltro quello di verificare se l'effetto proprio della conclusione di un contratto di caparra possa avere luogo anche nel caso in cui venga consegnato dall'acquirente al venditore un assegno bancario, allorché il detto assegno venga ricevuto dall'acquirente e dallo stesso non posto all'incasso. La risposta da dare al quesito deve, ad avviso del Collegio, essere positiva.

Invero, tenuto conto della funzione dell'assegno bancario, la caparra ben può essere costituita mediante la consegna di un assegno bancario, perfezionandosi l'effetto proprio della caparra al momento della riscossione della somma recata dall'assegno, e quindi salvo buon fine. Allorché il venditore accetti la dazione della caparra con assegno bancario, è suo onere quello di porre all'incasso il titolo, nel senso che, ove l'assegno non venga posto in riscossione, il mancato buon fine dell'assegno bancario – che preclude il raggiungimento dello scopo proprio della consegna della caparra – è riferibile unicamente al comportamento del prenditore.

Questa Corte, del resto, ha avuto modo di affermare che «in base alla regola di correttezza posta dall'art. 1175 cod. civ., l'obbligazione del debitore si estingue a seguito della mancata tempestiva presentazione all'incasso del titolo di credito (assegno bancario, nella specie) da parte del creditore, che in tal modo, viene meno al suo dovere di cooperare in modo leale e fittivo all'adempimento del debitore. Deve quindi ritenersi che, se il creditore omette, violando la predetta regola di correttezza, di compiere gli adempimenti necessari affinché il titolo sia pagato, nei termini di legge, dalla banca trattaria (o da altro istituto bancario), tale comportamento omissivo deve essere equiparato, a tutti gli effetti di legge, all'avvenuta esecuzione della diversa prestazione, con conseguente estinzione dell'obbligazione, ex art. 1197 cod. civ.» (Cass., n. 12079 del 2007).

Ed ancora si è chiarito che «in caso di pagamento effettuato mediante assegni di conto corrente, l'effetto liberatorio si verifica con la riscossione della somma portata dal titolo, in quanto la consegna del titolo deve considerarsi effettuata, salva diversa volontà delle parti, *pro solvendo*; tuttavia, poiché l'assegno, in quanto titolo pagabile a vista, si perfeziona, quale mezzo di pagamento, quando passa dalla disponibilità del traente a quella del prenditore, ai fini della prova del pagamento, quale fatto estintivo dell'obbligazione, è sufficiente che il debitore dimostri l'avvenuta emissione e la consegna del titolo, incombendo invece al creditore la prova del mancato incasso, la quale, pur costituendo una prova negativa, non si risolve in una *probatio diabolica*, in quanto, avuto riguardo alla legge di circolazione del titolo, il possesso dello stesso da parte del creditore che lo ha ricevuto implica il mancato pagamento» (Cass., n. 17749 del 2009).

Ne consegue che, allorché la caparra venga costituita mediante consegna di un assegno bancario, il comportamento del prenditore del titolo che, dopo averne accettato la consegna, ometta poi di porlo all'incasso, trattenendo comunque l'assegno e non restituendolo all'acquirente, è contrario a correttezza e buona fede e comporta a carico del prenditore l'insorgenza degli obblighi propri della caparra, nel senso che ove risulti inadempiente all'obbligazione cui si riferisce la caparra, egli sarà tenuto al pagamento di una somma pari al doppio di quella indicata nell'assegno.

La Corte d'Appello di Trieste, dunque, nell'accogliere il gravame proposto dalla Autogrù s.r.l., è incorsa nella denunciata violazione di legge.

In applicazione dell'indicato principio, la sentenza impugnata deve pertanto essere cassata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., con il rigetto dell'appello.

La novità della questione sottoposta all'esame di questa Corte e l'esito contrastante dei giudizi di merito, giustificano la compensazione delle spese del giudizio di appello e di quello di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta l'appello; compensa le spese del giudizio di appello e di quello di legittimità.

1. Il ruolo della caparra nella vicenda condotta al vaglio della Corte

La vicenda portata all'esame della Cassazione risulta di particolare interesse in relazione all'indagine sulla sussistenza di un valido ed efficace contratto di caparra confirmatoria anche nel caso in cui l'acquirente consegni al venditore, in luogo del denaro, un assegno bancario da quest'ultimo mai posto all'incasso⁽¹⁾.

Il signor D.B.A. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Pordenone la Autogrù s.r.l. chiedendo la condanna alla restituzione del doppio della caparra versata per l'acquisto di un autoveicolo oggetto di un contratto di vendita stipulato con l'agente Z.F., collaboratore esterno della concessionaria convenuta.

A sostegno della domanda, l'attore esprimeva di avere acquistato l'autoveicolo versando al collaboratore della convenuta, Z.F., un assegno bancario dell'importo di L. 5.000.000 (circa 2.500 euro attuali⁽²⁾) intestato alla convenuta medesima, e che, presentatosi alla concessionaria per ottenere spiegazioni sulla mancata consegna dell'autoveicolo nei tempi stabiliti, si era visto opporre la mancata conclusione di un qualsivoglia contratto ed il fatto che la venditrice non aveva mai rice-

vuto l'assegno. L'attore concludeva, quindi, chiedendo la risoluzione del contratto per inadempimento della venditrice e la condanna della stessa alla restituzione del doppio della caparra confirmatoria.

In primo grado, il Tribunale, accogliendo la domanda, dichiarava la risoluzione del contratto e condannava la ditta convenuta alla restituzione del doppio della caparra, sulla base del fatto che, pur essendo incerto che la società convenuta fosse effettivamente entrata in possesso dell'assegno, ad ogni modo si doveva ascrivere a detta società la *culpa in vigilando* nei confronti del suo collaboratore, Z.F., attraverso il quale promuoveva la conclusione di contratti all'interno dei propri locali commerciali.

