

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE
MILANO

Dottorato di ricerca in Persona e Ordinamenti Giuridici
ciclo XXX
S.S.D: IUS/01

Caparra confirmatoria e formalismo negoziale

Tesi di Dottorato di: Désirée Baucia
Matricola: 4411547

Anno Accademico 2016/2017



Dottorato di ricerca in Diritto Privato
Ciclo XXX - “Persona e ordinamenti giuridici”
S.S.D.: IUS/01

**CAPARRA CONFIRMATORIA E FORMALISMO
NEGOZIALE**

Coordinatore: Chiarissimo Professor Carlo Castronovo

Tesi di Dottorato di: Désirée Baucia

Matricola: 4411547

Anno Accademico 2016/2017

Ai miei genitori

«È una questione di qualità è una questione di qualità è una questione di qualità
O una formalità non ricordo più bene una formalità»
(CCCP – Fedeli alla linea, *Io sto bene*, 1986)

«Deus autem dedit nobis charitatem tamquam pignus per Spiritum Sanctum, qui est Spiritus
veritatis et dilectionis. Et ideo huiusmodi non est aliud quam quaedam particularis et imperfecta
participatio divinae caritatis et dilectionis, quae quidem non est auferenda, sed perficienda, ideo
magis proprie dicitur arrham quam pignus»
(San Tommaso, *In ep. ad Eph.*, c. 1, v. 14, lec. 5, n. 43)

Caparra confirmatoria e formalismo negoziale

CAPITOLO I – LE ORIGINI

I.1 L'esperienza del diritto greco e del diritto romano	7
I.2 I secoli del diritto intermedio e il periodo anteriore alle codificazioni	21
I.3 La caparra confirmatoria nell'ordinamento giuridico italiano	30

CAPITOLO II – CAPARRA E CONTRATTO

II.1 La lacuna: inquadramento del problema	33
II.2 La struttura della caparra confirmatoria	33
II.2.1 La tesi che configura la caparra confirmatoria come clausola accessoria	43
II.2.2 La tesi che configura la caparra confirmatoria come contratto reale	43
II.3 La ricostruzione dell'elemento causale e la corretta qualificazione della consegna	51
II.4 La forma del patto di caparra	64
II.4.1 La ricostruzione della <i>traditio</i> quale forma della caparra confirmatoria	66
II.4.2 Il requisito di forma in senso stretto	70
II.4.3 Il principio di libertà delle forme	74
II.5 La caparra nell'ambito della formazione progressiva del contratto	82
II.5.1 La fase delle trattative	82
II.5.2 Il momento costitutivo della caparra confirmatoria	88
II.5.3 Le compravendite immobiliari e il ruolo del mediatore	99
II.6 Le conseguenze dell'inadempimento	121
II.6.1 La responsabilità del mediatore immobiliare	121
II.6.2 La mancata conclusione del contratto per fatto imputabile a una delle parti	128
II.7 La quantificazione del danno	148

CAPITOLO III – UNO SGUARDO COMPARATISTICO

III.1 Le ragioni della comparazione	159
III.2 La fattispecie della caparra nel diritto francese	163
III.2.1 Inquadramento normativo	163
III.2.2 La struttura della <i>convention d'arrhes</i>	169
III.2.3 <i>La vente avec arrhes: la promesse réciproque</i>	173
III.2.4 Segue: <i>la promesse unilatérale</i>	183
III.2.5 <i>Renaissance du formalisme</i> e forma della <i>convention d'arrhes</i>	196
III.3 Il sistema di <i>common law</i>	209
III.3.1 Alla ricerca della caparra perduta	209
III.3.2 <i>Real Estate Law</i>	215

III.3.3 Il formalismo inglese e il recupero del contratto concluso in forma orale	227
III.4 La caparra confirmatoria nello spazio giuridico europeo, tra regole formali, clausole generali e tentativi di armonizzazione	241
BIBLIOGRAFIA	271
RINGRAZIAMENTI	291

CAPITOLO I – LE ORIGINI

Sommario: 1. L'esperienza del diritto greco e del diritto romano - 2. I secoli del diritto intermedio e il periodo anteriore alle codificazioni. - 3. La caparra confirmatoria nell'ordinamento giuridico italiano

1. L'esperienza del diritto greco e del diritto romano

L'istituto della caparra confirmatoria ha una tradizione antichissima, che affonda le proprie radici nel diritto greco, passando attraverso il sistema giuridico romano, sia dell'età classica, sia di quella giustiniana. Il termine italiano, “quasi ad esprimere l'atto stesso della costituzione della caparra”¹, porta con sé le tracce di questa antica origine, essendo la fusione del prefisso latino *cap* (da *capere*) e della voce *arrha* che nel diritto romano individuava l'istituto ma era a sua volta tratta dalla terminologia greca, propriamente dall'istituto denominato ἀρραβών (di cui pare i Greci avessero a loro volta mutuato il nome dall'espressione semitica *arab* o *erabon*)², che ebbe una grande diffusione nel mondo greco nel periodo compreso tra IX e VII secolo a.C. Quest'ultimo consisteva nella consegna di una somma di denaro dal futuro compratore al futuro venditore, a titolo di anticipo sul prezzo della compravendita, la quale era strutturata come un contratto reale a effetti reali – sconosciuti al mondo greco erano la vendita obbligatoria o il preliminare di compravendita – il cui momento costitutivo era rappresentato dal pagamento del prezzo accompagnato, nelle vendite di beni immobili e di cose mobili di particolare valore, sia dal compimento di determinate formalità documentali, sia dal perfezionamento del contratto di caparra³.

¹ G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, 2.

² Cfr. A. PEZZANA, voce *Caparra*, (*diritto romano*), VI, Milano 1960, 183. Sull'etimologia del termine v. anche G. BOYER, *Isidore de Seville et la définition des arrhes*, in *Droit de l'antiquité et sociologie juridique, Mélanges Henry Lévy-Bruhl*, Paris 1959, 53: “On sait qu'arra est l'abréviation d'arrabon, terme emprunté par le Grec et le Latin aux langues sémitiques occidentales, Phénicien et Araméen. Il dérive de la racine ereb qui signifie entrer, pénétrer. Suivant l'opinion commune, on aurait exprimé par là l'acte de l'otage qui entre dans la maison du créancier pour se mettre à sa disposition”.

³ Come sottolinea E. CANTARELLA, voce *Vendita (diritto greco)*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, 593, in occasione delle vendite di beni immobili, in particolare, erano necessario compiere ulteriori formalità che variavano da città a città, quali la conclusione di un contratto dinnanzi a un'autorità, la proclamazione ad opera di un araldo, l'affissione di annunci della futura vendita e del prezzo di trasferimento, la registrazione della compravendita e del trasferimento all'acquirente e, infine, il giuramento che non vi era alcuna frode, fatto dinnanzi all'ufficio del registro. Per quanto concerne in particolare il compratore, secondo M. TALAMANCA, voce *Arrha*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino 1957, 1001, la penalità non era “sottoposta ad una disciplina generalmente diffusa e, molto probabilmente, era lasciata alla libera determinazione delle parti. Soltanto intorno al I secolo d.C., secondo quanto si può ricavare dai documenti papirologici dell'Egitto romano, l'ammontare di detta

Con particolare riferimento al contratto di compravendita, data la quasi assoluta irrilevanza dell'elemento dell'accordo delle volontà ai fini del perfezionamento dello stesso, il versamento della caparra da parte del futuro compratore - che veniva persa in caso di pagamento della restante parte di prezzo - si collocava dunque nella fase precontrattuale e costituiva il solo strumento giuridico idoneo a creare un vincolo coattivo, seppur indiretto, alla conclusione del negozio traslativo, senza che, tuttavia, sorgesse in capo ad alcuna delle due parti il diritto, munito di azione, al corrispettivo⁴.

La ricezione dell'istituto da parte della cultura giuridica romana fu resa possibile grazie all'intensificazione degli scambi commerciali tra Roma e le provincie orientali e ciò mise subito in luce le diversità tra i due sistemi con particolare riferimento alla compravendita, che mentre nel diritto greco si presentava come un vero e proprio contratto reale, per i Romani al contrario questo aveva assunto - in modo particolare a partire dal III secolo a.C. - la struttura di un contratto obbligatorio (la cui denominazione *emptio venditio* già è in grado di rispecchiare la bilateralità degli effetti) ed efficace in base al mero consenso manifestato dalle parti contraenti in relazione allo scambio reciproco di un bene o di una merce contro prezzo in denaro⁵; entrambi i profili - la consensualità e l'obbligatorietà - concorrevano a distinguere in modo marcato la vendita romana da quella propria dell'esperienza giuridica dell'area greca, dove, in linea di principio, l'accordo delle parti relativamente allo scambio della cosa contro il versamento del corrispettivo non era ritenuto sufficiente a produrre *ex se* effetti giuridici, richiedendosi ulteriormente, come elemento perfezionativo della vendita, il

penalità si venne fissando, consuetudinariamente, al doppio dell'arra ricevuta, e tale si mantenne fino alla ricezione, da parte di Giustiniano, dei principi greci in materia”.

⁴ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1952, 17, il quale, nell'ambito di un confronto tra il contratto di compravendita come regolato dal diritto romano e dal diritto greco, sottolinea come nel secondo viga il c.d. principio della surrogazione, in forza del quale si ha compravendita “solamente quando nel patrimonio del venditore il prezzo prenda il posto della merce: per stabilire con assoluta certezza questo momento, il mondo greco dà la preferenza a quello fra i due trapassi che è il più rapido ed evidente, cioè al pagamento del prezzo”.

⁵ Ricorda ancora M. TALAMANCA, *L'arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano*, cit., 71, che il contratto arrale come configurato dal diritto greco non poteva essere inquadrato in alcuno dei tipi negoziali impiegati e conosciuti in quell'epoca dal diritto romano; ecco perché “negli scambi commerciali tra Greci e Romani le convenzioni che i primi interpretavano come contratti arrali, venivano invece interpretate dal magistrato romano competente, il *praetor peregrinus*, come compravendite consensuali, di per sé obbligatorie, accompagnate dal versamento di un anticipo sul prezzo, a maggior riprova della conclusione del contratto” (*ibidem*). In questo senso anche le parole di F. PRINGSHEIM, *The greek law of sale*, Weimar 1950: “When the Romans created the consensual contract of sale were obliged to change the structure of the imported Ellenistic arra. For them it became superfluous to create a liability which had already been created the mere agreement of sale. This agreement, for the Greeks the source of duties (debita) only, had for the Romans become a contract of sale which created bilateral obligations. The addition of an arra could be interpreted only as a confirmation of the already existing contract, as a proof that the contract was definitely concluded”.

pagamento del prezzo da parte del compratore ovvero la dazione di un arra, configurata quale anticipo sul prezzo. Per il diritto greco potrebbe pertanto parlarsi di un vero e proprio “contratto arrale” il cui effetto principale consisteva nella creazione di un vincolo tra le parti finalizzato allo scambio della cosa oggetto del contratto contro il prezzo e la cui violazione, a differenza di quanto previsto per l'*emptio venditio*, “non dà luogo ad una responsabilità delle parti nel limite dell'*id quod interest* (fatta valere con un'azione di adempimento), ma la parte che non esegue il contratto resta responsabile nei limiti dell'arra consegnata, dovendo chi ha ricevuto l'arra restituirla raddoppiata, e chi l'ha data perderla”⁶. Una tale diversità strutturale non consentiva, pertanto, nell'ambito degli scambi giuridici regolati dal diritto romano, di vincolare indirettamente le parti al futuro atto traslativo, anche in base alla considerazione che l'ordinamento giuridico romano contemplava espressamente strumenti di coazione indiretta volti a creare sull'obbligato una pressione psicologica tale da indurlo all'adempimento⁷; conseguentemente, nel diritto romano l'*arrha* svolgeva non solo una funzione parzialmente diversa ma anche più limitata rispetto all'uso che se ne faceva in Grecia: diversa perché aveva non tanto la funzione di garanzia, quanto di semplice prova dell'avvenuta conclusione del medesimo; più limitata poiché essa era unicamente prevista in relazione alla vendita e presupponeva il già avvenuto perfezionamento del

⁶ M. TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano 1993, 321, il quale ulteriormente sottolinea che tale era il regime assestatosi in maniera definitiva nel periodo ellenistico, in cui si stabilisce una volta per tutte la misura del doppio della caparra, mentre nel periodo più antico essa era fissata in misura variabile. Sul punto, è interessante riportare la riflessione di S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano 2011, 1183, che a proposito della vendita del diritto greco mostra come essa abbia subito una trasformazione nel corso dei secoli, per divenire in epoca alessandrina un contratto consensuale. Con l'introduzione della necessaria redazione di un atto scritto da parte dei pubblici funzionari per il trasferimento dei beni immobili (*καταγραφή*), ne deriva che, una volta formato il documento, si produca il trasferimento del diritto, a prescindere dal pagamento del prezzo. Questa parassi sembra comportare “la rinneazione del fondamentale principio di diritto greco, secondo il quale il pagamento del prezzo costituiva l'unico presupposto e il titolo del trasferimento” (*ibidem*): la compravendita era infatti strutturata in due distinte fasi, la prima caratterizzata dalla redazione di un documento privato da parte dei contraenti in cui venivano fissate le condizioni generali di contratto (*πραίς*), e la seconda segnata dalla redazione del documento pubblico ad opera dei pubblici funzionari (*ταμίαι*), al punto che la compravendita immobiliare assume la veste di un procedimento a formazione progressiva.

⁷ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla *manus iniectio iudicati* delle XII Tavole o alla *missio in bona*. In senso favorevole alla teoria della coercibilità delle obbligazioni nel diritto romano, cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano 1953, 93, secondo cui in tale ordinamento “la minaccia stessa dell'azione giudiziale è sempre [...] tale da esercitare sulla volontà riluttante dell'obbligato una certa coazione indiretta, una pressione psicologica che, di regola, lo induce ad eseguire la prestazione”. *Contra*, S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 18; G. BORRÉ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli 1966, 4, per il quale nel diritto romano “lo scopo dell'obbligazione, il *dare, facere, opetere*, insomma il risultato specifico, in vista del quale l'obbligazione era costituita, cedevano il campo ad una diversa serie di valori, ad una diversa e assai più evanescente visione teleologica di cui il denaro era la sola unità di misura”.

contratto⁸.

La consegna dell'*arrha* (che perlopiù consisteva in un anello ovvero in una somma di denaro) ebbe una grande diffusione nel mondo greco nel periodo compreso tra IX e VII secolo a.C. in quanto consentiva di individuare in maniera chiara ed evidente il passaggio dalla fase preliminare delle trattative a quella della conclusione del contratto (di qui l'origine dell'espressione "confirmatoria") e perdeva quella funzione propria e tipica rivestita nel diritto greco, ossia quale coazione – anche psicologica - all'adempimento e di vincolo indiretto sulle parti al perfezionamento dell'atto traslativo⁹. Solo nel diritto postclassico, contestualmente al progressivo abbandono del consensualismo, l'*arrha* assunse una diversa funzione, *rectius*, tornò ad assumere quella funzione penale propria del diritto greco, venendo incorporata nel *Corpus Iuris Civilis* con la struttura di una vera e propria caparra penitenziale, in occasione della stipulazione di una compravendita redatta per iscritto: i paciscenti potevano sottrarsi all'impegno così assunto solo rinunciando alla somma versata; in particolare - in maniera del tutto analoga all'attuale meccanismo di cui all'art. 1385 c.c. - se fosse stato inadempiente il venditore, questi avrebbe dovuto restituire al *tradens* il doppio di quanto ricevuto¹⁰.

⁸ In questo senso A. PEZZANA, *Caparra*, cit., 184, "i papiri egiziani ci forniscono [...] esempi di contratti arrali conclusi a garanzia della stipula di locazioni e di appalti". Dello stesso avviso anche A. SCEVOLA, voce *Caparra*, in *Digesto Italiano*, II, Torino 1888 725, il quale riteneva che la caparra sommasse in sé diverse funzioni quali quella di prova, di acconto e "fino a un certo punto anche, nel contratto concluso, come un impegno materiale *ut reliquuum reddatur*". Per M. TALAMANCA, *L'arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano, 1953, 73, alla funzione probatoria si univa quella di garanzia dell'esatto adempimento dell'obbligazione dell'acquirente. Anche secondo P. GABBA, *La Caparra nel diritto italiano*, Città di Castello-Milano-Roma-Napoli, 1927, 2, infatti, la caparra rappresentava l'evoluzione delle più antiche forme di garanzia reale degli obblighi contrattuali, originariamente consistenti "nella dazione di una cosa da parte dell'obbligato al creditore e nel contemporaneo trasferimento di proprietà della cosa medesima mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio* con *pactum fiduciae*". La caparra era un istituto certamente più moderno, in quanto per la sua esistenza richiedeva solo la *traditio* della cosa che ne formava l'oggetto e non necessitava delle formalità richieste per il trasferimento della proprietà della *res*.

⁹ Sottolinea R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Romans Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, 231, che la caparra "only provided some evidence that the contract of sale has been concluded. It did not have a constitutive effect or function, but merely played a confirmatory role (*arrha confirmatoria*)". Gaio nelle sue *Institutiones* definisce la caparra quale mero *argumentum emptionis et venditionis contractus* (Inst., III, 139), forse per scongiurare (come suggerisce V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 90) una lettura distorta del contratto di compravendita cui si accompagni la consegna di una somma di denaro dal compratore al venditore – prassi che si era molto diffusa anche a Roma - a titolo di caparra; se infatti si fosse accolto, anche in diritto romano, il regime dell'arra greca, "il contratto arrale andrebbe considerato come una deroga al principio della consensualità della vendita, anzi come un'altra figura contrattuale per sé stante, diversa dalla compravendita consensuale".

¹⁰ Cfr. G. FRANCIOSI, *Corso storico istituzionale di diritto romano*, Torino 2014, 523. Sul punto, v. anche L. SOLIDORO MARUOTTI – S. PULIATTI – A. LOVATO, *Diritto privato romano*, Torino 2017, 497: "La funzione probatoria assegnata dai giuristi romani all'arra (rispetto a un contratto già concluso), costituente una 'deviazione' rispetto alle concezioni greche, venne appunto obliterata quando alcune costituzioni imperiali stabilirono che, una volta effettuata la dazione della caparra da parte del compratore (a conclusione delle trattative, ma prima della conclusione del contratto) ciascuno dei contraenti poteva recedere dal contratto, perdendo rispettivamente la caparra versata (se a recedere era il compratore), o versando il doppio di quanto ricevuto (se a recedere era il

La compilazione giustiniana, in quanto *summa* del diritto romano, non solo consente di “fare il punto” sulla ricostruzione teorica e giurisprudenziale raggiunta nel VI secolo d.C. in relazione all'istituto in esame ma offre anche un interessante spunto per riflettere su uno dei punti cruciali in tema di caparra, ossia il rapporto tra questa e la forma assunta dal contratto cui essa accede. Nel *Corpus Iuris*, infatti, l'arra è citata in due famosi passi che hanno diviso i commentatori e che sono alla base delle diverse ricostruzioni teoriche in tema di caparra, come sviluppate nel corso dei secoli dai diversi ordinamenti giuridici nazionali¹¹. Si deve in primo luogo sottolineare come fosse concezione oramai consolidata tra i giuristi romani che la caparra potesse accedere tanto ad un contratto non ancora concluso, quanto ad un contratto già concluso ma non ancora obbligatorio: si pensi all'ipotesi di una vendita sottoposta a condizione, prima che la condizione si sia verificata, ovvero a un contratto da redigersi in forma scritta, prima della stipulazione ovvero della sottoscrizione dei contraenti. Con riferimento alla vendita *in scriptis*, secondo la tesi prevalente tra gli studiosi del diritto romano, si dovevano applicare i principi del diritto greco: la dazione dell'arra, in quanto precedente la conclusione del contratto, si configurava quale contratto autonomo (*pactum arrhale*), in grado di vincolare le parti alla stipulazione di un contratto non ancora perfetto¹². In caso di inadempimento (inteso quale rifiuto di una delle parti di addivenire alla conclusione del contratto), la parte diligente avrebbe trattenuto la caparra già ricevuta ovvero avrebbe avuto diritto al *duplum*¹³. Nel caso, invece, di vendita *sine scriptis*, alla luce del principio del consenso traslativo, la *datio arrarum* costituiva solo un *pactum adiectum* con conseguente netta separazione del momento perfezionativo del contratto da quello dell'esecuzione dello stesso¹⁴.

venditore)”.

¹¹ Si tratta della costituzione del 528 d.C., riprodotta in C. 4, 21, 17 e di J. 3, 23 pr., che mostrano l'applicazione dell'istituto della caparra in maniera poco chiara, dai quali sembra emergere una netta contraddizione in relazione alla qualificazione della caparra come penitenziale o meno, a seconda che questa preceda o acceda alla conclusione del contratto.

¹² Sul punto cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 95 ss. e in particolare 100, con riferimento alla caparra: “Si tratta di una resurrezione di quell'arra di tipo greco, onde in chi l'aveva consegnata nasceva il rischio di perderla ove non fosse più disposto a comperare (a contanti) la cosa della quale si era fatta parola fra lui e l'attuale titolare, mentre a carico di questo, che l'aveva ricevuta, sorgeva l'obbligo, in caso di rispettivo rifiuto, di restituirla in doppio”.

¹³ Come sottolinea W. D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino 1981, rist., 894, “se l'arra è data nel caso di un contratto non pienamente concluso, si crea tra le parti un particolare patto, *pactum arrhale*, la cui funzione è quella, alternativa o di obbligare la parte a perfezionare il contratto o di sottostare alla pena; dà, inoltre, origine a un'azione personale, per la restituzione dell'*arrha*, contro colui che rifiuta di eseguire il contratto principale”.

¹⁴ Secondo A. PEZZANA, *Caparra*, cit., 187, con l'inserimento del passo di Gaio in tema di caparra nel testo della codificazione, “i Giustiniani mantennero, per quelle vendite per le quali non fosse richiesta una forma determinata, il principio romano della consensualità, il che importa che essi ravvisassero una compravendita in situazioni nelle quali il diritto greco avrebbe visto un contratto arrale ovvero, non essendo state date le arre, un accordo giuridicamente irrilevante”.

Sulla base delle brevi osservazioni compiute, si può evidenziare come già in epoca romana fossero presenti alcuni aspetti problematici legati al binomio caparra-forma che finiscono inevitabilmente per rappresentare un vero e proprio *fil rouge* dell'evoluzione giuridica dell'istituto nel corso dei secoli quali: (i) la contrapposizione tra la configurazione della caparra come contratto autonomo ovvero come patto accessorio; (ii) il rapporto tra la forma del patto di caparra e la forma rivestita dal contratto principale (eventualmente a forma vincolata).

Per quanto concerne il primo profilo, si ricorda che l'arra di derivazione greca costituiva un vero e proprio contratto (spesso definito contratto arrale), con effetto traslativo della proprietà nel momento in cui veniva concluso, in grado di dar luogo a quella che può definirsi “responsabilità arrale”¹⁵, proprio perché si supposeva che, *a latere* del negozio di compravendita, sussistesse un ulteriore negozio, che trovava fondamento nell'accordo e nella comune volontà delle parti di addivenire al trasferimento della caparra a scopo di garanzia. La concezione del diritto romano classico, al contrario, vedeva nell'arra un mero *argumentum* (ossia una prova) della conclusione della fase delle trattative e della nascita dell'accordo negoziale, ma sempre in relazione a una *obligatio consensu contractae*¹⁶. Una funzione probatoria che, peraltro, non aveva ad oggetto il contenuto dell'assetto di interessi oggetto del contratto, bensì si limitava a “comprovare l'essersi verificato quel momento – dall'accertamento difficile e rilevante in un contratto meramente consensuale – in cui si è passati dalla fase delle trattative a quella dell'avvenuto - e vincolante - scambio dei consensi”¹⁷.

Con riferimento al secondo aspetto, è necessario premettere che l'esperienza giuridica romana non si occupò mai (nei termini e nelle modalità che saranno impiegate nel presente lavoro di ricerca) del rapporto tra l'elemento formale della caparra e del contratto cui essa era strutturalmente collegata: il negozio principale

¹⁵ L'espressione è di D. MATTIANGELI, *Il problema della consensualità nel contratto di compravendita romano e la sua recezione nei moderni ordinamenti europei*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RIDA)*, LIX, Bruxelles 2012, 344.

¹⁶ Come ricorda V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 91, “le parti non possono considerare il reciproco impegno come circoscritto nei limiti dell'arra [...] l'una e l'altra parte può per diritto romano classico pretendere dalla controparte l'adempimento integrale delle obbligazioni contemplate nella convenzione, tenendosi conto dell'arra solo come di un quantum da sottrarre o da aggiungere, se sia in danaro, o da restituirsi all'adempiente se si tratti di un oggetto di altra natura”.

¹⁷ M. TALAMANCA, *Vendita*, cit., 322, il quale sottolinea che il carattere e la funzione meramente probatoria comportavano un'ulteriore differenza rispetto alla caparra greca, la quale era essenzialmente costituita da una somma di denaro, mentre l'arra romana “poteva consistere in un oggetto diverso da una somma di denaro e quando eventualmente consistesse in una pecunia numerata non era comunque considerata un anticipo sul prezzo”. Ciò si ricava da un frammento di Ulpiano (Ulp. 32 ad ed., D. 19, 1, 11, 6) in cui nonostante l'arra sia costituita da una certa summa, viene ammessa la risoluzione della vendita per mutuo consenso, che era invece preclusa quando l'esecuzione del negozio fosse già iniziata.

infatti, come già accennato *supra*, era sempre rappresentato da una compravendita; inoltre, voler approfondire il problema della rilevanza della forma del contratto per il diritto romano comporta, da una parte, che l'analisi non si limiti alla dicotomia forma *ad substantiam* – forma *ad probationem* e, dall'altra, significa inevitabilmente sviluppare considerazioni di sistema, in quanto il tema della forma (intesa semplicemente quale elemento negoziale) all'interno del diritto romano si connette direttamente al problema della forma e del formalismo negoziale quale elemento costante, rappresentativo dell'esperienza giuridica romana¹⁸. Quest'ultima potrebbe essere infatti idealmente suddivisa in tre periodi, ognuno dei quali è stato caratterizzato, con modalità e finalità differenti, dal formalismo, il cui significato e la cui portata vanno dunque chiariti con riferimento ai diversi momenti storici. Seguendo una linea cronologica, la prima fase del formalismo è stata quella propria dell'epoca arcaica e che si è protratta fino all'età pre-classica, dove il formalismo coincideva con le forme orali: la volontà negoziale doveva essere necessariamente dichiarata con parole prestabilite, osservando le formule tramandate dagli antichi, *cum certis et sollemnibus verbis*¹⁹.

La rigidità di un tale formalismo aveva molti inconvenienti, innanzitutto poiché un minimo errore nell'osservanza di una parola o di un gesto avrebbero comportato la nullità dell'atto o del negozio giuridico posto in essere²⁰; secondariamente, alcuni atti erano considerati particolarmente difficoltosi e

¹⁸ In tema di formalismo, l'analisi di L. MITTEIS (riportata da O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma 1979, 59) conduce alla distinzione, nell'ambito del diritto romano antico, di un formalismo esterno da un formalismo interno: in forza del primo, “nessun negozio puramente consensuale o sprovvisto di formalità solenni veniva a esistenza”; con riferimento al secondo, invece, l'efficacia dei negozi “veniva attribuita alla stessa forma simbolica della materialità del negozio giuridico, non all'elemento spirituale o alla volontà. I Romani pertanto, non cercarono in questo periodo la volontà interna del negozio, ciò soltanto interessava a loro, che la forma venisse posta, altro non viene richiesto”. In senso parzialmente difforme, con riferimento al tema della volontà, A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino 2006, 55, il quale sostiene che nell'esperienza romana “le forme (anche quelle più rigorose) non hanno mai eliminato (neanche nell'età antica) la rilevanza della volontà (in particolare, nella sua direzione causale) nei comportamenti negoziali. Anche là dove la struttura formale dell'atto [...] non prevede alcun accenno all'intento perseguito, questo assume ugualmente piena rilevanza, concorrendo a determinare e indirizzare gli effetti del negozio”.

¹⁹ Gai. 1, 112; 4,97. In questa epoca gli schemi negoziali fondamentali sono essenzialmente tre: i gesta *per aes et libram*, l'*in iure cessio* e la *stipulatio*.

²⁰ Come afferma lo stesso Gaio, Gai. 4.11, le *legis actiones* delle XII tavole, utilizzate dai veteres (cioè dagli antichi) poco a poco vennero in odio alla popolazione, perché caratterizzate da un eccessivo formalismo, al punto che un minimo errore nel pronunciare una parola o nel compiere un gesto rendeva irrimediabilmente inefficace l'atto; per questo motivo vennero abolite attraverso la *Lex Aebutia* e le due leggi Giulie. Con riferimento al diritto romano dell'età arcaica, anche E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova 1935, 18, osserva come in quella fase storica “i negozi della vita privata sono dominati da un rigido formalismo, in virtù del quale l'autonomia privata è sottoposta nelle sue manifestazioni all'osservanza di forme necessarie, solenni e quasi esclusivamente verbali (parole e gesti), per guisa che un negozio non compiuto nella forma prescritta è privo di qualsiasi efficacia, e viceversa l'osservanza esteriore della forma è operativa di tutti i suoi effetti ancorché manchi una volontà esteriore corrispondente”.

disagevoli poiché potevano essere compiuti solo dinnanzi al magistrato, richiedendo spesso la presenza di un gran numero di persone ai fini dell'attribuzione di efficacia; in terzo luogo, le forme negoziali erano di ardua comprensione per la maggior parte dei *cives* e finivano per rivelarsi inutili²¹. Il progressivo abbandono delle *formulae* e dei *gesta* propri del periodo arcaico può essere spiegato e trova la propria ragione anche alla luce di una riflessione più ampia che coinvolge lo sviluppo della società romana e che si pone in presa diretta con i cambiamenti storici che la animano: l'espansione commerciale e l'aumento dei traffici economici in tutta l'area mediterranea sarebbero stati compromessi e arrestati dalla rigida osservanza del formalismo arcaico²²; gli scambi tra popoli con diverse culture giuridiche doveva necessariamente essere favorito e sostenuto attraverso strumenti che fossero di immediata comprensione per gli operatori economici e che non rendessero difficoltoso e incerto il risultato dell'operazione posta in essere. Si può affermare, pertanto, che la prassi ebbe un ruolo determinante nel rifiuto delle antiche forme e, in maniera complementare, il ruolo svolto dal pretore e dalla giurisprudenza fu imprescindibile nel dare valore ed efficacia agli atti giuridici di sua competenza, contribuendo a modernizzare e a de-formalizzare le rigide formule²³. Ne derivò l'ulteriore conseguenza rappresentata dall'affermarsi di contratti privi di qualunque forma solenne, la cui validità risiedeva nel semplice incontro dei consensi tra le parti, in qualunque modo manifestata²⁴; per quanto concerne i tradizionali contratti

²¹ Cfr. A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Torino 2007, 39 ss.

²² Cfr. O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, cit., 63: "I Romani, a seguito delle relazioni sorte con gli altri popoli, e soprattutto con il popolo greco, coltivarono con un grado superiore rispetto al periodo precedente lo spirito e iniziarono a tenere questo stesso come elemento principe, anche per quanto concerne il diritto. I Romani infatti si accorgono in verità che gli antichi loro negozi in quanto tali e presi nel loro insieme materiale non rispondevano più all'uomo e non corrispondevano più alle esigenze storiche del commercio del tempo o ai rapporti intercorrenti con il resto dell'umanità".

²³ Come notano G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 2012, 125, mentre lo *ius civile* dell'età arcaica era sostanzialmente imperniato sulla regolamentazione dei rapporti familiari dei *cives* romani, con l'impiego di pochi schemi negoziali e processuali, un simile sistema "si rivela del tutto inadeguato a disciplinare il gran numero di nuovi rapporti che si delineano nella prassi, sia per l'esclusività dello *ius civile*, non applicabile ai negozi tra Romani e peregrini, o fra peregrini, sia per l'eccessiva rigidità delle formule predisposte, inadatte all'agile svolgimento dei traffici commerciali e finanziari".

²⁴ Si tratta dei contratti più ampiamente impiegati nell'ambito dei traffici mercantili, quali vendita, locazione, società e mandato ma costituivano ancora una minoranza all'interno del panorama giuridico romano; ognuno di essi costituiva una fattispecie tipica, non esistendo una categoria generale di contratto consensuale, in quanto i contratti potevano nascere *re, litteris, verbis* ovvero *consensu*. Per quanto concerne l'origini storica di tali contratti, cfr. L. KOFANOV, *Diritto commerciale nella Lex Rhodia, la dottrina dei contratti consensuali*, in *Scritti di comparazione e di storia giuridica. II. Ricordando Giovanni Criscuoli*, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino 2013, 324: "È chiaro che di fronte a questa improvvisa apertura dei grandi mercati mediterranei, avvenuta in seguito alle vittorie militari dei Romani su Atene, Corinto e Cartagine, nel periodo tra III e II secolo a.C., Roma dovette avvalersi dell'esperienza giuridica di altri stati più sviluppati nel commercio marittimo. [...] Da qui è da credere che si svilupparono i cosiddetti contratti consensuali e reali, fattispecie contrattuali che i Romani attinsero dal *jus gentium*, cioè dal diritto internazionale

solenni, che continuavano a coesistere a lato di quelli consensuali, anche questi subirono un'importante evoluzione, in quanto la forma non era più produttiva e creatrice di effetti giuridici bensì equivaleva ad una modalità di formazione dell'atto al fine di garantire certezza e sicurezza dell'operazione negoziale. Per questi motivi, a partire dalla metà del III secolo a.C., in concomitanza con l'affermarsi di una giurisprudenza laica e, quindi, più aperta rispetto alle vecchie tradizioni, oltre alla crescente importanza attribuita alla volontà negoziale delle parti, anche qualora non sia esternata nei modi tradizionali, “la memoria del negozio non viene più affidata ai *testes* [...] ora essa viene normalmente affidata [...] ad un documento”²⁵.

La prassi dell'impiego della forma scritta continuò e si consolidò nell'età del Principato (ossia, fino al III secolo d.C.) in quanto la scrittura, un tempo strumento all'appannaggio di pochissimi e utilizzato in casi assolutamente eccezionali – come i testi sacri, le prescrizioni rituali e le iscrizioni votive – divenne unico e generale mezzo di documentazione dell'attività negoziale, non solo per quegli atti che richiedevano la forma scritta ai fini della loro validità ma, più in generale, per quelli nei quali si continuavano ad utilizzare le vecchie forme verbali e gestuali (quali, ad esempio, la *mancipatio*)²⁶.

commerciale”. Per una più ampia riflessione, che coinvolge il ruolo e l'importanza del concetto della buona fede per lo sviluppo e l'affermazione dei contratti consensuali, non solo *inter Romanos* ma anche *inter peregrinos*, cfr. F. GALLO, *Bona fides e jus gentium*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del convegno in onore di Antonio Burdese)*, II, Padova 2003, 132 ss., che così afferma: “L'introduzione della compravendita consensuale rappresentò, per più aspetti, un salto qualitativo. I commercianti poterono così concludere l'affare, con adeguata protezione giuridica, anche se non disponevano, sul momento, della merce o del prezzo (o di parte dell'una o dell'altro). Gli elementi della consensualità e della obbligatorietà consentirono di fare a meno della costruzione, alquanto barocca, di una figura corrispondente al contratto preliminare (contratto che obbliga a concludere un altro contratto). Lo scambio diretto non venne eliminato, ma riassunto nella nuova costruzione. Ogni scambio veniva ricondotto allo schema delineato: conclusione dell'accordo su cosa e denaro (sul prezzo della cosa compravenduta); nascita delle reciproche obbligazioni, fra le quali, in primo piano, quelle di consegnare la merce e di corrispondere il prezzo; adempimento delle medesime” (*ivi*, 137). Poiché in una tale ricostruzione “al centro era posto il consenso, che fondava, senza la necessità di requisiti formali o altri elementi, i reciproci impegni delle parti”, ciò era diretta conseguenza dell'importanza assunta dalla *fides bona*: “in luogo del rispetto della parola data, si richiese cioè il rispetto della parola data da parte di una persona dabbene. [...] La *fides bona* copriva anche lo scambio tra merce e denaro, che aveva costituito in precedenza un negozio autonomo e in cui ora si vedeva l'esecuzione dell'accordo preso, l'adempimento delle obbligazioni con esso assunte” (*ivi*, 137).

²⁵ A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, cit., 80. In questo senso anche A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 48, per il quale “con il diffondersi della scrittura, è plausibile supporre che si sia parimenti diffusa la pratica del documento probatorio detto in generale *instrumentum*. Le parti concludono l'atto solenne e poi redigono (o fanno redigere) in prima persona – *chirographa* – o in terza persona – *testationes* – uno scritto ove viene dato conto del compimento dell'atto. [...] questa prassi del documento deve avere prontamente innescato un processo di svuotamento delle forme orali perché si davano per compiute, nel testo scritto, le formalità necessarie senza che lo fossero state”.

²⁶ Con particolare riferimento alla *mancipatio*, tuttavia, si deve notare che essa nella pratica decade a partire dalla II metà del II secolo d.c., nonostante la formale abolizione tra *res mancipi* e *res nec mancipi* si verificherà con Giustiniano (cfr. A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 49).

L'ideale percorso a tappe che segna l'evoluzione del formalismo giuridico romano si conclude nella terza fase, coincidente con l'età tardo-antica e giustiniana, nelle quali non esistevano più altre forme imposte diversa da quella scritta; tutte le antiche forme orali vennero o espressamente abolite o caddero in desuetudine, sia in materia di rapporti personali, sia in materia di rapporti patrimoniali. La forma scritta costituiva, pertanto, il nuovo formalismo: nonostante si fossero sviluppati anche contratti a forma libera (quali i contratti consensuali) e contratti con un formalismo, per così dire, limitato (quali i contratti reali), si fece sempre più presente e forte l'esigenza di attribuire certezza e serietà ai vincoli giuridici, e di riflesso alla dichiarazione delle parti, attraverso l'uso della scrittura, al punto che alcuni particolari atti – il testamento pretorio, la donazione – la richiedevano *ad substantiam*.²⁷ Ciò significava l'assoluta necessità che il consenso dei paciscenti venisse manifestato *scriptura*, a prescindere dalle particolari espressioni impiegate²⁸.