La società Autogrù s.r.l. proponeva appello alla competente Corte d'Appello di Trieste, cui resisteva il D.B.

Il giudice di secondo grado riteneva fondata la censura relativa alla conclusione del contratto, osservando che se da un lato, l'appellante aveva colpevolmente consentito allo Z.F. di promuovere la conclusione di contratti all'interno dei locali commerciali della società, dall'altro, l'appellato avrebbe dovuto accorgersi della clausola contrattuale ove si leggeva che la società si riservava il diritto di accettare il singolo contratto

stipulato con l'agente, manifestando così una limitazione al potere del soggetto preposto alla vendita.

La Corte d'Appello, quindi, argomentava sulla base del rilievo che, prescindendo dalla valida conclusione del contratto di vendita – che come ora evidenziato veniva ritenuto esistente – non vi era la prova dell'avvenuta conclusione del contratto di caparra, dal momento che la somma oggetto dell'assegno non era mai entrata nella disponibilità della società venditrice, e, di conseguenza, non era mai uscita dalla disponibilità del patrimonio del D.B.

È facile osservare come il ragionamento della Corte d'Appello ruoti intorno alla natura reale della caparra, che si perfezionerebbe mediante la *traditio* del denaro dall'acquirente al venditore⁽³⁾. Il giudice della fase di gravame, abbracciando quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale la caparra avrebbe natura reale, e, dunque, non produrrebbe gli effetti suoi propri laddove non si consegnasse una somma di denaro, ha accolto il motivo di gravame, considerato che l'assegno bancario, pur rappresentando un titolo di credito, è subordinato alla clausola “salvo buon fine”, ed in sé non è equiparabile al denaro liquido, solo a seguito della dazione del quale potrebbe considerarsi raggiunto lo scopo della caparra.

L'appellato decideva di promuovere ricorso in Cassazione, lamentando la violazione degli artt. 1175, 1197, 1277, 1289 e 1385 cod. civ. e vizio di motivazione, sostenendo che nella mancata presentazione all'incasso dell'assegno bancario da parte del creditore sarebbe stata da ravvisare una violazione della regola di correttezza di cui all'art. 1175 cod. civ. e che l'obbligazione del debitore sarebbe stata da considerare estinta, dal momento che il comportamento del creditore avrebbe dovuto essere assimilato all'avvenuta esecuzione della diversa prestazione di cui parla l'art. 1197 cod. civ.

La *quaestio iuris* sulla quale il Collegio ha ritenuto di soffermarsi verte sull'accertamento circa il verificarsi dell'effetto proprio della conclusione di un contratto di caparra nonostante la consegna al venditore, in luogo di una somma di denaro, di un assegno bancario, allorché il detto assegno non venga posto all'incasso. La Suprema Corte, nel risolvere positivamente il quesito, ha argomentato attraverso l'analisi di due profili: da un lato, soffermandosi sulla natura dell'assegno bancario e, dall'altro, valutando il comportamento del prestatore dell'assegno che ha omesso di porlo all'incasso.

Relativamente al primo profilo, occorre osservare come la Corte abbia ritenuto che, vista la funzione dell'assegno bancario⁽⁴⁾, la caparra possa validamente essere costituita anche mediante la consegna di un assegno, perfezionandosi l'effetto proprio della caparra al momento della riscossione della somma recata dall'assegno, e quindi salvo buon fine.

In relazione, poi, al secondo profilo, la Corte ha concluso ritenendo applicabile la disciplina della caparra confirmatoria anche alla fattispecie in oggetto, considerando che in garanzia era stato posto un assegno bancario non incassato a causa del deteriorarsi dei rapporti tra la società venditrice e l'agente-prestatore dello stesso, e non per circostanze ascrivibili al debitore (per circostanze, dunque, estranee alla sfera di controllo del debitore). Ciò in quanto, laddove l'assegno non ven-

ga riscosso per inerzia del prestatore, si configurerebbe una violazione degli obblighi di correttezza di cui all'art. 1175 cod. civ. L'obbligazione del debitore si estinguerebbe pertanto a seguito della mancata tempestiva presentazione all'incasso del titolo da parte del creditore, in quanto, così facendo, dovrebbe considerarsi essere venuto meno al suo dovere di cooperare in modo leale e fattivo all'adempimento del debitore. In altri termini, dovrebbe ritenersi che se il creditore, violando la regola di correttezza, ometta di compiere gli adempimenti necessari affinché il titolo sia pagato, tale omissione sia da equiparare all'avvenuta esecuzione di una diversa prestazione, con conseguente estinzione dell'obbligazione a carico del debitore a norma dell'art. 1197 cod. civ., rimanendo, a carico del debitore, soltanto la prova dell'emissione del titolo, della consegna dello stesso e della disponibilità dei fondi sul conto corrente cui il titolo di credito inerisce

2. La struttura della caparra confirmatoria

Ai sensi dell'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 di un contratto (principale), consegna all'altra, con l'accordo che nell'ipotesi di un suo inadempimento l'altra parte potrà recedere dal contratto e trattenerne in maniera definitiva il denaro, o la quantità di altre cose ricevute, e che, 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⁽⁵⁾.