Per quanto concerne in particolare il contratto di compravendita, cui la caparra era naturalmente collegata, anche questo seguì il percorso che è stato ora descritto: innanzitutto è bene ricordare che l'elemento caratterizzante l'*emptio-venditio* fu la consensualità²⁹: questa era per il diritto romano un contratto con struttura obbligatoria, che necessitava di un ulteriore atto (quali *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*), ai fini del trasferimento della proprietà (a differenza della concezione ellenistica che – come già accennato - considerava la vendita come un negozio a effetti reali in cui il pagamento del prezzo costituiva momento centrale per il perfezionamento del contratto). A partire dal periodo tardo classico e post-

²⁷ Cfr. A.D. MANFREDINI, *op. cit.*, 50 ss.

²⁸ Cfr. G. ASTUTI, voce *Contratto (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 762, il quale, in riferimento alla trasformazione e all'abbandono delle vecchie forme arcaiche, rileva che “di fatto alla *stipulatio* si sostituiscono nuovi contratti formali, o nuove forme negoziali, caratterizzate dall'uso della forma scritta; e la legislazione post-classica e giustiniana individua precisamente i tipi documentali e i loro vari requisiti formali, ai quali sono collegati diversi effetti sostanziali e processuali, fra cui anche quello di un'astrattezza più o meno rigorosa, che in talune fattispecie diventa assoluta”.

²⁹ Non è un caso che Gaio, nella sua *summa divisio* delle fonti delle obbligazioni, inserisca la compravendita tra le fattispecie giuridiche che si formano *ex consensu*: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 580 ss.; G. GROSSO, voce *Contratto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 756. Insiste sull'importanza di questo elemento anche L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Milano 2007, 129: “il primo elemento fondamentale nella struttura dell'*emptio-venditio* [...] fu il consenso. Esso rappresentò un aspetto di grande modernità del nostro contratto ed ebbe principalmente due funzioni [...] La prima funzione fu quella di sganciare la nuova compravendita da quel mondo di formalità che contrassegnava il diritto romano arcaico, sì che risultasse la più semplice possibile la fruizione del nuovo negozio giuridico a coloro per i quali era stato pensato: i peregrini. La seconda funzione del consenso fu - e rimase, del resto, sempre fino a Giustiniano - quella di permettere di rinviare a un momento futuro l'esecuzione delle prestazioni delle parti”.

classico si assistette a due novità fondamentali, strettamente e funzionalmente collegate al percorso e allo sviluppo del formalismo negoziale: da un lato, quella che potrebbe definirsi la svolta consensualista, in forza della quale il passaggio della proprietà (nonché il trasferimento del possesso) iniziò a non basarsi più sul compimento di un ulteriore atto ma semplicemente sull'accordo raggiunto tra le parti contraenti³⁰; dall'altro, l'affermarsi della forma scritta in sostituzione di quella orale come tecnica per la redazione dei contratti a partire dal IV secolo d.C., (in particolare sotto l'imperatore Costantino)³¹. L'unione di questi due nuovi fattori fece sì che la compravendita di diritto romano si avvicinasse sempre più all'equivalente fattispecie di diritto greco, che era appunto un contratto surrogatorio a effetti traslativi della proprietà, nonché a forma scritta³². Parallelamente a una tale evoluzione dello schema dell'*emptio-venditio*, si deve notare che mutò progressivamente anche la funzione svolta dalla caparra in quanto, se in origine essa era nata come prassi diretta a manifestare in maniera evidente e tangibile la conclusione dell'accordo, nell'ambito di un rigido formalismo negoziale, nel corso dei secoli tale compito non venne del tutto venuto meno ma venne interpretato in una diversa prospettiva: dal momento che la vendita costituiva uno dei pochi

³⁰ Secondo D. MATTIANGELI, *Il problema della consensualità nel contratto di compravendita romano*, cit., 338, “il punto di svolta per questo cambiamento sembra essere proprio la fine del III e l'inizio del IV secolo, dal momento che prima, almeno fino a Diocleziano, come si vede in una costituzione di questo imperatore del 293 d.C. in C.2.3.30, la forma classica era mantenuta e la proprietà delle cose si trasferiva tramite una *traditio* e l'*usucapio* e non sulla base di una semplice convenzione”. In questo senso anche la riflessione di G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 466, i quali mettono in luce come mentre nel diritto classico il contratto – *conventio* – ha un'efficacia meramente obbligatoria, che trae titolo da una causa idonea ad essere fonte di un'obbligazione, nel IV e nel V secolo questa concezione limitativa viene superata, in quanto “la compravendita è riconosciuta capace di trasferire direttamente il bene venduto al compratore”.

³¹ Con riferimento al tema della forma scritta, si deve segnalare che già in epoca classica avevano fatto la loro apparizione i già menzionati *testatio*, ossia documenti probatori idonei a presentare una *scriptura exterior*, leggibile in qualunque momento, e una *interior* “la cui integrità era garantita da sette sigilli, a ciascuno dei quali era apposto il nome del rispettivo *signator*” (M. TALAMANCA, *La compravendita*, cit., 184). In proposito G. ASTUTI, *Contratto*, cit., 761 ss., nota che nell'età post-classica si registrò il passaggio dalla c.d. «forma modulo» alla c.d. «forma veste» (ossia la documentazione) che non comportò semplicemente il passaggio dalla forma orale alla forma scritta ma determinò “uno spontaneo fenomeno di emersione delle cause, in senso sostanziale e quindi il passaggio [...] dalla concezione unitaria della *stipulatio* classica al nuovo concetto di *stipulationes*, quasi diverse figure concrete con cui si realizzano diversi scopi negoziali, in relazione ai quali assumono aspetti particolari”. Tuttavia questi atti, seppur redatti in forma scritta, non possono essere considerati come compravendite a forma scritta (e quindi vincolata), come invece accadrà nell'età giustiniana.

³² Secondo D. MATTIANGELI, *Il problema della consensualità nel contratto di compravendita romano*, cit., 339, “questo avvicinamento alla forma greca non dovrebbe stupirci più di tanto, data l'enorme ellenizzazione della cultura romana dell'impero d'oriente. L'influenza greca spiegherebbe molto bene questo cambiamento radicale della disciplina romana che passerebbe da un contratto consensuale obbligatorio a un contratto consensuale a effetti reali”. Sul punto si veda anche la riflessione di E. BETTI, *Diritto romano*, cit., 227, il quale sottolinea che il “requisito classico di solennità verbali, esso è già del tutto esautorato in età post-classica e soppiantato dalla documentazione scritta che fa bensì menzione della sua osservanza ma che, giusta la concezione greca, assume valore costitutivo”.

contratti consensuali, il versamento dell'*arrha* era ritenuto idoneo a stabilire con precisione il momento in cui le volontà dei paciscenti si erano effettivamente vincolate in maniera reciproca. Come si avrà modo di approfondire *infra*, questa funzione continuò a caratterizzare l'istituto anche nel corso dell'età di Giustiniano e solo in un periodo più tardo, per lo più identificabile con i secoli del diritto intermedio, ad essa si affiancò un'ulteriore e importantissima funzione, ossia quella di risoluzione unilaterale del contratto.

L'evoluzione degli istituti del diritto romano divenne oggetto di uno studio e di un'analisi scientifica *lato sensu* attraverso il lavoro dei compilatori del *Corpus Iuris*, così che venne proposta per la prima volta nella storia un'elaborazione teorica e una classificazione delle categorie giuridiche³³. Con particolare riferimento al tema dei contratti reali e di quelli consensuali, e alle eventuali innovazioni introdotte con la compilazione, si deve precisare che per alcuni aspetti non si riscontrano in verità grandi differenze rispetto all'età classica, in quanto continuò a mancare l'elaborazione teorica di una categoria generale sia di contratto reale sia di contratto consensuale ma il *contractus* quale fonte dell'obbligazione era ancora scomposto nella tipica quadripartizione delle categorie *obligari re, verbis, litteris, consensu*³⁴. Nel periodo giustiniano *l'emptio-venditio* - cui l'*arrha* è funzionalmente e tipicamente connessa - in quanto contratto consensuale, acquistò finalmente non solo piena efficacia obbligatoria ma anche traslativa; per quanto concerne la forma, si è già avuto modo di accennare *supra* che a partire dal IV secolo si consolidò la consuetudine dell'impiego della scrittura, salvo diversa volontà delle parti; si può dunque affermare che nell'epoca di Giustiniano alla vendita tradizionale e meramente consensuale si affiancò quella *cum scriptura* (che poteva essere redatta per scrittura privata direttamente dalle stesse parti ovvero da un terzo, ovvero ancora attraverso un atto successivamente completato da un tabellone, figura che anticipa quella del notaio), dalla quale si poteva liberamente

³³ Fu lo stesso Giustiniano, nelle costituzioni introduttive ad alcune parti del *Corpus Iuris*, a sottolineare “l'intento di eliminare la confusione e la prolissità delle leggi, di ridare certezza al diritto, di razionalizzare e armonizzare le fonti [...] al fine di porre fine al grave disordine che affligge[va] l'amministrazione della giustizia e di fornire gli strumenti per una migliore comprensione e applicazione del diritto vigente” (G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 412).

³⁴ Come sottolinea G. ASTUTI, *Contratto*, cit., 763, nonostante “il riconoscimento dell'essenzialità del *consensus* o della *conventio* come elemento comune a tutti i contratti” ciò “non condusse nemmeno i bizantini allo sviluppo di una teoria generale unitaria del contratto come convenzione. Così nel mutuo, e negli altri contratti reali, pur ravvisandosi con ogni chiarezza la necessaria presenza della comune volontà di *contrahere obligationem* [...] la *datio* o *numeratio* rimane sempre il fatto obiettivo in cui si concreta l'elemento obbligante, il fondamento dell'obbligo di restituzione, ossia il requisito necessario che integra il consenso irrevocabile del creditore, e senza il quale non è neppure astrattamente concepibile il perfezionamento di queste figure tipiche [...]”.

recedere senza conseguenze fino alla formalizzazione³⁵. Il tema giuridico più rilevante posto dalla compravendita *cum scriptura* era dunque rappresentato dal momento traslativo della proprietà, poiché se si fosse seguito il vecchio principio *emptio dominium transfertur*, la titolarità si sarebbe trasferita dal venditore all'acquirente in forza del solo consenso. Sarebbe preferibile ritenere che su questo aspetto la compilazione giustiniana abbia modificato il regime precedente, in quanto era la *traditio* corporale a rappresentare il momento traslativo della proprietà, anche per quanto concerne i beni immobili³⁶.

Questo rapido *excursus* relativo all'evoluzione del formalismo negoziale caratterizzante l'epoca romana, nonché delle conseguenze che tale sviluppo ha comportato sulla struttura e sulla configurazione degli istituti giuridici (in particolare, sul contratto di compravendita), si rivela quanto mai necessario per la corretta comprensione della fattispecie della caparra e della sue finalità, proprio in conseguenza dei cambiamenti avvenuti nel diritto romano, in un arco temporale che coinvolge secoli di storia e di evoluzione del pensiero giuridico. L'approdo finale del percorso tratteggiato coincide idealmente con la compilazione giustiniana, la quale costituisce la *summa* dell'esperienza giuridica romana classica: come si è già avuto modo di accennare con riferimento a quei tanto dibattuti e oscuri passaggi del *Corpus Iuris*, dai quali emerge un netto contrasto tra il tenore letterale del frammento della Costituzione del 528 e quello del passo delle *Institutiones*, sembra che il problema di fondo si riduca alla (tutt'altro che facile) comprensione se la distinzione tra atto scritto e semplice accordo delle volontà valga anche per le arre versate. In altri termini, quella distinzione si riferisce al contratto definitivo di compravendita o ad un ulteriore e specifico negozio avente ad oggetto la dazione della caparra? La questione è ulteriormente complicata dalla considerazione che la funzione penitenziale della caparra è dichiarata sia con riferimento alle vendite *in scriptis* sia a quelle *sine scriptis*. La risposta pare essere diversa in relazione alla tipologia di *arrha* considerata: quella confirmatoria poteva assumere la struttura di un vero e proprio *contractus dationis arrarum* da potersi redigere con o senza

³⁵ Come notano G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 362, l'elemento perfezionativo e costitutivo del contratto non era il consenso ma la completa redazione dello scritto.

³⁶ Cfr. A. BURDESE, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino 1957, cit., 595 ss., il quale sottolinea che mentre nell'età post-classica “si ritorna all'idea della vendita reale quale trasferimento immediato della cosa dietro pagamento del prezzo, salvo ricorso a *stipulationes*, documentate per iscritto, al fine di impegnarsi all'adempimento successivo delle prestazioni o quanto meno di quella consistente nella pagamento del prezzo”, con Giustiniano si ritorna invece all'età classica, “lasciando libertà alle parti di concludere le vendite (anche immobiliari) consensualmente ovvero per atto scritto, nel quale ultimo caso la compravendita non sarà validamente conclusa se non con l'adempimento di tutte le formalità stabilite per il compimento dell'atto stesso”.

scrittura (a seconda della forma prescelta per la compravendita cui preludeva); in definitiva, la scelta ricadeva sulle parti, le quali erano libere, soprattutto con riferimento all'acquisto di beni di maggior rilevanza commerciale e sociale (quali cose e diritti immobiliari), di optare per l'impiego della scrittura. Per quanto concerne l'*arrha poenitentialis*, invece, (definizione che non risulta dalle fonti ma che venne coniata in un momento successivo dagli studiosi medievali e dalla dogmatica moderna) essa faceva sorgere il problema della sua validità - ossia della legittimità dell'esercizio del diritto di recesso - qualora venisse versata in occasione di una vendita per la quale non fosse stata concordata la redazione per iscritto³⁷. Nell'ipotesi in cui, al contrario, si trattasse di una vendita *cum scriptura*, gli effetti non si sarebbero prodotti fino a quando non fosse intervenuta la redazione per iscritto dell'atto munita della *subscriptio* delle parti (che aveva lo stesso valore della moderna firma), in quanto le stesse erano titolari del diritto di recedere dal contratto, rinunciando all'acquisto o alla vendita, esercitando un vero e proprio *jus poenitendi*³⁸.

2. I secoli del diritto intermedio e il periodo anteriore alle codificazioni

La caparra sopravvisse in quei secoli di evoluzione giuridica che condussero al fenomeno delle codificazioni nazionali, talora perdendo i connotati caratteristici

³⁷ L'*arrha poenitentialis* veniva considerata come normalmente collegata alle vendite *in scriptis*, tanto che la Costituzione del 528 non sembra neppure porsi il problema della facoltà concessa alla parte di ritornare sui propri passi nell'ambito di una compravendita orale. Poiché, al contrario, questa possibilità pare essere espressamente ammessa dalla lettura delle *Insitutiones* del 532, la dottrina ha a lungo dibattuto su tale apparente incongruità, giungendo alla conclusione che il lavoro dei compilatori si sia spinto un po' oltre e, nel tentativo di quest'ultimi di fornire una trattazione quanto più completa nonché esaustiva dell'argomento, abbia finito per generare confusione e oscurità. Nonostante l'evidente contraddittorietà dei passi, la dottrina ha avuto modo di osservare come fin da subito la prassi successiva alla promulgazione del *Corpus Iuris* abbia trovato un modo per aggirare il problema, da un lato continuando a presumere che le arre, salvo diversa volontà delle parti, dovessero considerarsi sempre penitenziali; dall'altro, di fronte ad una vendita non redatta per iscritto, concedendo comunque la "possibilità di ritornare sulla parola, sempre che si fosse disposti a subire le penalità che ne erano conseguenza" (V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., 104). Secondo A. BURDESE, *Vendita*, cit., 596, al contrario, le arre nel diritto giustiniano acquistano una funzione penitenziale, "nel senso che la parte responsabile del mancato adempimento (o del mancato perfezionamento del contratto formale) perderà quelle date e dovrà restituire nel doppio quelle ricevute".

³⁸ Cfr. A.E. GIFFARD – R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français. Les obligations*, Parigi 1958, 54. Parte della dottrina ha, peraltro, assunto una posizione, per così dire intermedia, nel senso che ritiene non vi sia una rimarcabile differenza, ai fini dell'esercizio del diritto di recesso, tra una caparra apposta a una vendita redatta per iscritto e una, al contrario, fatta *sine scriptis*; la precisazione, l'aggiunta contenuta nel *Corpus Iuris* sarebbe, in fin dei conti, un dettaglio poco rilevante, per lo più in un'ottica pragmatica di diritto applicato. Cfr. W.W. BUCKLAND, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1932, 481 ss.: "There is much dispute: perhaps the best view is that he [Giustiniano] did in fact give the right of withdrawal in all cases, the statement that he is making no change in unwritten contracts meaning (notwithstanding the interjected remark about arra) only that is adding no requirements for their validity. The change, great in law, would be small in practice, partly because [...] arra being normally more than half the price, it would rarely be worth either party's while to enforce the contract".

dell'età classica³⁹, talora rispecchiando fedelmente i principi romani⁴⁰, ma sostanzialmente conservò il tratto peculiare di istituto deputato al rafforzamento del vincolo negoziale⁴¹. L'elaborazione teorica dell'arra fu avviata dai glossatori i quali, sulla scorta dello studio delle categorie e degli istituti del *Corpus Iuris*, tentarono una prima definizione dogmatica nonché una prima ricostruzione completa della fattispecie. Lo studio dei giuristi medievali si concentrò sostanzialmente intorno a due tematiche, riconducibili, da un lato, all'individuazione della natura penitenziale o meno della caparra e, dall'altro, alla corretta qualificazione del suo rapporto con il contratto di compravendita, al fine di stabilire se essa costituisse o meno un elemento essenziale di quest'ultimo⁴².

Le maggiori incertezze continuarono inoltre a riscontrarsi con riferimento ai summenzionati ambigui e apparentemente contraddittori passi del testo giustiniano, anche a causa della confusione concettuale tra gli istituti della vendita e della caparra, a sua volta conseguenza dell'incomprensione e della commistione della disciplina del diritto greco e quella propria del diritto romano⁴³. I glossatori si sforzarono inoltre nel tentativo di elaborare diverse fattispecie dell'istituto, a seconda che la caparra fosse versata in occasione di (i) una vendita *cum scriptura* non ancora perfezionata (*arra pacto imperfecto data*); (ii) una vendita *sine scriptura* (*arra pacto perfecta data*); (iii) una vendita *cum scriptura* già perfezionata: la

³⁹ In alcuni statuti delle città italiane, la dazione della caparra assurgeva a requisito essenziale e necessario per il perfezionamento del contratto: cfr. M. TALAMANCA, *L'arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano*, cit., 1003.

⁴⁰ Come avvenne nella maggior parte delle leggi romaniche: cfr. M. TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 1002.

⁴¹ Ricorda W. D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino 1958, 894, che “nel Medioevo le diverse manifestazioni con cui si usava accertare la prestazione del consenso - la stretta di mano o palmata, il bere insieme che le parti facevano del cosiddetto vino di mercato -, si aggiunse l'uso di dare una somma di denaro, detta caparra, in un primo tempo non computata nel prezzo ma erogata a scopi di pietà (perciò nota anche come “denaro di Dio” ovvero “denaro a Dio”), poi considerata quale anticipo sul prezzo convenuto”.

⁴² Cfr. M. BELLOMO, voce *Caparra (dir. inter.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 188 ss., il quale sostiene che per i glossatori l'arra era considerata come un mero *argumentum emptiois*, con riferimento tanto a compravendite non ancora concluse tanto a quelle “non ancora perfezionate, inesistenti nel mondo del diritto ma già definite, di fatto, nella volontà dei soggetti che assumeranno la veste giuridica di parti contraenti”. In particolare, la riflessione medievale sembra concentrarsi sulla distinzione tra un'arra data *ut fiat pars pretii* e un'arra data *ut non fiat pars pretii*; la prima sarebbe stata versata *in quantitate* mentre la seconda, al contrario, in specie, essendo di solito rappresentata da un anello. Una simile ricostruzione sembra non adattarsi, al contrario, all'uso della caparra nell'ambito delle diverse leggi barbariche, dove il rigore logico e giuridico propri della tradizione romana vengono meno e “i concetti si vanno intorbidando”, anche perché il diritto germanico non conosceva l'obbligatorietà dei negozi consensuali. Per questi motivi, si crede che “l'arra, più che essere un *argumentum emptiois*, rappresenti il prezzo e sia essa e non il consenso delle parti la fonte dell'obbligatorietà del contratto” (M. TALAMANCA, *Arrha*, cit., 1002).

⁴³ Sempre come sottolinea M. TALAMANCA, *Arrha*, cit., 1003, vi fu un contrasto tra i glossatori, che si divisero tra coloro che, rifacendosi all'impostazione di tradizione greca, “sostenero l'opinione che con la dazione delle arre le parti avevano acquisito il diritto di recesso, sottoponendosi alle previste penalità”; mentre altri, facendo appello al principio della vincolatività del consenso, ritenevano che l'arra avesse natura penale *stricto sensu* e “ammettevano che si potesse agire ad interesse, computando in ciò l'ammontare delle penalità arrali [...]”.

distinzione non era di secondaria importanza poiché la caparra penitenziale era ammessa solo per la prima ipotesi e, soprattutto, si delineava *ex novo* una distinta figura - tramandata fino alle moderne codificazioni - quale la caparra penitenziale, totalmente sconosciuta al diritto greco e invece nota, come già si è avuto modo di accennare nel paragrafo precedente, al diritto romano dell'età giustiniana, seppur senza che venisse mai elaborata una rigorosa distinzione concettuale tra le due *species* di caparra, in quanto entrambe venivano indicate con il termine generico *arrha*, nonostante la sostanziale diversità, come già del resto emergeva dai passi inseriti nel *Corpus Iuris*⁴⁴.

In aggiunta all'attività di rielaborazione teorica condotta dai glossatori, che certamente fornisce un utile strumento per la configurazione della struttura e delle funzioni dell'istituto nell'età altomedievale, sembra potersi affermare che l'evoluzione della fattispecie di caparra può essere correttamente compresa e analizzata solo compiendo un passo ulteriore, collocandola all'interno di un contesto storico-giuridico più ampio, costituito dalle vicende relative all'evoluzione del formalismo negoziale (e in particolare del contratto di compravendita) del diritto continentale a partire dall'età franco-barbarica, attraverso i secoli del basso medioevo fino all'età rinascimentale. Si tratta evidentemente di un campo d'indagine piuttosto ampio, caratterizzato da orientamenti giuridici molto differenti e distanti tra loro, in cui si assiste a due tendenze apparentemente contrastanti, identificabile la prima nel dissolvimento dell'unità propria della solida tradizione romanistica in seguito all'affermarsi di altre esperienze giuridiche (fortemente legate alle peculiarità presenti nei diversi popoli), e la seconda nella opposta volontà di conservare la tradizione della civiltà romano-giustiniana, dei suoi istituti e delle sue categorie. In un tale contesto, non è compito facile ricostruire in maniera lineare lo sviluppo di una figura quale la caparra confirmatoria: per questo motivo, si tenterà di procedere con la sintetica esposizione degli aspetti considerati più rilevanti ai fini del presente lavoro di ricerca, al fine di comprendere se, nel corso dei secoli del diritto intermedio, la figura abbia mantenuto le proprie caratteristiche originali, se ne abbia acquistate di nuove, se siano eventualmente cambiate la struttura e la funzione, sempre con particolare riferimento al contratto di compravendita.

⁴⁴ Tale impostazione venne trasfusa nell'art. 1590 Code Civil, "la quale attribuisce ai contraenti facoltà di recesso dalla convenzione cui accede" (P. GABBA, *Della caparra in diritto italiano*, cit., 6), dando luogo a quell'ambiguità di fondo dell'ordinamento giuridico francese, nel quale il confine tra caparra confirmatoria e caparra penitenziale non sembra essere stato tracciato in maniera netta, a differenza di quanto non avvenga nel BGB o nel Codice Civile.

Il punto di partenza dell'indagine potrebbe essere individuato nell'osservazione dell'antico diritto francese, poiché a partire dall'epoca del regno dei Franchi vi fu un vero e proprio ritorno al formalismo di stampo arcaico⁴⁵, dal momento che il consenso non era più ritenuto sufficiente per la formazione del contratto bensì era richiesto l'adempimento di un'ulteriore determinata formalità, quale la consegna della cosa – per i contratti reali – ovvero, in maniera molto simile al formalismo romano, l'osservanza di un particolare rito solenne, con valore fortemente simbolico⁴⁶. In altri termini, “*seule l'apparence extérieure – que tout le monde peut constater – prouve le consentement, sans que l'on s'interroge sur la réalité de celui-ci indépendamment des formes*”⁴⁷. Per quanto concerne in particolare la compravendita, essa rientrava nella prima categoria e, pertanto, ai fini della sua valida costituzione, era necessario “*un transfert de propriété accompagné d'un paiement de prix concomitant*”⁴⁸, ossia la *remise des arrhes*, conformemente alla formalità rituale stabilita⁴⁹. La caparra che fosse collegata al contratto di vendita, avendo un vero e proprio valore costitutivo, costituiva una delle possibili modalità di conclusione del contratto (del tutto diversa dalla figura dell'*arrha poenitentialis*), in quanto il suo versamento era idoneo e sufficiente a far nascere il vincolo obbligatorio tra i contraenti⁵⁰. Con il passaggio al *droit coutumier* del Medio Evo,

⁴⁵ Questa fu una tendenza in realtà riscontrabile in tutta l'età barbarica, a partire dai secoli successivi alla caduta dell'Impero Romano d'Occidente, fino – grosso modo – all'XI secolo, durante la quale la forma ebbe una valenza fondamentale nell'ambito dei rapporti contrattuali “non tanto perché questa mostrasse, in un certo modo, la volontà di obbligarsi, quanto perché il rito, la cerimonia, impegnava di per sé, pel suo valore mistico” (G. GORLA, *Il contratto. I. Lineamenti generali*, Milano 1955, 29).

⁴⁶ Si tratta della c.d. *festuca* che “*consiste essentiellement en une promesse rituellement prononcée accompagnée d'un geste rituel et symbolique*” (G. LEPOINTE - R. MONNIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey 1954, 453); e della figura denominata *paumée*, in forza della quale le parti si consideravano vincolate giuridicamente una volta che si fossero reciprocamente battute le mani, quale gesto simbolico e rituale. Come osserva anche G. GORLA, *Il contratto*, cit., 29, nel periodo coincidente con lo sviluppo del diritto longobardo in Italia iniziò a svilupparsi l'idea che la promessa potesse essere vincolante ma, in ogni caso, questa necessitava di un quid ulteriore, individuabile alle volte in una prestazione eseguita da una delle parti (nel caso dei contratti reali), altre volte nell'osservanza di una particolare forma per la prestazione della promessa medesima (la *wadiatio*, la *fides facta*, la *charta* o la *traditio chartae*).

⁴⁷ Ph. LEVY – A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, II ed., Dalloz 2010, 803.

⁴⁸ G. LEPOINTE - R. MONNIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, cit., 454.

⁴⁹ L'idea di un contratto di compravendita consensuale quale elaborato dal diritto romano rimase completamente estranea al diritto dell'età barbarica e “l'ulteriore trasformazione della compravendita germanica e medievale non si svolge nel senso di un riconoscimento del principio romano dell'efficacia obbligatoria *nudo consensu* ma si indirizza alla concezione della vendita come contratto formale per due vie: l'una [...] contraddistinta dall'uso delle *arrahae*, l'altra dall'uso della sua documentazione per *chartam*” (M.A. BENEDETTO, voce *Vendita (diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino 1975, 601). A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione che la concezione della compravendita quale contratto consensuale venne poi meno anche presso le popolazioni romano-bizantine per il concorso di altri fattori quali “la concezione reale della vendita, dominante nel mondo elleno-orientale, la diffusione della pratica della documentazione, divenuta normale per le vendite immobiliari, infine l'introduzione nel diritto post-classico e giustiniano di altri requisiti di solennità e di pubblicità” (*ibidem*).

⁵⁰ J. REDOUIN, *Les arrhes en droit français*, Parigi 1935, 11 ss., il quale aggiunge: “*Les arrhes*

inoltre, la funzione delle *arrhes* come mezzo di recesso scomparve del tutto, per essere sostituita dalla figura del *denier à Dieu*, avente l'esclusivo compito di provare l'avvenuta conclusione del contratto⁵¹.

La funzione risolutoria riapparve solo qualche secolo più tardi, quando venne nuovamente intesa come “*le prix de l'inexécution du contrat*”⁵²; si fece così strada la c.d. visione monistica, in forza della quale l'arra era ritenuta esclusivamente un mezzo per recedere dal contratto, pena la perdita dell'ammontare corrisposto o il pagamento di una somma pari al doppio⁵³. Si può notare, pertanto, come la progressiva trasformazione della funzione svolta dalla caparra, da strumento probatorio a strumento deputato alla risoluzione unilaterale del vincolo giuridico precedentemente assunto, proceda parallelamente all'abbandono, a partire dal XIV secolo, del formalismo di stampo arcaico verso l'affermazione del consensualismo moderno, in forza del quale il *pactum nudum* è sufficiente per il perfezionamento del contratto e non necessita, dunque, del supporto, per così dire esterno, della caparra, che con la sua materialità si prestava perfettamente a fornire un segno

n'avaient donc d'importance qu'en ce qu'elles rendaient apparent et visible l'accord des volontés”. Così anche A.E. GIFFARD – R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français*, cit., 153: “*La vente sans écrit, contrat réel, conserva son caractère dans toutes les régions de la France jusqu'aux XII et XIII siècles. Elle n'est ferme qu'autant que l'une des prestations, remise de la chose ou payment du prix, a été exécutée. [...] La vente avec arrhes proprement dites apparaît dès l'époque franque. Elle est mentionné dans la lex Wisigothorum, dans la loi des Bavares et même dans la loi romaine des Burgondes ou Papien*”.

⁵¹ A.E. GIFFARD – R. VILLERS, op. cit., 154: “*Alors que les arrhes ont une certaine consistance à l'époque franque, à l'époque féodale elles sont de plus en plus symboliques. Elles ne peuvent plus constituer un acompte sérieux sur le prix: dès lors elles acquièrent le rôle de preuve, qu'elles avaient joué à certaines époques du droit romain*”. Nello stesso senso anche A. COLIN – H. CAPITANT, *Traité de droit civil par L. Julliot de la Morandière, II, Obligations. Droits réels principaux*, Parigi 1959, 348: “*La remise des arrhes qui, à l'époque du droit franc, avait joué tout un autre rôle, marque, dans la vente, le louage et quelques contrats similaires, le moment où les parties sont définitivement liées*”.

L'espressione *denier à Dieu*, secondo la ricostruzione fornita da Pothier, doveva essere in origine *Denier d'adieu* dal momento che il denaro veniva versato allorché le parti, una volta concluso il contratto, si separavano dicendosi addio; la locuzione venne poi trasformata in *Denier à Dieu* ovvero *Denier de Dieu* a causa dell'entità minima e simbolica del pagamento: cfr. G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *Della vendita e della permuta*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, XIX, trad. it. Milano 1924, 66 ss., i quali ricordano che nelle zone rurali della Francia di inizio XX secolo, quando veniva conclusa una vendita mobiliare o immobiliare, il compratore era solito pagare una somma – dal valore esiguo – definita alle volte *épingles* (spilli), *pot de vin* (mancia) ovvero *pièce* (spiccioli), che aveva la funzione di attestare la conclusione del contratto, senza concedere alcun diritto di recesso.

⁵² J. REDOUIN, *Les arrhes en droit français*, cit., 14, il quale afferma che tale funzione si ritrova, per la prima volta, nelle *Lois Civiles* di Domat di fine XVII secolo.

⁵³ P. GABBA, *Della caparra in diritto italiano*, cit., 3. Sul punto è interessante riportare la riflessione di M. AZZALINI, *Impossibilità ed inesigibilità nel debito di genere*, Milano 2011, 120, il quale ricorda come la ricollocazione della vendita all'alveo delle *obligationes consensu contractae* operata dai glossatori fu sicuramente il prodotto “delle contaminazioni intervenute, del mutato contesto dei traffici e delle sensibilità: ragion per cui è da ritenere pressoché assente, nell'intervento dei glossatori, alcuno sviluppo della teoria delle obbligazioni contrattuali sulla base del principio consensualistico, in quanto era nella pratica, più che nell'analisi degli scrittori, che il sistema, seppur irrigidito dal maldestro impiego di antichi strumenti, cercava nuove soluzioni per fronteggiare molteplici esigenze di efficienza”.

evidente e tangibile dell'avvenuta conclusione dell'intesa negoziale. La prima elaborazione teorica e dottrinale del principio fu merito, da una parte, dell'opera svolta dai glossatori bolognesi, sulla base dello studio delle antiche fonti romane⁵⁴ e, dall'altra, dei canonisti dei secoli XI e XII, i quali tracciarono la via per il successivo studio e approfondimento del tema ad opera dei giuristi giusnaturalisti e, quindi, della piena affermazione del consensualismo nel XVII secolo, facendolo assurgere al rango di principio di diritto naturale⁵⁵. A ciò si aggiunga un ulteriore importante fattore, rappresentato, durante i secoli XVI e XVII, dalla crescita e dall'espansione del commercio, sia a livello interno, sia a livello europeo, che indusse le parti contraenti dei contratti commerciali più in uso (quali la vendita, la locazione di cose e di opere, la permuta) a ritenere sufficiente il mero consenso al fine del perfezionamento del negozio, senza la necessità né di una particolare *res* né di una determinata forma, agevolando così gli scambi commerciali, che sarebbero stati ostacolati o, quantomeno, resi certamente più complessi e macchinosi se la loro validità ed efficacia fosse stata subordinata a complicati adempimenti formalistici ulteriori⁵⁶. In altri termini, l'unione di diversi fattori quali

⁵⁴ Si deve precisare che nel pensiero giuridico degli interpreti medievali rimane sempre fermo il principio *nudum pactum obligationem (actionem) non parit*, al quale è attribuita importanza fondamentale e, in antitesi al *contractus*, fonte di una *obligatio civilis*, viene contrapposto il *nudum pactum*, idoneo a far sorgere solo una *obligatio naturalis* (cfr. G. ASTUTI, voce *Contratto (dir. inter.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 770 ss.). Come ulteriore distinzione, solo il *contractus*, quale *species* all'interno della più ampia categoria di *pactum*, costituisce un *pactum vestitum*, in contrapposizione ai *pacta nuda*; questa impostazione, tuttavia, “non può davvero considerarsi il frutto di una progressiva erosione del principio consensuale” (G. ASTUTI, voce *Contratto*, cit., 771). Si può pertanto affermare che secondo i glossatori, lo scambio del consenso era sufficiente per la nascita del patto, a condizione che il *nudum pactum* fosse rivestito di uno dei quattro possibili *vestimenta* (rinvenuti nei testi di Ulpiano): *res*, *verba*, *consensus*, e *litterae*. Si comprende come questa costruzione, sebbene fosse in sé parzialmente contraddittoria eppure ebbe il grand'emerito di “*réduire à l'unité des contrats même les contrats que n'avait pas pratiqués le droit romain, et aussi de souligner l'importance primordiale du consentement*” (A.E. GIFFARD – R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français*, cit., 171).

⁵⁵ Le ragioni dell'influenza del diritto canonico sull'affermarsi del principio consensualistico sono molteplici e riconducibili a una varietà di fattori: in primo luogo, in forza di un argomento lato sensu teologico, per i canonisti la parola data (e quindi il consenso proveniente dal foro interno) non poteva che essere sufficiente per impegnarsi giuridicamente: colui che non si attenga ad essa non può essere nemmeno considerato un buon cristiano, rendendosi colpevole di menzogna e, quindi, di peccato. Come conseguenza di una tale impostazione filosofico-dottrinale, nel diritto canonico venne creato l'istituto del giuramento, che consisteva in un “*engagement envers Dieu avec obligation accessoire evers le créancier. On pouvait en réclamer l'exécution devant les cours d'Eglise. C'était, comme la stipulatio romaine, un contrat unilatéral e formel, valable sans cause, pouvant s'adapter à toute espèce d'objets, créer une obligation nouvelle, ou confiermer une obligation préexistante. L'engagement pris sous serment était définitif; il ne pouvait attaqué que pour cause de dol*” (A. COLIN – H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, cit., 349). Si deve ricordare, inoltre, che a partire dal XIII secolo nei commenti al *Decretum* di Graziano iniziò a comparire la formula *ex nudo pacto actio nascitur* (cfr. A.E. GIFFARD – R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français*, cit., 173).

⁵⁶ Secondo G. GORLA, *Il contratto*, cit., 43, il primo successo del principio consensualista in questo campo “fu dovuto soprattutto al fatto che l'ambiente, il costume, era ormai maturo per considerare l'aspettativa o credito, derivante da una promessa, come un bene equivalente alla *res* del contratto reale medievale, qualcosa che si poteva considerare come un elemento del patrimonio, aveva un valore venale e si poteva scambiare. A ciò giovarono la diffusione dei commerci e della fiducia, per cui oramai ci si affidava e si dava valore alla promessa, sotto la spinta, almeno teorica, delle scuole

l'apporto e l'influenza del diritto romano postclassico (per il quale l'essenza del contratto risiedeva nell'incontro dei consensi)⁵⁷, i principi del diritto canonico, lo sviluppo del *droit coutumier* (piuttosto ostile nei confronti delle prescrizioni formali) nonché l'affermarsi del pensiero giusnaturalista, fece sì che in Francia si posero le basi per il trionfo del principio *solus consensu obligat*, quale naturale conseguenza dell'altrettanto famoso e importantissimo brocardo *pacta sunt servanda*⁵⁸.

romanistiche, canonistiche e poi anche del diritto naturale; ma soprattutto sotto l'influenza delle idee e della prassi diffuse negli ambienti commerciali, ove appunto il credito era considerato un bene e veniva dai commercianti inserito nei loro bilanci all'attivo". In senso contrario G. ASTUTI, voce *Contratto*, cit., 776 ss., per il quale "anche nel Medioevo la pratica commerciale fu dominata non solo dall'esigenza della semplificazione nella conclusione dei contratti formali e della *bona fides*, ma anche dall'esigenza, certo non meno importante, della certezza dei rapporti obbligatori e della sicurezza e speditezza di esecuzione, volontaria o coattiva. E nel fatto fioriscono proprio nelle relazioni tra gli operatori del commercio medievale nuove figure consuetudinarie di contratti formali e di obbligazioni astratte, e nuovi tipi di forma documentali".