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. Il secondo e il terzo comma della disposizione costituiscono il fulcro della norma, disegnando un sistema che attribuisce una serie di rimedi alla parte diligente del rapporto: di fronte all'altrui inadempimento, la parte ha a disposizione una forma di tutela rafforzata idonea a consentire una spedita composizione della vicenda, che si realizza attraverso la possibilità di sciogliersi dal vincolo 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 o la risoluzione del contratto secondo le regole generali (v. il terzo comma dell'art. 1385 cod. civ.). Entrambe le previsioni, quella del secondo e quella del 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 extragiudiziale⁽⁶⁾.

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: 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, di modo che la sorte e il modo d'essere del negozio principale non possono non condizionare il ruolo e la finalità della caparra⁽⁷⁾.

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⁽⁸⁾) della caparra, altre comunque fruibili dalla parte (o deboli⁽⁹⁾) che se ne può servire perché si verifica una coincidenza tra la situazione di fatto e gli effetti giuridici che si vogliono (e si possono grazie alla caparra) perseguire.

Non vi è una regola per stabilire chi tra le parti debba dare o 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⁽¹⁰⁾. 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*, fare godere il bene locato, ecc.)⁽¹¹⁾. 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, stanti 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*. Dunque, quella di *tradens* o di *accipiens* sono posizioni 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.

3. La caparra quale contratto reale

Dal tenore letterale della disposizione, sembra emergere assai chiaramente che la caparra è un contratto reale⁽¹²⁾, e cioè un contratto che si conclude solo con la materiale dazione della somma di denaro (o di una quantità di altre cose fungibili)⁽¹³⁾. Nello schema disegnato dal legislatore, la *traditio* è elemento necessario per il perfezionamento della fattispecie, e le espressioni "versamento della caparra" o simili, comunemente usate nella prassi, rivelano più di altre il fatto che è solo con il passaggio della *res* (denaro o altre cose fungibili) tra le parti che la caparra può dirsi effettivamente operante e iniziare a dispiegare i suoi effetti⁽¹⁴⁾.

In questo quadro, è utile ricordare una diversa ricostruzione proposta dalla dottrina secondo la quale per formare la fattispecie sarebbero necessari due negozi, uno reale e l'altro meramente obbligatorio⁽¹⁵⁾. L'esistenza di questi due negozi sarebbe testimoniata dalla diversa posizione del *tradens* e dell'*accipiens* all'interno della fattispecie: il negozio reale sarebbe funzionale alla posizione dell'*accipiens*, che, nel momento in cui recede essendosi verificato un inadempimento dell'al-

tra parte, ha il diritto di trattenere la caparra ricevuta; il negozio puramente obbligatorio opererebbe, invece, in favore del *tradens*, che, avendone maturato il diritto, decida di recedere, svolgendo la funzione di obbligare l'*accipiens* a corrispondergli una somma di denaro o altra quantità di cose fungibili dello stesso genere e con le medesime qualità di quelle oggetto della caparra a suo tempo versata⁽¹⁶⁾. La *datio rei* rappresenterebbe, così, solamente un valido presupposto per il diritto dell'*accipiens* di ritenere la caparra ricevuta nel caso di inadempimento del *tradens*; mentre non potrebbe giustificare né il diritto di computare la caparra nella prestazione dovuta né l'obbligazione di restituire la stessa nel caso di adempimento dell'*accipiens*.

In realtà, la tesi richiamata finisce col raggiungere i medesimi risultati che già si ottengono con l'inquadramento della fattispecie all'interno della categoria dei contratti reali, posto che è la norma stessa, una volta che è stata effettuata la *traditio*, a prevedere nel secondo e nel terzo comma dell'art. 1385 cod. civ. le varie conseguenze per le parti (con una ripartizione tra le stesse di diritti e obblighi diversi a seconda del modo di conclusione della vicenda riguardante il contratto principale).

La possibilità di ricondurre la caparra all'interno della categoria dei contratti reali è supportata da quanti evidenziano il carattere confirmatorio della stessa⁽¹⁷⁾: nell'evoluzione dei traffici giuridici, la *datio rei* ha rappresentato, più di ogni altro fattore, un indice assai significativo per testimoniare la conclusione di un negozio, e, nel caso della caparra, un suo rafforzamento. Tuttavia, non appare condivisibile l'assunto in base al quale un semplice accordo sulla caparra privo della consegna sarebbe irrilevante rispetto al contratto principale, poiché non sarebbe idoneo a modificarne la disciplina⁽¹⁸⁾. Al contrario, la comune volontà di porre in essere il negozio di caparra, e di obbligarsi al riguardo, già può ritenersi consentire alle parti di servirsi del meccanismo che si ritrova nel secondo e nel terzo comma dell'art. 1385 cod. civ., condizionando il regolamento del negozio principale sia per quanto riguarda la fase dell'adempimento sia per quanto riguarda quella (eventuale) dell'inadempimento. Si tratta di un assunto che appare in linea con il sistema disegnato dagli artt. 1321 e 1322 cod. civ. Secondo la prima norma, invero, è contratto ogni accordo con cui le parti creano, modificano o estinguono rapporti giuridici patrimoniali, e questa definizione riguarda tutte le tipologie di contratto, siano essi consensuali o reali, tipici o atipici, di modo che è l'accordo l'elemento comune a tutti i negozi. E se questo è vero, vero è anche che nei contratti reali la fattispecie costitutiva è più complessa, dovendosi avere, oltre all'accordo, anche la consegna. Ebbene, proprio l'applicazione corretta degli artt. 1321 e 1322 cod. civ. porta ad affermare che nel nostro ordinamento, tutte le volte in cui si conclude un contratto reale (così come disciplinato nei singoli tipi), ancora prima di completare la fattispecie costitutiva complessa del singolo negozio, se ne può realizzare, a seguito dell'accordo e della comune dichiarazione di volontà delle parti, uno consensuale atipico (in cui la consegna non sia *conditio sine qua non*)⁽¹⁹⁾. L'importante è che si tratti di fattispecie meritevole di tutela, e che si rispettino i requisiti posti dall'art. 1325 cod. civ. Né è possibile argomentare sostenen-