⁵⁷ L'apporto del diritto romano allo sviluppo del consensualismo non è così pacifico e ciò si comprende nel momento in cui si rammenta il brocardo *ex nudo pacto nulla nascitur actio* e si riflette sul fatto che il contratto di compravendita era produttivo solo di effetti obbligatori e mai di effetti reali; solo in un secondo momento, con lo sviluppo dello *ius gentium* e dei traffici commerciali, nonché dei *iudicia bona fidei*, l'*emptio venditio* (insieme al contratto di mandato, di locazione e di società) si affermò nell'esperienza giuridica come un contratto consensuale. Il quadro venne ulteriormente frammentato a seguito della codificazione giustiniana, dove veniva del tutto esclusa la rilevanza di un'obbligazione *consensu contracta* in ipotesi di una vendita *cum scriptura*. A ciò si aggiunga che l'esperienza giuridica barbarica e feudale contribuì ad attribuire nuovamente massima importanza all'elemento formale (di solito identificabile nella consegna ovvero nella forma scritta), quale fattore ulteriore rispetto al mero consenso, ritenuto di per se inidoneo a produrre l'effetto traslativo. Come nota P. GALLO, *Il contratto*, Torino 2017, 14, il processo di superamento del principio in base al quale "il contratto meramente consensuale non poteva assumere rilevanza in base ai principi del diritto comune fondato sul diritto romano" fu merito, da un lato, del diritto canonico e, dall'altro, del diritto naturale. E aggiunge: "Ecco quindi come nel corso del medioevo si sia assistito ad una progressiva erosione dell'assioma romanistico in base al quale il nudo consenso non era sufficiente ad obbligare" (*ivi*, 15). Nello stesso senso anche la riflessione di G. DIURNI – C. PECORELLA, voce *Vendita (dir. inter.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano 1993, 483, per i quali "la riacquistata conoscenza del regime romano dei contratti consensuali ebbe enorme importanza per il rinnovamento della pratica giuridica, ma non determinò un ampliamento della categoria delle *obligationes consensu contractae*, né uno sviluppo della teoria delle obbligazioni contrattuali sulla base del principio consensuale. Di fatto, nel pensiero dei glossatori rimase sempre fermo il principio *nudum pactum nullum obligationem (actionem) non parit*, al quale fu riconosciuta importanza fondamentale, conservando intatta l'antitesi tra *contractus* e *pacta*". Si deve peraltro ricordare come il diritto romano di cui si discorre, ossia quello dei secoli dell'età feudale e rinascimentale, è un diritto fortemente rivisitato, interpretato e rielaborato dai giuristi medievali. A ciò si aggiunga una certa ostilità dell'emergente classe borghese nei confronti di tale complesso di norme, tecnicismi e dogmi di difficile comprensione, la quale preferiva servirsi, per la regolamentazione degli scambi commerciali, delle ben più agili e semplici regole del diritto consuetudinario. Quest'ultimo, peraltro, non solo in Francia ma anche in Italia, aveva accolto il principio del nudo patto e nonostante spesso si ricorresse all'intervento del notaio e alla redazione di un atto scritto, ciò non pregiudicava l'idea che le parti avessero già raggiunto un'intesa tra loro giuridicamente vincolante. Come ricorda P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino 1999, 19, nonostante la *traditio* venisse ancora considerata come presupposto ineliminabile dell'acquisto della proprietà da parte del compratore, tale elemento "veniva tuttavia assorbito nel formalismo notarile attraverso clausole divenute di stile che davano luogo a forme di costituiti possessori rendendo l'alienante custode per conto dell'acquirente, e già nel sedicesimo secolo si riteneva anche in Italia che, ove tali clausole non fossero state inserite nel rogito, si poteva presumere che le parti le avessero comunque dichiarate".

⁵⁸ Sul tema, v. *amplius* G. ASTUTI, *Contratto*, cit., 779 ss., dove si chiarisce che il principio consensualistico venne formulato per la prima volta dagli autori della scuola del diritto naturale, che gettarono così le basi per la costruzione di "un nuovo sistema contrattuale fondato sulla concezione unitaria e atipica del contratto come convenzione".

Anche in Germania la caparra entrò a far parte degli istituti del diritto comune germanico, in conseguenza della ricezione del diritto romano, seppure “con effetto unicamente probatorio degli obblighi contrattuali”⁵⁹. Soltanto in un momento successivo, con la nascita della dogmatica e delle generalizzazioni proprie della scienza giuridica moderna⁶⁰, vennero meglio teorizzate le due forme di caparra, penitenziale (*Reugeld*) e confirmatoria (*Angeld*) ma solo quest'ultima era deputata alla funzione di rafforzamento del vincolo obbligatorio⁶¹.

Si potrebbe affermare che mentre in Francia lo sviluppo dell'istituto della caparra è sostanzialmente il prodotto di una seria combinata di fattori di tipo non soltanto giuridico, ma anche storico, economico e filosofico, in Germania la riflessione sulla fattispecie della caparra assume una connotazione strettamente teorica in quanto si accompagna e si inserisce in un contesto più ampio, segnato dall'avvento della Pandettistica nel corso del XIX secolo, la quale fornì una prima formulazione delle categorie giuridiche e, in particolare, quella di forma del negozio giuridico, che venne definita – alla luce del dogma della volontà - “la conformazione esteriore della dichiarazione di volontà”⁶²; è agli Autori della Scuola Storica, infatti, che si deve “l'adozione del termine forma per designare una precisa categoria dogmatica, fornita di caratteri propri e di requisiti determinati, tale che consentisse di identificare certi aspetti strutturali dell'atto giuridico”⁶³. Se dunque è

⁵⁹ P. GABBA, *Della caparra in diritto italiano*, cit., 4.

⁶⁰ Con l'uso dell'espressione dogmatica si intende far riferimento a quella “elaborazione di concetti giuridici generali compiuti sulla base di norme esistenti perché esistenti, ossia come dogmi” (G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna 1970, 222). La seconda metà del XIX secolo è stato così definito il “momento della generalità”, per indicare una fase della riflessione giuridica nella quale “l'approccio al diritto positivo, anziché essere del tipo analitico esegetico [...] viene ora acquistando carattere sistematico-dogmatico. La realtà storica di un ordinamento giuridico-positivo è ricondotta a concetti generali e sistemata in categorie e istituti i cui nessi rispecchiano il fitto intreccio di rapporti che collegano in vario modo la realtà del diritto” (A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, VI ed., a cura di S. Colloca e A. Olivari, Milano 2008, 74).

⁶¹ F.P. PATTI, voce *Caparra (diritto comparato)*, in *Digesto, disc. priv. sez. civ.* (aggiornamento*****), diretto da R. Sacco, Torino 2014, il quale afferma che “secondo la tesi dominante di Georg Friedrich Puchta [...] all'*arra pacto perfecto data* di regola competeva soltanto una funzione probatoria e attraverso una specifica pattuizione le parti potevano determinare gli effetti dell'*Angeld* o del *Reugeld*”.

⁶² C.F. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. ital. di SCIALOJA, III, Torino 1988, § 134, il quale afferma: “Propriamente la volontà di per se stessa deve essere considerata come l'unico elemento importante ed efficace [del negozio] e soltanto perchè essa è un fatto interiore, invisibile, noi abbiamo bisogno di un segno, per il quale essa possa essere conosciuta dagli altri; e questo segno, mediante il quale la volontà si fa palese, è appunto la dichiarazione”. Si comprende come una simile concezione della forma quale mero “vaso” della volontà (impiegando un'espressione di F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova 1938, 160) la rese un mero accidente del negozio giuridico, il cui nucleo essenziale e fondante era appunto costituito dalla volontà; non a caso, il termine con cui si indicava la forma era anche dichiarazione, proprio a sottolineare come la sua funzione fosse limitata alla manifestazione all'esterno del consenso del soggetto.

⁶³ A. ORMANNI, voce *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino 1957, 557, nota 5.

condivisibile l'affermazione che gli esponenti della Scuola Pandettistica furono i primi ad abbandonare una concezione metafisica della forma per adottare, al contrario, un approccio giuridico e metodologico⁶⁴, è pur vero che gli esiti cui giunsero non furono nel senso di assegnare a tale elemento un ruolo di primaria rilevanza nell'ambito della teoria del negozio giuridico, proprio a causa della particolare ricostruzione dell'elemento formale⁶⁵.

Il merito più significativo dell'apporto della scienza giuridica tedesca della seconda metà dell'Ottocento fu piuttosto rappresentato dalla diversa impostazione concettuale e metodologica nell'analisi degli elementi costituenti il fenomeno giuridico e, in modo particolare, il momento formale dello stesso, facendo sì che si abbandonasse definitivamente il formalismo dell'esperienza giuridica antica e le tracce che di esso permanevano nella fenomenologia giuridica⁶⁶. L'approccio sistematico-dogmatico degli esponenti della Scuola delle Pandette contribuì a non intendere più l'espressione formalismo negoziale in maniera negativa (se non persino dispregiativa), come al contrario avvenne in gran parte della letteratura giuridica dei secoli dominati dal pensiero giusnaturalista, durante i quali si verificò

⁶⁴ Il termine forma, nella storia della teoria generale del diritto, è stato ricondotto a due diverse concezioni, l'una che si ricollega al formalismo ontologico antico, e l'altra al formalismo gnoseologico moderno, la cui prima formulazione si deve a Kant. Ciò che accomuna entrambe le prospettive è il carattere di generalità o universalità ma ciò che le divide risiede nella considerazione che nel formalismo ontologico antico le forme “hanno un'esistenza reale o ideale che comunque è oggettiva ed è indipendente dalla conoscenza umana”; nel formalismo gnoseologico, al contrario, le forme “sono soltanto funzioni generali della conoscenza umana, funzioni o tipi di operazioni con cui il soggetto elabora e ordina i materiali che attraverso i sensi sono dati alla sua coscienza” (A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 62 ss.). L'abbandono delle menzionate concezioni o, meglio, l'elaborazione di una ricostruzione della nozione di forma totalmente diversa, perché diversi ne sono i presupposti teorici di partenza, fu proprio merito della scienza giuridica tedesca che, adottando un approccio squisitamente giuridico, elaborò un concetto di forma slegato dalle considerazioni filosofiche e definito su un puro terreno dogmatico, parallelamente alla conquistata autonomia, nel corso dei secoli, della scienza del diritto rispetto alla filosofia e alle sue categorie. Sembra necessarie riportare ancora una volta le parole dell'Autore il quale, con riferimento alla scienza giuridica moderna, afferma che la “sua autonomia rispetto alla filosofia del diritto sta nella diversità dell'oggetto, che non è più il sistema dei valori universali radicati nell'essenza razionale, perenne e immutabile, dell'uomo, o il sistema delle forme pure del sistema teorico, bensì l'ordinamento dei valori storicamente condizionati di un determinato diritto positivo, oppure l'insieme degli istituti e delle norme del sistema reale” (*ibidem*, 73).

⁶⁵ Cfr. L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano 2008, 6, per la quale la considerazione della forma quale mero veicolo del consenso fece sì che il dibattito e la riflessione teorica abbandonassero il tema stesso della forma, se non limitandosi all'approfondimento della volontà. Questo comportò un sostanziale disinteresse per le questioni relative alle modalità attraverso le quali manifestare il consenso e, parallelamente, una “accentuata propensione a far coincidere l'attività interpretativa con un'indagine essenzialmente psicologica, volta a superare l'intralcio del *vestmentum* per giungere all'essenza volitiva dell'atto”; come ulteriore conseguenza, ne sarebbe derivata “la prima embrionale – ed inconsapevole – elaborazione del principio di libertà della forma”.

⁶⁶ Come sottolinea A. LISERRE, voce *Forma degli atti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma 1989, 2007, il rigore logico-concettuale degli esponenti della Pandettistica diede origine a una “reazione di rigetto verso l'antico e male inteso formalismo, ricollegabile in realtà all'esigenza di non involuppare in una pesante disciplina delle forme l'ormai fervida attività mercantile da assoggettare vantaggiosamente a regolamentazione contrattuale”.

una vera e propria demonizzazione delle nozioni di forma giuridica e di formalismo, atteggiamento forse dovuto in parte anche a una incomprendimento di fondo del sistema giuridico romano nonché a una sovrapposizione di piani, come se l'eccessivo rigore dell'età arcaica repubblicana fosse equivalente e sinonimo di una qualunque riflessione giuridica sulla categoria della forma⁶⁷. In sintesi, si deve riconoscere il merito e il contributo della scienza giuridica tedesca e, in particolare, del suo impianto astratto e formalista (a volte caratterizzato da eccessiva astrattezza), nella rivalutazione del formalismo giuridico e negoziale a partire dalla metà del XIX secolo, attraverso l'elaborazione di un *corpus* organico e ordinato a partire dall'*usus modernus pandectarum*, della costruzione di “un impianto concettuale in grado di dominare la vasta e complessa materia giuridica”⁶⁸, attraverso l'organizzazione in categorie generali⁶⁹.

3. La caparra nell'ordinamento giuridico italiano

L'istituto della caparra era disciplinato dal Codice Albertino del 1837 nell'ambito del contratto di vendita, in particolare nel caso di promessa di vendita, per la quale si disponeva che il versamento della caparra ad essa allegato garantiva a ciascuno dei paciscenti il diritto di recedere dal contratto (secondo lo schema oramai consolidato consistente nella perdita della somma versata ovvero dell'obbligo alla restituzione del doppio)⁷⁰. Il codice del 1865, tuttavia, non accolse questa impostazione e propose una nuova formulazione della fattispecie all'art. 1217, ultimo articolo della sezione dedicata alle obbligazioni con clausole penali, che così disponeva: «*Quando non risulti una diversa volontà dei contraenti, ciò che*

⁶⁷ Nota A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano 1966, 13, che la reazione antiformalista propria del pensiero giusnaturalista condusse inevitabilmente a “svilire il ruolo delle forme, disconoscendone così ingenuamente l'insostituibile funzione”.

⁶⁸ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 71.

⁶⁹ Come nota G.B. FERRI, *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994, 383, ss., sarà poi compito della scienza giuridica successiva (sia in Germania, sia in Francia) reagire a tale eccessivo formalismo e rigore dogmatico al fine di “far scendere l'esperienza giuridica dal cielo dei concetti” e sarà proprio l'esperienza giuridica italiana – sulla scia delle tendenze antiformalistiche - a comporre la cultura francese e quella tedesca in un nuovo modello sistematico, in cui l'idea di sistema tipica del Code civil - in cui il codice rappresenta il cuore dell'ordinamento - si incontra con l'idea di sistema propria della pandettistica, dove le categorie dogmatiche rappresentano il fulcro della costruzione razionale e astratta per concetti. Per un'approfondita riflessione sul sistema delineato dal codice e sul carattere sistematico dell'ordinamento, cfr. P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico e i suoi satelliti*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994, 1081 ss.

⁷⁰ Cfr. A. SCEVOLA, *Caparra*, cit., 726, il quale ricordava che l'art. 1596 del Codice Albertino corrispondeva alla formulazione dell'art. 1590 del *Code Civil*; la dottrina francese, tuttavia, operava una distinzione concettuale a seconda che l'arra fosse versata “al tempo del progetto” (ossia nella fase delle trattative) ovvero una volta che il contratto fosse stato concluso. Solo nel primo caso si applicava la disciplina propria della caparra e, in particolare, il meccanismo del *duplum* per il caso di inadempimento, mentre nel secondo caso la somma versata era considerata come un semplice acconto.

si dà anticipatamente nella conclusione del contratto si considera come una cautela per il risarcimento dei danni in caso di inadempimento della convenzione e si dice caparra». L'applicazione della caparra venne così estesa a tutti i rapporti giuridici obbligatori – come già del resto era previsto nel diritto romano pre-giustiniano – senza restringerne l'ambito al solo contratto di vendita. Per quanto concerne poi l'elemento causale, mentre per il diritto romano la caparra aveva la funzione di assicurare l'adempimento e l'esecuzione del contratto, dalla formulazione dell'art. 1217 c.c. emergeva, piuttosto, una fattispecie con un'indiretta funzione assicurativa dell'adempimento contrattuale, dando quasi per scontata la sussistenza di un contratto perfetto⁷¹.

Secondo la riflessione dottrinale dell'epoca, la caparra costituiva un patto di natura reale, riconducibile alla categoria dei contratti reali, in forza della centralità assunta – anche sul piano linguistico – dalla consegna e ciò nonostante nella maggior parte dei casi questa assumesse la forma di una clausola all'interno di una convenzione principale. Con particolare riferimento al rapporto tra quest'ultima e la caparra, si affermava il carattere accessorio della stessa ma nelle ipotesi in cui questa non fosse né elemento costitutivo del contratto al quale si riferiva, né aggiunta al contratto stesso; l'interpretazione dell'art. 1217 c.c. era dunque nel senso di non estendere le prescrizioni di forma previste per la convenzione principale, anche nei casi in cui questa fosse una vendita immobiliare. Per quanto concerne il momento costitutivo della caparra, il dettato normativo non veniva interpretato come richiedente la necessaria contestualità tra la dazione della caparra e la conclusione del contratto, sulla base della considerazione che la caparra stessa non costituiva un elemento del contratto ma, al contrario, fungeva da segno tangibile ed evidente della conclusione del medesimo; era pertanto ammesso unicamente un pagamento successivo al perfezionamento del contratto non ancora eseguito⁷².

Il dettato normativo del codice del 1865 nonché la decisione di collocare la fattispecie della caparra nella sezione dedicata alle obbligazioni derivanti dalle clausole penali avrebbe potuto indurre a ritenere che essa fosse assimilabile a quest'ultime; la dottrina più attenta ebbe tuttavia modo di scongiurare questa confusione concettuale, ricordando, in primo luogo, che la clausola penale consiste

⁷¹ Cfr. P. GABBA, *Della caparra in diritto italiano*, cit., 5. Lo stesso Autore sottolinea la netta diversità strutturale tra la caparra di cui all'art. 1217 c.c. e le precedenti formulazioni presenti nei vari codici preunitari, nonché da quella del Codice Napoleone “il cui articolo 1590 venne ripetuto nei Codici delle Due Sicilie (art. 1435), di Parma art. 1325), Albertino (art. 1596)”; il Codice civile italiano, al contrario, “se ne emancipò, non solo (attribuendo alla caparra quella che propriamente è la sua efficacia, ma altresì collocando la caparra stessa nel trattato generale delle obbligazioni, nonché definendola” (ivi, 7).