do che, fuori dalla struttura reale, la variante consensuale non è mai ammessa perché non risponderebbe ad interessi meritevoli di tutela. In altri termini, non appare sostenibile la tesi secondo cui una variante consensuale del comodato, del mutuo o della caparra non sarebbe meritevole di tutela, e perciò non potrebbe trovare cittadinanza nel sistema. Se le parti sono d'accordo, e l'accordo rispetta i requisiti richiesti dall'art. 1325 cod. civ., è possibile costruire in chiave consensualistica tutte le tipologie di contratti reali presenti nel libro quarto del codice, proprio in virtù del meccanismo prescelto dal legislatore che ha imposto nei contratti reali un *quid pluris* (la consegna) che non si ritrova nello schema base già di per sé valido ed efficace posto negli artt. 1321 e 1322 cod. civ.⁽²⁰⁾.

Oltre che reale, la caparra confirmatoria è poi un contratto ad effetti reali, posto che con la sua conclusione si determina il trasferimento della proprietà del denaro o delle altre cose fungibili che ne formano l'oggetto⁽²¹⁾. La natura fungibile del denaro o delle altre cose comporta, una volta intervenuta la consegna, la loro confusione nel patrimonio dell'*accipiens*, determinandone l'acquisto automatico della proprietà.

Se pure non si volesse ammettere l'efficacia traslativa del negozio di caparra, non si potrebbe comunque negare l'acquisto delle *res* da parte dell'*accipiens*, attesa la funzione svolta dalla caparra di anticipato (e parziale) adempimento della prestazione⁽²²⁾. Infatti, una tale funzione non potrebbe svolgersi se non fosse intervenuto il trasferimento della proprietà tra le parti. Da questo punto di vista, la caparra precede l'adempimento definitivo, che implica ovviamente il trasferimento della prestazione dalla sfera giuridica del debitore a quella del creditore, e ne anticipa gli effetti⁽²³⁾.

Inoltre, nel caso oggi più frequente di caparra, quello, cioè, della caparra avente ad oggetto una somma di denaro, è regola generale del nostro ordinamento quella per cui il denaro passa in proprietà di chi lo percepisce, «diventando parte indistinta del suo patrimonio»⁽²⁴⁾.

Tuttavia, è bene ricordare che nel caso in cui la caparra abbia ad oggetto una somma di denaro, questa non è produttiva di interessi nel periodo in cui è nella disponibilità dell'*accipiens*⁽²⁵⁾, cioè nel lasso di tempo che intercorre tra la data del versamento e quella in cui, verificatasi l'esecuzione del contratto principale, sorge l'obbligo per la parte di imputarla alla prestazione o di restituirla.

4. L'ammissibilità (oggi forse l'obbligo) di una caparra consensuale

La formulazione dell'art. 1385 cod. civ. non sembrerebbe lasciare dubbi sul fatto che il modello di caparra avuto presente dal legislatore del '42 segue lo schema del contratto reale, dove è solo con la consegna delle cose che ne formano l'oggetto che l'operazione può dirsi conclusa. L'interprete, tuttavia, sollecitato anche dai dati provenienti dalla pratica, ha l'opportunità, quando anche non la necessità, di individuare schemi diversi da quello legale, comunque in linea con la *ratio* dell'istituto, e adeguati alle moderne tecniche di contrattazione⁽²⁶⁾. Il riferimento è, senza dubbio, per quanto qui interessa, alla possibilità di configurare una caparra puramente consensuale⁽²⁷⁾, dove cioè per il perfezionamento del con-

tratto non vi sia bisogno della consegna del denaro o delle altre cose fungibili, ma sia sufficiente che le parti manifestino concordemente e definitivamente il loro consenso (v. il primo comma dell'art. 1326 cod. civ.). In particolare, per quanto concerne un patto di caparra di tal fatta, occorrerà verificare se le parti abbiano voluto vincolarsi, perseguendo gli scopi di cui all'art. 1385 cod. civ., indipendentemente dalla consegna della *res*⁽²⁸⁾.

Un primo dato da cui partire riguarda la possibilità (e i limiti) per l'autonomia privata di derogare alla disciplina fissata nell'art. 1385 cod. civ. Viene qui in considerazione il primo comma della norma, che contiene la parte maggiormente descrittiva della fattispecie, mentre nel secondo e nel terzo è contenuta una parte di carattere più precettivo (che però non interessa ai fini della possibilità di configurare una caparra consensuale)⁽²⁹⁾. Già nel periodo immediatamente successivo all'emanazione del codice non si era mancato di rilevare che la caparra è assoggettata a disciplina «squisitamente dispositiva, desunta – come del resto tutta la disciplina dei contratti, salvo rare eccezioni – dalla pratica secolare degli affari, senza la minima traccia di un intervento imperativo» del legislatore⁽³⁰⁾. Seguendo questa linea ricostruttiva, occorrerebbe concludere che sarebbe contrario ai principi dell'ordinamento vietare alle parti di configurare una caparra consensuale pienamente efficace e produttiva di effetti, in cui il denaro sia semplicemente promesso, ma non consegnato⁽³¹⁾: se i contraenti si sono così accordati, non potrebbe restare che seguire ed attuare il regolamento negoziale per come è stato voluto dalle parti stesse.

Per quanti, invece, pongono in primo piano la funzione confirmatoria (quella cioè di prova dell'avvenuta conclusione del contratto), la consegna sembrerebbe essere elemento ineliminabile della fattispecie, operante già sul piano della conclusione del contratto, e non solo su quello della semplice esecuzione, posto che in mancanza della consegna la caparra non potrebbe costituire quell'indice esteriore e tangibile dell'esistenza del contratto principale che ne costituirebbe necessario contrassegno⁽³²⁾.

A questo proposito, è importante sottolineare due aspetti. In primo luogo, la caparra, per come è stata configurata dal legislatore, non ha sempre e soltanto funzione confirmatoria: quest'ultima è il frutto di una tradizione secolare che non deve essere accantonata, ma che va riletta alla luce dell'evoluzione normativa⁽³³⁾.

In secondo luogo, il termine caparra ha un duplice significato, venendo utilizzato anche per indicare l'oggetto del contratto (il denaro o l'altra quantità di cose fungibili); ma in tale prospettiva si svaluta l'elemento negoziale, e di conseguenza l'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 cod. civ.⁽³⁴⁾.

Per converso, a volere negare che è solo con la *traditio* che si verifica la conclusione del contratto, si potrebbe giungere alla conseguenza pratica che al *tradens*, che non abbia ancora adempiuto l'obbligo di consegnare la caparra⁽³⁵⁾, sarebbe comunque possibile pretendere l'adempimento del negozio principale⁽³⁶⁾.

Ciò nonostante, la giurisprudenza ha da tempo ammesso che anche un assegno bancario possa essere dato a titolo di caparra⁽³⁷⁾.

L'assegno, che rappresenta sicuramente un mezzo di pagamento, non realizza quell'effettivo incremento patrimoniale (che è il risultato pratico che si consegue, invece, con la *traditio* effettiva), sin tanto che il portatore del titolo, ponendolo all'incasso, non vede acquisita nel proprio patrimonio la somma indicata⁽³⁸⁾.

Come emerge anche dalla sentenza in commento, sempre più di frequente nella prassi delle negoziazioni l'assegno è considerato un mezzo normale di pagamento, che sostituisce il denaro e, anzi, nel caso di pagamenti di notevole entità, è anomalo (nonché contrario alla normativa in vigore) che il debitore si rechi dalla propria controparte con un'ingente somma di denaro in contante⁽³⁹⁾. La ragione del carattere reale della caparra non può, dunque, essere ricercata nel fatto che se manca un effettivo spostamento patrimoniale dal *tradens* all'*accipiens* non si avrebbe, da un lato, la prova tangibile della conclusione del contratto principale e, dall'altro, il suo rafforzamento rappresentato dalla somma già tutta a disposizione dell'*accipiens* come liquidazione forfettaria del (futuro e del tutto eventuale) danno da inadempimento.

Ancora, è stato osservato che lo stesso risultato che si otterrebbe ritenendo ammissibile una caparra consensuale si conseguirebbe, dal punto di vista pratico, se le parti all'interno del negozio prevedessero un diritto di recesso per giusta causa, accompagnato da una clausola penale per la predeterminazione dei danni da inadempimento⁽⁴⁰⁾. In questo modo, al *tradens* che abbia omesso di versare la caparra si contrapporrebbe il potere di recedere dell'altro contraente⁽⁴¹⁾, a cui spetterebbe, come risarcimento dei danni, la somma in precedenza stabilita nella clausola penale⁽⁴²⁾. Ma anche l'*accipiens* potrebbe trarre un ingiusto vantaggio: se la caparra fosse costituita da un assegno bancario, l'*accipiens*, sapendo di non volere adempiere, potrebbe decidere di non procedere alla riscossione, per sottrarsi al regime sanzionatorio previsto nel negozio. Potrebbe invocare, al contempo, il mancato perfezionamento del patto di caparra, non essendo intervenuto alcun effettivo incremento della propria sfera giuridico-patrimoniale⁽⁴³⁾.

Nella ricostruzione della caparra come un contratto consensuale sono necessarie una serie di ulteriori valutazioni. Un primo dato da cui partire è costituito dal fatto che un principio generale del nostro ordinamento è quello che vede il contratto concluso (e, dunque, pienamente vincolante ed efficace in ogni suo aspetto) con il solo consenso legittimamente manifestato dalle parti. Nel momento in cui queste si accordano su di uno specifico programma negoziale, non si vede

per quale ragione richiedere la consegna come ulteriore elemento cui subordinare la conclusione del negozio: i più rilevanti contratti (vendita, locazione, affitto, appalto) seguono questa regola generale, ed essendo l'accordo «il fatto nel quale si identifica il contratto»⁽⁴⁴⁾, è l'accordo stesso, senza altre formalità, quali ad esempio la consegna, ad impegnare le parti a rispettare il programma che si sono date.

In quest'ottica, il primo comma dell'art. 1385 cod. civ. ha più la funzione di descrivere il meccanismo operativo tipico della caparra (l'*id quod accidit*), piuttosto che indicare la consegna come elemento essenziale senza il quale non si può arrivare al perfezionamento del contratto. Inoltre, come osservato in precedenza, gli effetti previsti nel secondo e nel terzo comma dell'art. 1385 cod. civ. si possono ugualmente raggiungere tramite una combinazione di clausole e istituti all'interno del regolamento negoziale (clausola penale, recesso convenzionale, clausola risolutiva espressa) che per essere validamente operanti all'interno di un contratto necessitano unicamente del consenso delle parti, senza ulteriori formalità. Per la caparra, essendo rivolta al perseguimento di effetti analoghi, non dovrebbero valere regole più stringenti, anche perché, se è vero che la caparra è strumentale rispetto al negozio principale e si appone proprio per realizzarne più efficacemente il risultato, vero è anche che di norma il negozio principale è un contratto consensuale. Non sono pertanto chiare le ragioni per cui per la validità e l'efficacia di quest'ultimo è sufficiente il consenso, mentre per la caparra, che è un *quid minus*, vengono richieste formalità più rigorose.