⁷² Per queste riflessioni, cfr. P. GABBA, *Della caparra in diritto italiano*, cit., 17 ss.

(e in una previsione attraverso cui una persona, al fine di assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a compiere un determinata prestazione nel caso in cui sarà inadempiente o in ritardo nell'esecuzione dell'obbligo dedotto. In altri termini, la clausola penale va correttamente ricostruita nei termini di una “compensazione dei danni che il creditore soffre per l'inadempimento dell'obbligazione” e pertanto “la pena non è che la stipulazione del quanto *interest* fissato dai contraenti per l'inadempimento dell'obbligazione”⁷³. Secondariamente, la caparra è caratterizzata dalla bilateralità, in quanto costituisce una forma *lato sensu* di risarcimento per entrambi i contraenti, mentre la clausola penale dispiega i suoi effetti unicamente nei confronti del contraente da quale è stata promessa⁷⁴.

La separazione concettuale tra le due fattispecie venne esplicitata solo con il codice civile del 1942, nonostante la sezione sotto la quale sono inseriti sia l'art. 1385 c.c. sia l'art. 1386 c.c. rechi il titolo «Della clausola penale e della caparra», a significare la volontà del legislatore di offrire una “disciplina unitaria o combinata dei due istituti, in considerazione dei molteplici punti di contatto e soprattutto della sostanzialmente comune posizione che gli effetti (e quindi anche le cause in senso tecnico) della clausola penale e della caparra assumono nei confronti dell'obbligazione di risarcimento del danno da inadempimento dell'obbligazione principale”⁷⁵.

⁷³ A. SCEVOLA, *Caparra*, cit., 726. Dello stesso avviso anche W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 895 che evidenzia come “mentre per la clausola penale la parte inadempiente è tenuta alla prestazione e alla penale, per la caparra la parte, che non è in colpa, ha la scelta tra l'esecuzione della convenzione e la ritenzione della caparra” e inoltre “mentre nell'obbligazione con clausola penale la parte inadempiente, in colpa o in dolo, è tenuta a corrispondere, oltre alla penale, anche un ulteriore risarcimento dei danni, se questi si rivelano in misura maggiore della penale stabilita, nella convenzione rafforzata dalla caparra, la parte, che non è in colpa, può chiedere e ottenere solo la somma rappresentata dalla caparra”.

⁷⁴ P. GABBA, *Della caparra in diritto italiano*, cit., 19.

⁷⁵ V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1960, 191.

CAPITOLO II – CAPARRA E CONTRATTO

Sommario: 1. La lacuna: inquadramento del problema. - 2. La struttura della caparra confirmatoria. - 3. La ricostruzione dell'elemento causale e la corretta qualificazione della consegna. - 4. La forma del patto di caparra. - 5. La caparra nell'ambito della formazione progressiva del contratto. - 6. Le conseguenze dell'inadempimento. - 7. La quantificazione del danno.

1. La lacuna: inquadramento del problema

La fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. prevede che le parti, al momento della conclusione di un contratto, possano stabilire che una di esse consegni all'altra una somma di denaro o una quantità di cose fungibili, a titolo di caparra. Questa, in caso di adempimento, sarà restituita alla parte che ha effettuato il pagamento, ovvero imputata alla prestazione dovuta (primo comma); in caso di inadempimento, la parte non inadempiente gode di una facoltà di scelta tra il diritto di recedere dal contratto, ritenendo la caparra ricevuta o esigendo il doppio di quella versata (secondo comma), a meno che non preferisca domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, e allora il risarcimento del danno sarà regolato dalle norme generali (terzo comma).

Nella sua struttura così schematica e di immediata comprensione, la caparra emerge subito in tutta la sua materialità, ponendo al centro della disciplina giuridica il ruolo della *traditio* in funzione dell'adempimento di un contratto, insieme al meccanismo restitutorio del *duplum* quale tratto caratterizzante l'intera fattispecie, nonché distintivo rispetto a figure affini che della caparra condividono l'elemento della realtà. Gli sforzi della migliore dottrina che ha approfondito l'analisi dell'art. 1385 c.c. si sono così concentrati su alcune tematiche ritenute particolarmente importanti e meritevoli di attento studio, quali, *inter alia*, la corretta qualificazione del concetto di inadempimento e la sua rilevanza (dal momento che questo costituisce il presupposto oggettivo e necessario per l'attivazione del meccanismo di recesso insieme all'incameramento della somma versata o ricevuta)⁷⁶ ;

⁷⁶ Poiché la caparra confirmatoria è riconducibile alla categoria della risoluzione per giusta causa, devono ricorrere le due condizioni affinché la parte non inadempiente possa avvalersene, che sono precisamente l'imputabilità dell'inadempimento (art. 1218 c.c.) e la sua gravità (art. 1455 c.c.); in questo modo, è preclusa la possibilità di avvalersi di questa speciale forma di tutela in presenza di "una qualsivoglia forma di inesecuzione contrattuale" (M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 52). Per quanto concerne in particolare il secondo presupposto, sottolinea G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 130 ss., che non avrebbe senso dare rilevanza a un inadempimento lieve, ma "l'inadempimento deve necessariamente costituire un pregiudizio (non lieve), non soltanto nell'ambito dei rapporti posti in essere dalle parti, obiettivamente considerati, ma anche con riferimento all'importanza che esse hanno attribuito alle singole pattuizioni contrattuali". Dello stesso avviso anche C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano 1994, 362; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in

l'individuazione dell'elemento causale della caparra (tema che sarà anche oggetto di indagine della presente ricerca); l'ammissibilità di una variante consensuale della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c.⁷⁷; l'eventuale riduzione in via equitativa da parte del giudice della somma versata⁷⁸.

Lo studio di questi (e di altri) delicati aspetti che senza dubbio rivestono una decisiva importanza per la corretta comprensione del funzionamento della caparra, ha finito per lasciare in ombra una questione altrettanto rilevante sebbene non direttamente contemplata dal precetto normativo e che costituisce pertanto una vera e propria lacuna della fattispecie. Esaminando con attenzione i tre commi che compongono l'art. 1385 c.c., si può notare infatti che il legislatore si premura di fornire una definizione dell'istituto e di mostrarne il meccanismo operativo ma omette di precisare quale sia la forma che deve assumere la caparra confirmatoria ai fini della sua stessa validità: in altri termini, una volta delineati in maniera molto schematica i caratteri della consegna, subito si passa alla previsione degli effetti e delle conseguenze per il caso dell'adempimento ovvero dell'inadempimento, senza preoccuparsi di definire quale sia, eventualmente, la corretta modalità per procedere con il versamento della somma di denaro o della quantità di cose fungibili, ovvero se sia necessario un particolare schema giuridico per effettuare la consegna, come

Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di F. Galgano, Libro quarto – Obbligazioni, (artt. 1372-1405), Bologna-Roma 1993, 172. Come indicano chiaramente S. MAZZARESE - I. TARDIA, Caparra. Artt. 1385-1386, in Il Codice Civile – Commentario, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano 2016, 228, il "presupposto per la produzione degli effetti di cui all'art. 1385, commi 2 e 3, c.c., fatta salva la diversa volontà delle parti, rileva solo quel mancato adempimento dell'accordo principale che soddisfi i requisiti previsti dall'art. 1455 c.c. Nello stesso senso anche la giurisprudenza in maniera unitaria: cfr. ex multis Cass. 23 gennaio 1989, n. 398, in Foro it., Rep. 1999, voce Contratto in genere, n. 297: "La disciplina dettata dal secondo comma dell'art. 1385 c.c., in tema di recesso per inadempimento nell'ipotesi in cui sia stata prestata una caparra confirmatoria, non deroga affatto alla linea generale della risoluzione per inadempimento, consentendo il recesso di una parte solo quando l'inadempimento della controparte sia colpevole e non di scarsa importanza in relazione all'interesse dell'altro contraente". Per quanto concerne la possibilità che le parti, nell'ambito della loro autonomia privata, possano prevedere specifiche ipotesi di inadempimento lieve, al verificarsi dei quali operi comunque il meccanismo di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c., v. M. BELLANTE, La caparra, cit., 55 ss.

⁷⁷ V. *infra* nt. 165.

⁷⁸ Il timore che il ricorso alla fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. potesse generare dei risarcimenti abnormi ha indotto la dottrina a riflettere sulla possibilità di applicare in via analogica la previsione contenuta nell'art. 1384 c.c. con specifico riferimento alla clausola penale. Il dibattito era stato (apparentemente) risolto con una pronuncia della Suprema Corte, la quale, dopo aver passato in rassegna le diverse posizioni sul tema, aveva escluso la *reductio ad aequitatem* della caparra confirmatoria (Cass. 10 novembre 1977, n. 4856, in *Foro it.*, 1978, I, 922). La giurisprudenza e la dottrina successive si sono uniformate senza obiezioni alla posizione della Cassazione forse "più per difetto di approfondimento che per solidità delle argomentazioni addotte" (M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 106 e *ivi* nt. 162 per una esaustiva rassegna giurisprudenziale dagli anni '40 in senso contrario alla riduzione ad equità della caparra confirmatoria). In dottrina, in senso affermativo: cfr. V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 202, nt. 46; M. POLASTRI MENNI, *Se la caparra confirmatoria sia suscettibile di riduzione equitativa da parte del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1197 SS.; S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Padova 2012, 127. *Contra*, G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 163, nt. 97; A. MARINI, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 176 ss..

se il quomodo relativo al passaggio della res da una parte all'altra fosse una vicenda meramente esecutiva, di secondaria importanza, non attinente alle problematiche caratterizzanti la fattispecie.

Gli autori che hanno dedicato le loro riflessioni alla caparra confirmatoria, infatti, hanno spesso affrontato (sarebbe forse più corretto dire aggirato) la questione alle volte facendola direttamente confluire nella problematica relativa alla traditio, individuando nell'atto materiale della consegna la risposta al quesito sulla forma, finendo per obliterare la distinzione concettuale tra le due categorie; altri autori, invece, hanno trattato il tema nei termini di un “non problema”, ossia affermando che interrogarsi sulla forma assunta dalla fattispecie in esame sia in realtà un'inutile complicazione, dal momento che lo stesso legislatore, ritenendo superflua una precisazione sul tema, avrebbe già implicitamente risolto la questione, decidendo di non occuparsene⁷⁹. Il ragionamento è chiaramente contraddittorio: non si capisce perché una questione considerata irrilevante sia stata invece affrontata in maniera implicita, trovando la sua risposta nel testo dell'articolo; o si dice che un problema non è rilevante, e quindi costituisce una perdita di tempo la sua analisi, oppure non si può dire che in realtà questo è stato affrontato ma in maniera implicita, solo perché la risposta era fin troppo banale e scontata e non necessitava di una esplicita trattazione o menzione all'interno del dato normativo.

L'atteggiamento di sufficienza con cui troppo spesso è stato affrontato il tema della forma della caparra confirmatoria si è manifestato anche sotto un diverso profilo, nella ricorrente affermazione secondo cui quest'ultima, in quanto clausola del contratto principale e facente parte dello stesso documento, generalmente rivestirebbe la medesima forma scelta dalle parti o prevista dalla legge per il medesimo⁸⁰. Una simile affermazione suona quasi apodittica, o quanto meno sembra un *escamotage* per poter facilmente aggirare il problema, dal momento che questo viene affrontato solo con riferimento alla più circoscritta questione della prova della caparra nel caso in cui questa acceda ad un contratto incorporato in un documento scritto. In questa ipotesi ecco che la dottrina sembra ricordarsi dell'esistenza di una tematica di fondo connessa alla forma della caparra *ex se* e in relazione alla forma rivestita dal contratto principale, giungendo ad affermare che, in una tale circostanza, la prova per testimoni o per presunzioni è limitata secondo quanto previsto dagli artt. 2722 ss. c.c.⁸¹.

⁷⁹ Cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 80.

⁸⁰ In questo senso, M. BELLANTE, *La caparra*, cit. 47; F. PAROLA, *La caparra confirmatoria*, in *Obb. e contratti*, VI, 2006, 635.

⁸¹ Cfr. M. BELLANTE, *op. cit.*, 46; M. DELLACASA, *La caparra confirmatoria*, in *Trattato del*

Il problema della forma assunta dalla caparra confirmatoria non è in realtà di secondaria rilevanza bensì si manifesta in tutta la sua complessità solo che si decida di spingersi oltre le mere affermazioni di principio per comprenderlo sia in una prospettiva statica, di rigorosa adesione alle categorie giuridiche, al fine di determinare cosa debba intendersi per elemento formale nell'ambito della fattispecie dell'art. 1385 c.c. e come questo vada tenuto distinto dagli altri elementi che concorrono a determinarla; sia in una prospettiva dinamica, nel senso che la caparra confirmatoria, essendo ontologicamente legata a un altro contratto, deve necessariamente essere compresa in relazione a quest'ultimo. Le questioni afferenti alla struttura, alla causa e alla forma stessa della caparra non possono dunque prescindere da un'analisi che tenga in considerazione e si misuri con il contratto principale al quale questa acceda, in modo particolare qualora questo si configuri come un negozio per il quale la legge prescrive una determinata forma *ad substantiam actus*.

Ciò posto, una corretta ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. - e segnatamente, del suo elemento formale - si rivela del tutto necessaria anche sotto un ulteriore aspetto, che consiste nella distinzione logica e dogmatica della caparra confirmatoria da quegli istituti giuridici che con questa condividano taluni profili: si tratta, insomma, di analizzare quelle fattispecie concrete che all'apparenza siano riconducibili al meccanismo proprio dell'art. 1385 c.c. ma che, ad un esame più attento, se ne differenziano per struttura e funzione. Una tale chiarezza concettuale non solo è richiesta per mantenersi fedeli al - seppur necessario - rigore e all'ordine logico-giuridico tra le diverse categorie dell'ordinamento ma, a ben vedere, questa si rivela anche utile e necessaria per l'interprete e l'operatore giuridico, i quali potranno così avere a propria disposizione gli strumenti per affrontare e risolvere con maggiore facilità i casi pratici che si presentino alla loro attenzione.

Il tema del formalismo negoziale relativamente all'art. 1385 c.c. si pone quindi in maniera duplice (e così si procederà nel suo approfondimento): sotto un primo profilo, che potrebbe essere definito statico, la questione investe, il tema della forma *tour court* - considerato il silenzio del dettato legislativo - sia al fine di individuare la portata e il significato dell'elemento formale, sia per distinguerla dagli altri elementi della fattispecie (in particolare, dalla consegna); per quanto concerne al contrario il secondo profilo, che in contrapposizione al primo potrebbe

contratto, diretto da V. Roppo, V, Rimedi-2, a cura di V. Roppo, Milano 2006, 357.

qualificarsi come dinamico, il rapporto della caparra con il formalismo negoziale finisce per coinvolgere anche il contratto principale cui essa inerisce: specificatamente, il problema emerge ogni volta che la caparra si accompagna a un contratto per il quale la legge prescriva, ai sensi dell'art. 1350 c.c., una determinata forma *ad substantiam*. Questo secondo aspetto potrebbe essere affrontato anche in maniera empirica, prendendo le mosse dall'osservazione della prassi degli affari e, in particolare, quella del mercato immobiliare, dove sovente si assiste al pagamento di somme tra le parti contraenti, ovvero da una delle due parti a un soggetto terzo che interviene nella vicenda negoziale (solitamente il mediatore immobiliare), prima ancora che sia stato formalmente stipulato il contratto principale (in merito al quale le parti raggiungono un'intesa meramente verbale), e di tali versamenti è evidentemente necessario determinare la natura nonché la disciplina giuridica, tanto nella normale ipotesi di conclusione del contratto, quanto, soprattutto, nella ipotesi di uno sviluppo patologico della vicenda, che non si traduca nel perfezionamento del contratto principale. È evidente come in queste fattispecie concrete sia rilevante qualificare il versamento di denaro che sia stato effettuato tra le parti, al fine di stabilire se questo possa essere sussunto sotto l'art. 1385 c.c., nonché determinare il valore che gli stessi paciscenti abbiano attribuito a tale versamento, nel senso di stabilire, da un lato, se essi abbiano effettivamente deciso di regolare i loro rapporti secondo le regole proprie della caparra confirmatoria e, dall'altro, di accertare se il meccanismo caratteristico di quest'ultima (costituito dalla possibilità del recesso e dell'incameramento della caparra) possa davvero essere invocato, nonostante il mancato rispetto delle formalità richieste dalla legge.

Si comprende pertanto come un'adeguata riflessione circa la forma della caparra confirmatoria non sia una vana speculazione dottrinale in relazione a una tematica già esaustivamente (non) affrontata dal legislatore e sufficientemente trattata dai commentatori, né tanto meno possa dirsi che questa rimanga assorbita dall'analisi dell'elemento materiale della consegna, in quanto basta volgere uno sguardo alla pratica degli affari per realizzare quanto sia importante la sussunzione delle diverse fattispecie concrete nelle categorie giuridiche, non solo al fine di evitare confusione tra gli istituti, ma anche per rispondere alle esigenze avvertite dalle parti le quali, impiegando (ovvero credendo erroneamente di impiegare) gli strumenti offerti dall'ordinamento, mirano alla realizzazione e attuazione dei loro interessi economici.

2. La struttura della caparra confirmatoria

Prima di procedere con l'analisi di alcuni degli aspetti più rilevanti della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c, ai fini del presente lavoro di ricerca si ritiene doveroso e necessario affrontare il tema relativo alla struttura dell'istituto, al fine di accertare se la caparra costituisca una semplice clausola del contratto cui inerisce ovvero se, nonostante presupponga l'esistenza di un negozio c.d. principale, sia dotata di una propria e autonoma configurazione giuridica. La questione deve essere esaminata per un duplice ordine di motivazioni: in primo luogo, a causa del silenzio del dettato legislativo, dal momento che l'art. 1385 c.c. mette in risalto l'elemento della dazione reale ma nulla specifica in riferimento alla struttura della caparra. Secondariamente, la corretta determinazione della struttura della caparra è di primaria importanza non solo per una questione di rigore metodologico e dogmatico nell'analisi di una fattispecie giuridica, ma soprattutto per il suo collegamento e la sua incidenza rispetto ad altre importanti questioni, quali la forma della caparra medesima, la ricostruzione del suo elemento causale e la distinzione concettuale da altre figure affini⁸².