L'aspetto essenziale della caparra è di costituire una fattispecie tipica di risoluzione stragiudiziale del contratto, oltre a quelle già contenute negli artt. 1454 ss. cod. civ.: nella configurazione del negozio, la consegna non aggiunge altro ai fini del perfezionamento del meccanismo disegnato nel secondo e nel terzo comma dell'art. 1385 cod. civ.

Perfino in ordinamenti dove la consegna continua a svolgere un ruolo centrale nell'economia dei contratti si è preferito modificare il carattere reale del mutuo, stabilendo che già in forza del consenso sul mutuo il mutuante è obbligato a dare le cose al mutuatario (basta dunque l'accordo per la conclusione del contratto, da cui nascono effetti obbligatori tra le parti)⁽⁴⁵⁾.

Anche il primo comma dell'art. 1385 cod. civ. deve essere letto alla luce della possibilità per le parti, attraverso il consenso legittimamente manifestato, di vincolarsi pienamente, dando vita ad una serie di effetti diversi rispetto al modello tipizzato; in questo modo, l'attività materiale di consegna del denaro o delle altre cose fungibili, non si collocherà più sul piano della conclusione del contratto, ma dovrà essere considerata solamente strumentale al raggiungimento delle ulteriori finalità proprie della caparra⁽⁴⁶⁾. ■

(1) Per un primo, breve commento alla sentenza v. PATTI, in *Foro it.*, 2012, I, 505.

(2) Il dato numerico è importante, perché, se all'epoca dei fatti di causa l'importo poteva ben essere pagato in denaro contante, oggi, come si avrà modo di osservare, questo non è più possibile. Alla decisione in commento, si può stare certi, se ne aggiungeranno altre dello stesso tenore, considerati i recenti interventi normativi (su cui, v. *infra* nel testo).

(3) V. in particolare *infra* § 3.

(4) Oggigiorno, la possibilità di adoperare l'assegno bancario quale mezzo di pagamento in luogo della dazione di denaro contante deve ritenersi

oggetto di un principio incontestabile, anche in virtù degli obblighi imposti sempre più di frequente dal legislatore, che, per diverse finalità, non ultimo il contrasto al riciclaggio e all'evasione fiscale, vieta trasferimenti in denaro sopra i 1.000 euro (v. art. 12 del D.l. 6.12.2011, n. 201).

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

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

(7) 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, a una conclusione condivisa e definitiva: sul punto, cfr., infatti, LOMBARDI, *La funzione della caparra secondo il nuovo codice*, in *Giur. it.*, 1946, IV, 46 ss.; BAVETTA, *La caparra*, cit., 60 ss.; BELLANTE, *La caparra*, cit., 5 s.; SCARDIGNO, *Sulla qualificazione giuridica della caparra confirmatoria*, nota a Cass., 4.3.2004, n. 4411, in *Contratti*, 2004, 991 s.; PAROLA, *La caparra confirmatoria*, in *Obbl. e contratti*, 2006, 635 s.

(8) Senza dubbio è una funzione forte della caparra quella di essere uno strumento per la rapida ed efficace composizione della vicenda, consentendo lo scioglimento del contratto principale con la contestuale liquidazione del danno (meccanismo del secondo e terzo comma dell'art. 1385 cod. civ.).

(9) 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, evidenziata già dalle fonti romane.

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

(11) In questo contesto, ha giocato un ruolo non trascurabile la c.d. commercializzazione del codice civile: la scelta del legislatore del 1942 di unificare il diritto privato e di fare 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 perché *tradens* venga ad essere l'acquirente, e non l'alienante.

(12) «Al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra» è l'espressione inequivocabile usata dal legislatore del '42, che si rinviene, ad esempio, con una formulazione simile nell'art. 1803 cod. civ. in tema di comodato, o nell'art. 1813 cod. civ. in materia di mutuo, entrambi negozi tipicamente reali.

(13) Tra la dottrina, che è pressoché unanime sul punto, v. BIANCA, *Diritto civile V. La responsabilità*, Milano, 1994, 369; D'AVANZO, *Caparra*, cit., 896; MARINI, *Caparra*, cit., 2 s.; ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale* a cura di Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Torino, 1999, 908 s.; BAVETTA, *La caparra*, cit., 85; GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, cit., 430 s.; DE LUCA, *La caparra*, cit., 342. Una parte della dottrina sotto il vecchio codice affermava «la giuridica inesistenza di caparra, ove ciò che questa costituisce non fosse stato consegnato», v. GABBA, *Della caparra in diritto italiano*, Città di Castello, 1927, 19.

(14) «La caparra confirmatoria costituisce un contratto che si perfeziona con la consegna che una parte fa all'altra di una somma di denaro o di una determinata quantità di cose fungibili per il caso d'inadempimento delle obbligazioni nascenti da un diverso negozio ad essa collegato (c.d. contratto principale)»: così Cass., 15.4.2002, n. 5424, in *Riv. not.*, 2002, 1573. Negli stessi termini v. Cass., 15.5.1998, n. 4902, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Contratto in genere*, n. 464; Cass., 23.8.1997, n. 7935, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 429; Cass., 15.4.1982, n. 2268, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 127; Cass. 7.6.1978, n. 2870, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Contratto in genere*, n. 192.

(15) La tesi si deve a TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 196.

(16) V. ancora TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 196.

(17) Sul punto, v. BAVETTA, *La caparra*, cit., 88 s. A livello di inquadramento generale sull'essenzialità della consegna per il perfezionamento dei contratti reali, per l'impossibilità «astratta di concepire un obbligo di restituire una cosa che non sia stata ancora ricevuta in consegna», v. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 36.

(18) Infatti, secondo BAVETTA, *La caparra*, cit., 88, i contraenti non farebbero altro che esprimere «due volte la stessa volontà: esse, in sostanza, ponendo in essere il contratto principale, manifesterebbero un volere che, contestualmente, costituendo la caparra, riconfermerebbero».

(19) Nel diritto dei contratti, per come disegnato dal legislatore, la fattispecie consensuale (tipica o atipica) viene ad esistenza prima di quella corrispondente reale, di modo che, da una parte, per i contraenti, sarà più facile porre in essere negozi consensuali, dall'altra, i contraenti medesimi, per giungere alla conclusione di un contratto reale, non potranno che passare (anche solo astrattamente) attraverso uno schema consensuale potenzialmente idoneo a raggiungere i medesimi effetti del corrispondente negozio reale.

(20) In altri termini, la complessità strutturale, propria di ogni contratto reale è messa in discussione dalle stesse norme del codice che prevedono al loro interno un meccanismo meno complesso per giungere al medesimo risultato, vale a dire un contratto consensuale (atipico) perfettamente valido e produttivo di effetti.

(21) V. al riguardo D'AVANZO, *Caparra*, cit., 896; MARINI, *Caparra*, cit., 3; BELLANTE, *La caparra*, cit., 26; DE LUCA, *La caparra*, cit., 343 s. È rimasta isolata in dottrina la tesi (v. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 198) che inquadra, di

norma, la caparra tra i contratti ad effetti obbligatori, e richiede, per aversi l'effetto traslativo, un accordo specifico (tacito o espresso).

(22) La giurisprudenza ha rilevato che «la mancata restituzione della caparra non configura l'ipotesi criminosa di cui all'art. 646 c.p. difettando il presupposto essenziale dell'impossessamento di cosa altrui, poiché la somma (o la cosa fungibile) data a tale titolo passa nel patrimonio dell'*accipiens*, il quale ne diventa proprietario ed è tenuto in caso di adempimento ad imputarla alla prestazione dovutagli e in caso di inadempimento alla restituzione trattandosi di cose fungibili, di denaro o cose dello stesso genere in quantità doppia» (v. Cass. pen., 5.2.1982, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Appropriazione indebita*, n. 4); e che «salva espressa pattuizione contraria, i beni fungibili (nella specie, titoli di Stato) oggetto di caparra confirmatoria si trasferiscono nel patrimonio dell'*accipiens*, che ha diritto di percepire gli interessi» (v. App. Roma, 27.4.1993, in *Foro it.*, 1994, I, 2230).

(23) A seguito dell'adempimento, tutta la prestazione si trasferisce a titolo definitivo da un contraente all'altro, e, con il meccanismo della caparra, risultando di fatto anticipata una parte della prestazione, si realizza il medesimo effetto. In giurisprudenza, v. Cass., 4.2.1988, n. 1101, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Contratto in genere*, n. 321; Cass., 30.1.1980, n. 727, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Contratto in genere*, n. 229; Cass., 31.5.1971, n. 1646, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Contratto in genere*, n. 288.

(24) Così BIANCA, *Diritto civile VI. La proprietà*, Milano, 1999, 393.

(25) V. in particolare BELLANTE, *La caparra*, cit., 27 s.

(26) Secondo la sentenza qui annotata, a titolo di caparra si potrebbero infatti versare assegni bancari, come pure sottoscrivere obbligazioni (o altro genere di titoli) emessi dall'*accipiens*.

(27) Cfr. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 196 s.; FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 123; BAVETTA, *La caparra*, cit., 86 s.; BELLANTE, *La caparra*, cit., 34 ss.; DE LUCA, *La caparra*, cit., 342 s.

(28) L'aspetto volontaristico nell'esame della questione è messo in risalto da FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 123 s., secondo il quale andrebbe riconosciuta piena validità a quegli accordi che, derogando agli schemi legislativi che prevedono negozi reali, ravvisano nelle stesse fattispecie contratti consensuali (fatte salve, al limite, le ipotesi del riporto e della donazione di modico valore).

(29) Il primo comma, rispetto al secondo e al terzo dell'art. 1385 cod. civ., consente un esercizio più ampio dell'autonomia privata e una maggiore possibilità per i contraenti di modellare secondo i comuni intendimenti il negozio di caparra.

(30) La tesi si deve a FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 123. Allo stesso modo, LONGO, *Sul regime della caparra confirmatoria*, nota a Cass., 18.5.1951, n. 1252, in *Giur. Completa Corte Cass.*, 1951 (III quadr., tomo 1), 297, evidenzia che la formulazione dell'art. 1385 cod. civ. «lascia, indubbiamente, più largo adito all'esprimersi della volontà negoziale», rispetto a quanto previsto nel codice del '65; viceversa, per la tesi contraria v. BAVETTA, *La caparra*, cit., 86 s.; DE LUCA, *La caparra*, cit., 342 s.

(31) Per la tesi favorevole, v. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 123; BELLANTE, *La caparra*, cit., 34 s.

(32) Infatti, la consegna rappresenterebbe un *quid pluris*, che, aggiungendosi all'accordo formatosi sul contratto principale, permetterebbe di differenziare da questo il patto di caparra, costituendo al contempo una posta effettiva già a disposizione della parte in caso di inadempimento del *tradens*, v. BAVETTA, *La caparra*, cit., 87; DE LUCA, *La caparra*, cit., 343.