2.1 La tesi che configura la caparra confirmatoria come clausola accessoria

La fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. è stata da molti Autori ricondotta alla categoria giuridica della clausola accessoria rispetto al contratto principale stipulato dalle medesime parti che effettuano la dazione (e quindi anche la ricezione) della caparra: il *tradens* e l'*accipiens* sottoscrivono, dunque, un regolamento contrattuale nel quale prevedono, tra le molte clausole che lo compongono, che sia eseguito il versamento di una somma di denaro – o di una quantità di cose fungibili – dall'una all'altra, al fine di rafforzare il vincolo contrattuale e le obbligazioni che dallo stesso discendono⁸³. Una simile ricostruzione, se accettata, comporta due rilevanti

⁸² Come nota anche G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 22, l'indagine che coinvolge la struttura della caparra, se da un lato “contribuisce a rendere più rigorosa e completa la ricostruzione dell'istituto [e] comporta la specificazione della fattispecie”, dall'altro “investendo il problema relativo all'autonomia della caparra rispetto al contratto (principale) a cui è connessa, importa anche la soluzione di altri essenziali questioni: prospetta, cioè, il problema relativo ai rapporti che legano la caparra a tutti gli altri schemi e fattispecie negoziali [...]; impone, inoltre, l'analisi degli effetti della caparra, avuto riguardo alla funzione che la stessa è chiamata ad assolvere”.

⁸³ Di questo parere F. MESSINEO, *Il contratto in genere. I*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, 1, Milano 1968, 217, il quale perfino ritiene “macchinosa” l'idea che la caparra debba sempre configurarsi come un contratto da affiancare a quello principale; nello stesso senso anche F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova 2009, 520, il quale rinviene proprio nell'essere la caparra clausola del contratto principale come tratto distintivo rispetto alla clausola penale. In giurisprudenza, cfr. Cass. 22 aprile 1958, n. 1326, in *Riv. Foro it.*, 1958, voce *Obbligazione*, 216: “[...] la caparra è, normalmente, elemento accidentale del negozio: se essa sia stata prevista dalle parti al momento della conclusione del contratto, diventa elemento integrante del loro consenso e, quindi, è necessario che su questa sia raggiunto l'accordo perché il contratto possa dirsi perfetto”; Cass. 6 giugno 1983, n. 3856, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, 189, con nota di FUSARO; v. anche App. Roma, 9 dicembre 1955, in *Giust. civ. mass.*, 1955, 1244, per la quale la caparra

conseguenze: innanzitutto, ai fini della valida costituzione del vincolo contrattuale, è necessario che le parti raggiungano l'accordo anche circa la caparra, poiché il contratto può dirsi concluso solo nel momento in cui le parti si accordano su tutte le clausole del regolamento negoziale (a prescindere da una valutazione nel merito circa la natura essenziale o secondaria delle stesse)⁸⁴; quando poi ci si interroghi sulla forma che debba assumere la caparra, la risposta andrà rintracciata alla luce del contesto in cui la stessa si inserisce, ossia il contratto principale: se la caparra è clausola di quest'ultimo, come tutte le altre previsioni nello stesso contenute, dovrà necessariamente rivestire la forma (eventualmente) prescritta per il medesimo. Se dunque il contratto nel quale viene inserita la previsione della dazione di una caparra rientra tra quelli per i quali la legge prevede la forma scritta *ad substantiam*, logicamente e necessariamente tale sarà anche la forma della clausola relativa alla clausola.

Questa soluzione così semplice e lineare diventa tuttavia più complessa qualora si consideri che, all'interno del regolamento negoziale, è possibile individuare elementi necessari ed elementi accessori, aventi un diverso 'peso' in

costituisce un "elemento accidentale" del contratto cui accede; più recentemente, Cass. 24 aprile 2013, n. 10056, in *Corr. giur.*, 2013, V, 643: "La caparra [...] è dunque, come noto, una clausola che ha lo scopo di rafforzare il vincolo contrattuale".

Per quanto concerne, più in generale, la definizione di clausola, questa identificherebbe una determinazione della volontà, semanticamente autosufficiente (v. A. CATAUDELLA, *I Contratti. Parte generale*, Torino 1990, 66; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, II ed., Torino 2006, 948 ss.) e non ulteriormente frazionabile (v. C. GRASSETTI, voce *Clausola (clausola del negozio)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, 184 ss., che, accanto alla definizione di clausola quale imperativo giuridico inscindibile del negozio, affianca altre due interpretazioni, ossia quelle di clausola come proposizione del negozio e quale comando eteronormativo). Non condividono quest'ultima impostazione R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Milano 2016, 78, per i quali la clausola contrattuale è identificabile come sia "un complesso di regole tali da potersi ulteriormente frazionare" sia "un elemento espresso del regolamento espresso con un aggettivo o un avverbio"; in questa prospettiva, "qualsiasi elemento del regolamento è una clausola. Clausola è il termine con cui chiamiamo una componente della dichiarazione contrattuale, di dimensioni più ridotte di quanto sia l'indicazione dell'intera prestazione posta a carico di una parte" (*ibidem*).

⁸⁴ Cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ. a cura di magistrati e docenti*, libro IV, tomo II, Torino 1967, 38 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, II ed., Milano 2002, 61; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III*, III ed., Milano 2002, 228; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, 107. La giurisprudenza conferma sostanzialmente tale indirizzo (cfr. P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano 1968, 210 ss.) ma vi sono anche pronunce apparentemente discordanti con la soluzione indicata, nelle quali si afferma, al contrario, che "[i]l contratto non è perfezionato fino a quando non si è concluso su tutti gli elementi principali ed accessori" (Cass. 25 ottobre 1965, n. 2234, in *Giur. it.*, 1966, 411) ovvero fino a quando l'accordo non sia stato raggiunto sull' "intero contenuto del contratto, sia nei suoi aspetti essenziali che in quelli non essenziali" (Cass. 27 novembre 1963, n. 3044, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 194). Per superare l'impasse, come nota E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano 2007, 82, "ciò che conta, in definitiva, ai fini della conclusione del contratto, è la comune consapevolezza del valore impegnativo dell'accordo raggiunto, indipendentemente dalla quantità di contenuto elaborato dalle parti; si tratterà, in concreto, di interpretare la volontà dei contraenti e, a tal fine, verrà in discussione, in particolare, la condotta complessiva da questi tenuta (art. 1362, secondo comma, c.c.)".

relazione alle prescrizioni formali: ecco perché è doveroso interrogarsi sul contenuto contrattuale che debba rivestire la forma prescritta, al fine di delimitarne chiaramente il perimetro⁸⁵. La dottrina, infatti, ha sempre tracciato, da un lato, una distinzione tra contenuto minimo e contenuto effettivo del contratto, intendendo con il primo “il complesso dei requisiti essenziali del contratto idonei ad identificare lo schema tipico”⁸⁶, mentre il secondo indica genericamente tutte le clausole, sia esse principali e secondarie, essenziali ed accidentali, che concorrono alla formazione del regolamento contrattuale⁸⁷; dall'altro, ha sostenuto che il requisito formale attenga solo al contenuto minimo e che, pertanto, il contratto sia valido anche qualora alcune clausole – quali quelle relative al tempo e alle modalità di esecuzione - non abbiano una veste formale⁸⁸. Seguendo questa impostazione, la caparra finirebbe necessariamente per essere sempre qualificata come contenuto effettivo del contratto, in considerazione della sua natura costitutiva e non già meramente esecutiva, che propriamente la differenzia dalle figure affini⁸⁹.

⁸⁵ Così M. GIORGIANNI, voce *La forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, 1005, distingue tra “un contenuto essenziale ed un contenuto accessorio, nel senso che solo per il primo dovrebbe esigersi il requisito di forma prescritto dalla legge, mentre l'altro incontrerebbe solo il limite di prova degli artt. 2722-2723 c.c.”. Lo stesso Autore nota, peraltro, come questa classificazione sia un falso problema, là dove le parti, alla luce dei loro interessi personali, considerino essenziali tutte le clausole del regolamento contrattuale, cosicché “un patto accessorio (condizione, termine, clausola penale) può ricevere l'accennata disciplina” (*ibidem*).

⁸⁶ S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, CXVI, I, 2004, 125. Per F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2007, 921, il contenuto effettivo “si identifica con l'insieme delle pattuizioni concretamente concluse di volta in volta dai privati, in base al potere di autonomia, mediante aggiunta di clausole particolari allo schema tipico previsto dalla legge, schema che, a sua volta, coincide con il contenuto minimo”.

⁸⁷ Con una formulazione leggermente diversa, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 223 ss., individua gli elementi essenziali con “quelli che identificano l'operazione, e senza i quali l'operazione non sarebbe identificabile [ovvero] l'oggetto, cioè le attribuzioni patrimoniali dedotte nel contratto; e la causa, cioè la ragione delle attribuzioni”. Gli elementi non essenziali sono, invece, quelli la cui mancanza non influisce sulla validità del contratto (come ad esempio le modalità di consegna della cosa venduta o di pagamento del prezzo, che possono anche non essere indicate dalle parti senza che ciò determini l'invalidità del contratto).

⁸⁸ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 921. In giurisprudenza è pressoché unanime l'orientamento che limita l'estensione del requisito della forma scritta *ad substantiam* solo agli elementi essenziali del contenuto: *ex multis*, v. Cass. 24 giugno 1982, n. 3839, in *Giur. civ.*, I, 1, 1983, 553: “La necessità della forma scritta *ad substantiam* prescritta per il contratto avente ad oggetto il trasferimento o la promessa di trasferimento di bene immobile, non si estende agli elementi non essenziali del contratto stesso, come quelli inerenti alle modalità di esecuzione: pertanto il termine fissato nel preliminare per la stipula del rogito può essere prorogato con un accordo privo della suddetta formalità”. La posizione della giurisprudenza si fonda “sulla necessità che la volontà diretta alla conclusione di un certo contratto venga manifestata in una determinata forma; donde, il requisito formale non si estende fino a ricomprendere quegli elementi del regolamento contrattuale che non rilevano rispetto alla volontà negoziale delle parti [...] vuoi perché anche senza di essi il contratto sarebbe stato pienamente valido ed efficace, vuoi perché essi non riguardano il momento della conclusione ma presuppongono un contratto già concluso” (A. LISERRE, *La forma in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, t. III, Torino 1999, 424).

⁸⁹ In modo particolare, in ciò risiede la differenza tra la caparra confirmatoria e l'acconto: come nota E. PROTETTI, *Clausola penale e caparra*, in *Enc. forense*, II, Milano 1958, 231, l'evoluzione storica e giuridica dell'originaria *arrha confirmatoria* ha fatto sì che questa modificasse la propria natura e funzione, e che si distinguesse così dall'acconto “che è un anticipato adempimento parziale

Ad un'analisi più attenta si scopre, in verità, che il binomio contenuto minimo-contenuto effettivo finisce per rivelarsi sterile nel tentativo di spiegare l'operare delle prescrizioni formali; più idonea si rivela, piuttosto, l'idea che debbano considerarsi formali tutte quelle clausole che siano in grado di “incidere sulla vicenda effettuale in funzione della quale il requisito di forma è stato prescritto”⁹⁰. In altre parole, si tratta di abbracciare una visione funzionalistica e teleologica delle clausole contrattuali, anche perché se è vero che tutti gli elementi essenziali devono essere formali, è ben possibile che vi siano elementi non essenziali ma condizionanti la validità del contratto⁹¹. Questo approccio pare più corretto non tanto perché non esclude *a priori* la rilevanza anche di clausole contrattuali accessorie o a contenuto meramente esecutivo, quanto piuttosto perché si presenta come più attento ai concreti interessi perseguiti dalle parti, dal momento che le prescrizioni di forma previste *ex lege* sono sempre finalizzate alla produzione di determinati effetti tipici che le stesse parti intendono perseguire. In questo modo, è logico dedurre che gli oneri formali non debbano estendersi a quelle clausole che non prevedono e non comportano la produzione di siffatti effetti e che quindi si allontanano dallo schema causale (astratto) del tipo contrattuale.

L'opzione ermeneutica a favore di una caparra confirmatoria come clausola contrattuale dovrebbe, dunque, seguire questo tipo di ragionamento per giungere alla formulazione di una risposta al quesito di partenza: non tanto valutarla alla luce del suo carattere essenziale o secondario, quanto piuttosto comprendere il ruolo della stessa all'interno del regolamento contrattuale, alla luce della causa propria di quest'ultimo. La clausola di caparra, in altri termini, dovrebbe sempre soggiacere alle prescrizioni formali dettate per il contratto principale ogni volta che essa comporti la produzione di effetti rientranti nella funzione perseguita dalle parti con la stipulazione del contratto principale: nel caso più immediato di una vendita immobiliare, si può affermare che la clausola che preveda la dazione di una caparra rientri nello schema causale del regolamento contrattuale, in quanto

della prestazione”.

⁹⁰ S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto*, cit., 126.

⁹¹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 224, che a titolo esemplificativo considera il patto di non concorrenza del dipendente (soggetto a forma scritta *ex art.* 2125 c.c.) che delimiti il contenuto dell'obbligo di astensione e definisca il corrispettivo a suo favore: se le parti si limitassero a mettere per iscritto questi elementi (che sono idonei ad identificare l'operazione nel suo complesso), definendo solo oralmente i limiti di tempo e di luogo, la prescrizione di forma non sarebbe osservata in quanto i limiti di tempo e di luogo dell'astensione - nonostante siano elementi non essenziali - sono richiesti a pena di invalidità dell'atto. In tal senso anche A. LISERRE, *La forma in generale*, cit., 424, per il quale il problema deve essere “affrontato e risolto sul piano della c.d. causa in astratto [...] e non su quello della causa in concreto” in quanto “solo rispetto alla prima nozione è possibile distinguere concettualmente elementi essenziali ed elementi accessori”.

teleologicamente ordinata alla produzione dell'effetto traslativo dedotto nel contratto (e che costituisce l'obbligazione principale del medesimo)? In realtà, ad una analisi più attenta, si comprende che nella domanda stessa si annida l'equivoco di fondo: la caparra, in sé considerata, non ha propriamente un effetto traslativo, e la sua fattispecie è ontologicamente deputata ad altra funzione⁹². Quindi l'errore si situa alla base del discorso, nel momento in cui si qualifica la fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. come una clausola del contratto: quando si adotti questa impostazione, il problema relativo alla forma della caparra finisce inevitabilmente per spostarsi sul negozio concluso dalle parti, al fine di valutare se la caparra in quanto clausola sia conforme all'effetto previsto da quest'ultimo; in caso di risposta negativa (come è ragionevole supporre, considerate la struttura e la funzione dell'art. 1385 c.c.), non sussisterebbe alcun onere formale, nonostante il contratto sia uno tra quelli indicati dall'art. 1350 c.c.

La risposta cui si giunge, sebbene possa essere condivisibile nella sostanza, è tuttavia viziata nel suo procedimento di formazione, perché la premessa maggiore è, a nostro parere, scorretta: sposare la tesi che configura la caparra confirmatoria come una clausola accessoria del contratto cui accede si rivela, come si avrà modo di dimostrare nelle pagine che seguono, un'opzione ermeneutica debole sotto molti profili, nonché insufficiente nel comprendere la vera natura della fattispecie⁹³.

2.2 La tesi che configura la caparra confirmatoria come contratto reale

⁹² Non è un caso che la giurisprudenza, rispetto ai contratti con effetti reali su beni immobili, abbia sempre individuato come elementi essenziali del contratto, che attengono al suo contenuto minimo e che individuano l'effetto proprio dello stesso, oltre che nella causa, nel prezzo e nel bene oggetto del trasferimento (Cass. 14 febbraio 1964, n. 324; Cass. 7 giugno 1966, n. 1495; Cass. 18 maggio 1967, n. 1408; Cass. 27 novembre 1986, n. 6990; Cass. 26 giugno 1987, n. 5641, in *Vita not.*, 1987, 716), nonché nella identità delle parti contraenti (v. Cass. 9 giugno 1971, n. 1708, in *Foro it.*, 1971, I, 2792), ma non nella caparra.

⁹³ Per questi motivi si ritiene non condivisibile la tesi di D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova 1998, 155, la quale giunge alla qualificazione della caparra come clausola contrattuale riprendendo la ricostruzione teorica proposta da F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412 ss., il quale, partendo dal presupposto che il criterio identificatore dell'esistenza di un negozio unico ovvero di una pluralità di negozi, è la verifica della omogeneità dell'effetto giuridico con riferimento al tipo negoziale, "prescindendo dalla connessione o subordinazione materiale tra le singole conseguenze materiali del negozio", giunge a sostenere che rilevante è l'unitarietà della causa giuridica dell'atto: se questa è suscettibile di considerazione unitaria, unico sarà anche il negozio. Da questa corretta e del tutto condivisibile impostazione, l'Autrice perviene, tuttavia, a delle conclusioni non del tutto corrette, in quanto nega l'autonomia della caparra sulla base della sussistenza di un rapporto di complementarità e di sussidiarietà tra la funzione di questa e quella propria del contratto cui essa accede. La finalità rafforzativa del vincolo creato dal contratto principale, al contrario, è ontologicamente diversa e altra rispetto allo scopo perseguito da quest'ultimo, e non può andare con esso confuso; la causa della caparra solo indirettamente concorre all'adempimento delle prestazioni dedotte nel negozio principale ma in sé e per sé considerata questa è sorretta da una funzione autonoma, di natura appunto confirmatoria e dalla struttura complessa e multiforme, la quale non può ridursi e appiattirsi sulla causa propria del contratto cui la caparra accede.

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza sono al giorno d'oggi orientate nel senso di qualificare la caparra confirmatoria come un contratto, impiegando spesso l'espressione "patto di natura reale" e simili⁹⁴. L'adozione di una tale soluzione, del tutto condivisibile, si giustifica sulla scorta di una più ampia considerazione, la quale conduce ad affermare che la caparra confirmatoria condivide con il contratto in primo luogo la natura patrimoniale⁹⁵; quindi l'oggetto, rappresentato dalla regolamentazione stabilita in maniera implicita dalle parti in relazione alle varie fasi di svolgimento del rapporto contrattuale⁹⁶; la causa, costituita dalle diverse funzioni previste dall'art. 1385 c.c.; e infine la natura negoziale, in quanto essa non può prescindere dall'accordo delle parti⁹⁷. La natura

⁹⁴ V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 193 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge tra le parti*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994, 8. In giurisprudenza, Cass. 7 giugno 1978, n. 2870, in *Giur. it.*, 1979, 22; Cass. 24 aprile 2013, n. 10056, cit.; Trib. Arezzo 18 settembre 2012. Anche la dottrina più recente classifica la caparra confirmatoria tra i contratti reali: cfr. U. PERFETTI, *La conclusione del contratto. Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni, Milano 2016, 55, il quale accomuna la caparra agli altri contratti reali per l'essenzialità della consegna sul piano della costituzione del vincolo, la quale rileva *quoad constitutionem*, al punto da affermare, correttamente, che "se manca la consegna manca il contratto". Ciò non significa, tuttavia, che non vi sia nessun accordo, bensì che lo stesso sia insufficiente ai fini del perfezionamento del vincolo, trattandosi "di una sorta di non autosufficienza quale formante del vincolo". Secondo G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 85 ss., inoltre, "la natura reale della fattispecie è facilmente spiegabile da ciò che essa genera una particolare forma di obbligazione, tipica dei contratti reali: l'obbligazione di restituzione. Dalla dazione della cosa (denaro o *res fungibili*), infatti, sorge il corrispondente obbligo, posto a carico dell'*accipiens*, di restituire (o di imputare) quanto è stato versato a titolo di caparra".