(33) Secondo parte della dottrina, è, anzi, necessario «che si abbandonino le suggestioni derivanti dall'origine storica della figura», v. MARINI, *Caparra*, cit., 1.

(34) Il contratto è fonte di autoregolamentazione di rapporti giuridici a contenuto patrimoniale: la parte ha la possibilità di regolare da sé i propri interessi ed è libera di disciplinare in maniera autonoma, e nel modo che ritiene più conveniente, le relazioni di natura patrimoniale che la riguardano.

(35) In più, la parte tenuta ad effettuare la consegna potrebbe anche scientemente decidere di rimandare il più possibile l'adempimento del patto di caparra, sino al limite di scadenza del termine per adempiere il contratto principale, svilendo il ruolo della caparra.

(36) V. ancora BAVETTA, *La caparra*, cit., 87 s.; DE LUCA, *La caparra*, cit., 343.

(37) Al riguardo, v. AMATO, *La consegna di assegno bancario nel preliminare di vendita: «acconto» o «caparra»?*, nota Trib. Monza, 10.9.1994, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 611 ss. Secondo i giudici, «il rilascio di un assegno bancario costituisce dazione di caparra confirmatoria se le parti, in relazione alla sua normale funzione di mezzo di pagamento, lo hanno considerato assimilabile al denaro». Più in generale, già Cass., S.U., 18.12.2007, n. 26617, in *Foro it.*, 2008, 2, I, 503, aveva precisato che nelle obbligazioni pecuniarie (il cui importo sia inferiore a 12.500 euro o per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento), il debitore ha la facoltà di pagare in moneta avente corso legale nello Stato, ovvero mediante consegna di un assegno circolare.

(38) Il semplice possesso del titolo non costituisce di per sé un vantaggio economico per la parte, anche perché l'assegno presenta il rischio di non poter essere riscosso per furto o, ad esempio, per falsità. Inoltre, il prenditore ha l'onere di verificare l'identità personale del portatore, la regolarità e l'autenticità del titolo e la disponibilità della somma presso la banca. Su tutte queste problematiche, v. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 171 s.; AMATO, *La consegna di assegno*, cit., 614.

(39) V. le considerazioni di BIANCA, *Diritto civile IV. L'obbligazione*, Milano, 1993, 172.

(40) In particolare, v. BELLANTE, *La caparra*, cit., 35, il quale ritiene che la soluzione proposta sia la più equilibrata, atteso che consente alla parte di recedere dal contratto, di fronte all'altrui inadempimento, assicurandogli comunque il risarcimento dei danni nella misura convenuta all'atto della conclusione del contratto.

(41) Si tratta di riconoscere un diritto convenzionale di recedere, subordinato al mancato versamento della caparra: v. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 35. Infatti, è stato rilevato che di norma le parti possono liberamente apporre al negozio condizioni risolutive e, allora, anche il recesso, laddove sia espressione di un interesse meritevole di tutela e sia collegato ad una circostanza rilevante nell'economia del rapporto, è inseribile tra i rimedi a disposizione dei contraenti, costituendo uno strumento più spedito per rimuovere il vincolo, in sostituzione dei normali strumenti di impugnativa negoziale (su tutto questo, v. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 60 s.).

(42) La clausola con cui si stabilisce che, «in caso di inadempimento del promissario acquirente, il contratto si risolverà a seguito della dichiarazione del promittente venditore e che questi sarà legittimato a trattenere le somme già corrisposte a titolo di acconto sul corrispettivo e di parziale pagamento delle rate di prezzo, costituisce una clausola risolutiva espressa cui si accompagna una clausola penale»: v. Trib. Oristano, 14.4.2005, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 617.

(43) V. ancora BELLANTE, *La caparra*, cit., 36, secondo il quale nella caparra consensuale, come sanzione per il mancato versamento della som-

ma convenuta, si può applicare analogicamente quanto previsto nell'art. 1186 cod. civ., di modo che la parte inadempiente decade dal beneficio del termine. Difficile, invece, che nell'economia complessiva del contratto un tale comportamento possa costituire grave inadempimento, tale da legittimarne lo scioglimento.

(44) Così BIANCA, *Diritto civile III. Il contratto*, Milano, 2000, 206.

(45) Ai sensi della nuova formulazione del primo comma del § 488 BGB, attraverso il contratto di mutuo il mutuante viene obbligato a mettere a disposizione del mutuatario una somma di denaro nell'ammontare pattuito. Il mutuatario è obbligato a pagare un interesse dovuto e, alla scadenza, a restituire il mutuo messogli a disposizione.

(46) Una parziale apertura della giurisprudenza può essere letta in Trib. Torino, 22.6.2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Locazione*, n. 107, secondo cui nel corso delle trattative per la stipula di un contratto di locazione la pattuizione inserita di comune accordo tra le parti con la quale si prevede «a garanzia degli impegni assunti, la consegna di un assegno bancario effettuata da una parte all'altra con l'espressa pattuizione che detto assegno verrà rispettivamente restituito in caso di inadempimento della parte che lo ha ricevuto, oltre al pagamento di una penale, ovvero incassato qualora a essere inadempiente sia la parte che lo ha consegnato, può qualificarsi alla stregua di una convenzione atipica, lecita e meritevole di tutela secondo l'ordinamento ex art. 1322, 2° comma, c.c.; l'atipicità del suddetto patto discende dalla circostanza che esso è finalizzato a predeterminare le conseguenze di un illecito extracontrattuale (quale è quello precontrattuale) e la meritevolezza di tutela è evidente in quanto la funzione a esso attribuita e attribuibile è la medesima svolta dagli istituti di cui agli art. 1385 e 1382 c.c.».