⁹⁵ M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 24, il quale riconduce la natura patrimoniale della caparra alla necessità che essa sia "deputata a regolare le conseguenze che derivano per le parti dallo svolgimento di un rapporto contrattuale, cioè di un rapporto che per sua stessa natura ha carattere patrimoniale". In merito, G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 31, sottolinea come nella caparra "sia riscontrabile una duplice e contrapposta attribuzione patrimoniale (rispettivamente) a vantaggio ed a carico sia della parte che dà, quanto di quella che riceve la caparra stessa. Ciascuno dei contraenti, invero, nel porre in essere la caparra riceve un vantaggio patrimoniale e, contemporaneamente, subisce un sacrificio della medesima natura: 1) la parte che dà la caparra perde la proprietà della cosa (denaro o *res fungibili*) mentre, come equivalente diretto, si assicura una ragione creditoria, il cui valore eccede la cosa data [...]; 2) la parte che riceve la caparra, a sua volta, trae un vantaggio patrimoniale, acquistando la proprietà della cosa versatagli, mentre subisce un sacrificio di egual natura, essendo tenuta – oltre che alla restituzione o alla imputazione, della caparra ricevuta – anche a sopportare le conseguenze proprie della fattispecie".

⁹⁶ L'oggetto della caparra non può mai essere costituito da cose infungibili e la formulazione dell'art. 1385 c.c. si rivela molto più chiara rispetto alla dizione dell'art. 1217 del codice abrogato (nel quale si diceva «ciò che si dà...»); pertanto non solo non sarebbe più configurabile una caparra avente ad oggetto un anello, come era tipico della tradizione romanistica, ma non vi sarebbe neppure spazio per una deroga convenzionale delle parti, alla luce della *ratio* sottesa all'art. 1385 c.c. Per quanto concerne propriamente le qualità dell'oggetto, inoltre, questo deve essere oltre che determinato (come logica conseguenza dell'effetto traslativo), lecito e possibile.

⁹⁷ La natura negoziale deriva dal fatto che dazione trae il suo titolo nella comune volontà delle parti, le quali in maniera concorde riconoscono che il versamento è stato effettuato «a titolo di caparra»; se così non fosse, infatti, la caparra non si differenzerebbe dalle figure che le sono affini, quale l'acconto, la cauzione e la caparra penitenziale. A differenza di quanto previsto dall'art. 1217 del codice civile del 1865, il quale presumeva che il versamento di denaro avvenuto contestualmente alla stipula del contratto principale avesse natura di caparra, gli effetti dell'art. 1385 c.c., in tanto si producono in quanto siano voluti dai contraenti, che sono pertanto tenuti ad esplicitare la loro intenzione. La centralità del consenso è sottolineata da G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 44 ss., in quanto le parti che pongono in essere la caparra rappresentano due diversi centri di interesse, alle loro dichiarazioni di volontà sono applicabili le disposizioni in materia di vizi del consenso e la

negoziale deriva dal fatto che il versamento della somma di denaro ovvero della *res fungibile* deve necessariamente trarre il suo titolo dalla comune volontà delle parti, le quali in maniera concorde riconoscono che il versamento è stato effettuato espressamente «a titolo di caparra»; se così non fosse, infatti, la caparra confirmatoria non si differenzerebbe dalle figure che le sono affini, quale l'acconto⁹⁸, la cauzione⁹⁹ e la caparra penitenziale¹⁰⁰.

caparra sorge solo quando sia stato effettuato lo scambio incrociato delle dichiarazioni (e rispettiva accettazione) delle parti, le quali devono inoltre essere dirette al conseguimento di un fine comune, integrandosi vicendevolmente.

⁹⁸ L'acconto è definibile come “il primo grado di quella progressione per cui uno dei contraenti al momento della conclusione del contratto dà all'altro una parte di quanto dovuto a titolo di anticipato adempimento” (M. DE LUCA, *La caparra, I contratti in generale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, VIII, Torino 2000, 366). L'acconto rappresenta, dunque, un anticipo rispetto alla prestazione dedotta nel contratto solo nel caso in cui si verifichi l'adempimento di quest'ultimo; si deve rilevare, tuttavia, che “l'acconto, pur non essendo versato come la caparra a titolo di cautela ma in conto prezzo e pur costituendo, anziché una misura di rafforzamento, un parziale adempimento preventivo - riveste tuttavia una indubbia funzione di garanzia, come è confermato dal fatto che l'*accipiens* può, se non incamerare, trattenere legittimamente l'acconto stesso, in ipotesi di successiva inadempienza dell'altro contraente, a garanzia del risarcimento dei danni; così come l'ammontare della caparra, allorché al contratto sia dato totale adempimento, deve essere imputato alla prestazione” (N. DISTASO, *I contratti in generale*, II, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino 1980, 1372). Come è facile intuire, la distinzione tra caparra confirmatoria e acconto non è spesso così immediata come potrebbe sembrare in un primo momento; per questi motivi, la giurisprudenza di merito e di legittimità è intervenuta più volte sul tema, offrendo alcune soluzioni pratiche per distinguere, nel caso concreto, se si trattasse dell'uno o dell'altro istituto. Innanzitutto, si è stabilito che nel dubbio circa l'effettiva volontà delle parti, si deve ritenere che la dazione abbia avuto luogo a titolo di acconto o anticipo (Cass. 25 ottobre 1958, n. 3474, in *Giust. civ.*, Rep. 1958 voce *Obbligazioni e contratti*, n. 54; App. Brescia 3 maggio 1956, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1956, 24; App. Palermo 16 luglio 1956, *ivi*, 85; Cass. 3 ottobre 1969, n. 3161, in *Foro it.*, Rep., 1783). In senso contrario a questo orientamento, si ricorda peraltro la pronuncia della Suprema Corte la quale aveva stabilito che la discriminazione deve compiersi “in base alla valutazione autonoma e diretta della comune volontà dei contraenti, non stabilendo la legge alcuna presunzione, né in un senso, né nell'altro” (Cass. 30 dicembre 1968, n. 4090, in *Giust. civ. Rep.*, 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 49). Più di recente, v. Cass. 17 dicembre 1994, n. 10874, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Valore aggiunto (imposta)*, 367: “Ove sussista dubbio sull'effettiva intenzione delle parti, le somme versate anteriormente alla formale stipulazione di un contratto debbono ritenersi corrisposte a titolo di acconto sulla prestazione dovuta in base all'obbligazione principale e non già a titolo di caparra, non potendosi ritenere che le parti si siano tacitamente assoggettate ad una pena civile; ne consegue che, in caso di accertamento, grava sull'accertato l'onere di provare l'asserita funzione di caparra confirmatoria delle somme percepite”.

⁹⁹ La caparra si distingue dalla cauzione poiché quest'ultima svolge una mera funzione di garanzia e non può essere incamerata dal soggetto garantito (cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 228) ma nemmeno dalla parte che l'abbia ricevuta, per non violare il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. (cfr. N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., 1372). In giurisprudenza, cfr. Cass. 18 giugno 1968, n. 2005, in *RGC*, 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, 47: “[...] la somma che, in sede di formazione del contratto, un contraente versa all'altro a titolo di mero deposito cauzionale o di cauzione ha la funzione di garantire, con lo stesso congegno del pegno irregolare, in caso di mancata esecuzione del contratto derivante da fatto imputabile al primo, l'adempimento dell'obbligazione eventuale di risarcimento del danno, che l'accipiente dimostri di aver subito, salva la possibilità di computarla eventualmente nella prestazione in caso di esecuzione. Ricorre invece la figura della caparra confirmatoria ove i contraenti prevedano il diritto dell'accipiente di incamerare la somma in caso di inadempimento dell'altra parte”.

¹⁰⁰ La caparra penitenziale è disciplinata dall'art. 1386 c.c., ai sensi del quale “se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso” e che “in questo caso, il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuta”. Essa pertanto è “il negozio giuridico accessorio con il quale le parti si attribuiscono, unilateralmente o reciprocamente, un diritto di recesso *ad nutum* dal contratto” (M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 115) che in comune con la caparra di cui all'art. 1385 c.c. condivide l'oggetto (denaro ovvero *res fungibili*), il meccanismo del *duplum* e la necessità di un accordo tra le

Si discute inoltre se la fattispecie delineata dall'art. 1385 c.c. abbia natura unilaterale o bilaterale: i sostenitori della tesi secondo cui dalla caparra confirmatoria sorgerebbero obbligazioni a carico di una sola parte, concentrano la loro attenzione sulla unicità della prestazione (la restituzione), poiché “sia che debba restituire, sia che debba imputare, la parte che ha ricevuto la caparra è la sola tenuta, sempre, ad effettuare la prestazione, oggetto della fattispecie contrattuale”¹⁰¹. Altra parte della dottrina, al contrario, sostiene che la caparra confirmatoria – in quanto prodotto di una seria combinata di fattori storici, economici, filosofici e giuridici - è un negozio giuridico bilaterale, dal momento che “derivano da essa obbligazioni in capo ad entrambe le parti del contratto principale”¹⁰². Per questo motivo, pertanto, alla caparra confirmatoria si applica il regime proprio del contratto di tema di validità ed efficacia, nonché la disciplina generale in materia di capacità delle parti contraenti¹⁰³.

Riconosciuta la natura contrattuale della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c., si tratta ora di analizzarne in maniera più approfondita la portata e il significato, dal momento che spesso si registra, per la definizione di caparra, l'impiego di una pluralità di espressioni - come contratto accessorio¹⁰⁴, contratto preliminare¹⁰⁵, contratto o convenzione reale¹⁰⁶ – quasi che fossero sinonimi ed equivalenti, senza

parti - seppure nel senso di voler costituire un patto per il recesso. La marcata diversità strutturale e funzionale dei due istituti non esclude, tuttavia, che in determinate ipotesi vi possa essere una confusione concettuale tra gli stessi, vuoi per la scarsa diligenza delle parti (che usano genericamente il termine caparra, senza alcuna ulteriore precisazione), vuoi per la complessità delle fattispecie concrete. Per questi motivi, come già indicato con riferimento agli istituti dell'acconto e della cauzione, soccorre l'aiuto della giurisprudenza, con l'elaborazione di alcuni criteri di interpretazione oggettiva. Secondo la giurisprudenza prevalente, qualora sussista un dubbio sull'effettiva intenzione delle parti circa la natura confirmatoria o penitenziale della caparra, la somma di denaro (ovvero la quantità di cose fungibili) deve presumersi corrisposta ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1385 c.c. poiché, in assenza di una chiara e inequivoca manifestazione di volontà espressa in tal senso, non si può ritenere che le parti si siano tacitamente assoggettate ad un patto di recesso *ad nutum* (cfr. Cass. 15 maggio 1982, n. 3207, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 209; Cass. 5 dicembre 1988, n. 6577, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 323). Per un'analisi critica della giurisprudenza che tende spesso, senza troppo rigore giuridico, a qualificare la caparra come confirmatoria – anche contro la qualifica di penitenziale adottata dalle parti – v. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 125 ss.

¹⁰¹ M. BELLANTE, *op. cit.*, 90.

¹⁰² M. BELLANTE, *op. cit.*, 24. Nello stesso senso già V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, 193, il quale semmai ritiene che gli effetti suscettibili di scaturire dalla caparra possano essere unilaterali o bilaterali.

¹⁰³ G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 43, per il quale le parti non solo devono avere la capacità contrattuale, intesa come la “piena capacità di intendere e di volere”, ma anche il potere di disposizione della cosa oggetto del trasferimento da un soggetto all'altro, in quanto il soggetto che lo effettua deve essere il titolare del diritto di cui si spoglia, avendone la piena disponibilità.

¹⁰⁴ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 265; M. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di D'Amelio e Finzi, I, Firenze, 1948, 544. Entrambi gli Autori discorrono della caparra quale un contratto accessorio avente carattere reale.

¹⁰⁵ Così Cass. 8 gennaio 1953, n. 18, in *Rep. Foro it.*, 1953, I, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 278; Cass. 27 luglio 1956, n. 2907, in *Rep. Foro it.*, 1956, I, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 100.

¹⁰⁶ W. D'AVANZO, voce *Caparra* in *Noviss. dig. it.*, II, Torino 1957, 896; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, XX ed., Milano 2015,

prestare troppa attenzione alle diverse conseguenze che derivano dall'impiego di una determinata locuzione piuttosto che un'altra; allo stesso tempo si tratta di comprendere quale sia il rapporto della stessa con il contratto principale.

È certamente corretto affermare che la caparra confirmatoria è un contratto avente carattere accessorio, in quanto è funzionalmente collegato ad un altro contratto, in quanto il versamento del denaro o della *res* è strumentale alla realizzazione delle prestazioni dedotte nel contratto principale¹⁰⁷. Le parti in tanto decidono di addivenire ad un patto di caparra in quanto sono consapevoli dell'esistenza di un altro contratto per loro vincolante e che costituisce titolo per la nascita di obbligazioni incombenti sulle stesse¹⁰⁸. È dunque innegabile la sussistenza di un vincolo strutturale tra caparra confirmatoria e contratto principale, ma la natura di questo collegamento deve essere precisata, in quanto quest'ultimo potrebbe essere bilaterale ovvero unilaterale, nonché la nozione di accessorietà potrebbe essere foriera di errori qualora non sia correttamente interpretata. Partendo da quest'ultimo aspetto, infatti, si deve precisare che l'affermazione in base alla quale la caparra confirmatoria ha natura accessoria non implica l'assoluta complementarietà della medesima rispetto al contratto principale, ovvero un suo assorbimento nel contratto: con il patto di caparra, infatti, le parti non mirano a conseguire lo scopo pratico al quale tende il negozio principale, bensì perseguono una distinta finalità, propria e tipica della caparra medesima¹⁰⁹. Questa finalità, peraltro, è sempre la stessa – identificabile nella triplice configurazione

619.

¹⁰⁷ Per la definizione di negozi accessori, cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1949, 307, il quale li definisce come quei negozi “che non possono stare di per sé ma presuppongono altri negozi, a cui sono uniti da un rapporto di dipendenza o di accessorietà”; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, II, Roma 1946, 125 ss., il quale identifica come tratto distintivo del contratto accessorio la “dipendenza logica e giuridica” rispetto a quello principale, la quale ha come conseguenza che il primo deve seguire la sorte di quest'ultimo, “specialmente per quanto ha tratto alla nullità e alla risoluzione”; nello stesso senso anche F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (artt. 1321-1469 cod. civ.)*, III ed., Milano 1952, 252, in quanto il contratto accessorio “dipende logicamente e giuridicamente da un altro, come da una premessa indispensabile” e si caratterizza da quello principale per il fatto che quest'ultimo è, invece, indipendente da un altro.

¹⁰⁸ Cfr. W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 895, per il quale “la convenzione di caparra deve presupporre necessariamente un contratto, per cui non è da parlarsi di caparra nelle promesse unilaterali, pure fonti di obbligazioni al pari del contratto”. Nello stesso senso anche la giurisprudenza: cfr. Pret. Manduria, 20 gennaio 1988, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Contratto in genere*, n. 327, secondo cui “la caparra confirmatoria, pur potendo essere costituita sia prima sia dopo la conclusione del negozio principale, presuppone comunque l'esistenza di tale negozio rispetto al quale è destinata ad assolvere una funzione meramente accessoria”.

¹⁰⁹ È consapevole dell'eventualità dell'equivoco V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 193, al punto da ritenere necessario precisare che “il negozio [principale] non attrae nella propria sfera la caparra, ponendola sul piano dei propri elementi strutturali. La caparra si sostanzia in una fattispecie a sé stante, anche se accessoria nei confronti di quel negozio a causa del collegamento (e non solo funzionale) che si viene a instaurare e appare quindi corretto vedere in quel negozio solo un presupposto (oggettivo) della figura (caparra) che si vuole considerare specificamente”.

dell'elemento causale, corrispondente a una funzione probatoria, ovvero di rafforzamento del vincolo negoziale nonché di preventiva e forfettaria quantificazione del danno, assicurando l'adempimento delle prestazioni contrattuali - a prescindere dalla tipologia contrattuale cui acceda nel caso specifico, tanto che è comune affermazione che la caparra può inerire a qualsiasi contratto (purché a prestazioni corrispettive), rimanendo costante e invariabile la sua causa (così articolata)¹¹⁰. La caparra confirmatoria costituisce, dunque, una fattispecie negoziale autonoma, in quanto autonoma è la sua funzione¹¹¹ che, tuttavia, presenta un innegabile e del tutto particolare collegamento con il contratto cui accede, e la specifica conformazione di tale collegamento merita di essere approfondita. Innanzitutto, è stato affermato che la caparra confirmatoria non potrebbe configurarsi in assenza del contratto principale: questa asserzione permette così di individuare il primo tratto caratteristico del collegamento in parola, qualificandolo come necessario, nel senso che esiste a prescindere dalla volontà delle parti e che inoltre “trova il suo titolo in quella speciale intrinsecità propria della caparra confirmatoria”¹¹². In secondo luogo, si ricorda che è stata individuata l'autonomia causale della caparra nella funzione confirmatoria, motivo per cui si afferma correttamente che caparra confirmatoria e contratto principale tendono alla realizzazione di uno scopo pratico diverso; anche questa statuizione è corretta ma merita una precisazione, proprio alla luce della sussistenza del vincolo che lega i due atti: nonostante la riconosciuta e indiscussa autonomia sul piano dell'elemento causale dell'art. 1385 c.c., e nonostante lo scopo immediato di quest'ultimo vada individuato nella realizzazione di quella finalità composita e complessa che suole definirsi confirmatoria, non si può negare tuttavia che, in via indiretta e mediata, la caparra abbia come risultato anche la realizzazione dello specifico scopo

¹¹⁰ Cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 97: “Se per esempio, la caparra venisse dalle parti posta in essere contestualmente a un contratto di permuta, lo scambio di una cosa con l'altra, che rappresenta la funzione tipica di tale contratto, è assolutamente estraneo rispetto allo scopo pratico perseguito dalla caparra: quest'ultima, infatti, è diretta alla realizzazione della sua funzione confirmatoria [...] che nulla ha di comune con la funzione del contratto di permuta”.

¹¹¹ Cfr. S. MAZZARRESE – I. TARDIA, *Caparra*, cit., 160, i quali correttamente sottolineano come l'autonomia della caparra non venga meno per il semplice fatto che questa venga ad assumere la morfologia di una clausola all'interno del contratto principale, e non quella di negozio a sé stante.

¹¹² S. MAZZARRESE – I. TARDIA, *op. cit.*, 162. In merito alla distinzione tra collegamento necessario e collegamento volontario, cfr. L. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 265, il quale ebbe modo di rilevare che “negli stessi negozi collegati necessariamente il legame può in linea mediata ricondursi all'autonomia dei privati alla quale compete in concreto la scelta degli strumenti negoziali”. E' dunque possibile distinguere tra fattispecie nelle quali il legame è insito negli stessi negozi e, al contrario, fattispecie “in cui i negozi altrimenti indipendenti l'uno dall'altro, si trovano tuttavia ad essere vincolati in vista della pratica destinazione agli stessi imposta. All'una e all'altra categoria si dovrà così far capo [...] per un'adeguata conoscenza delle principali ipotesi di collegamento, e degli effetti che ne conseguono” (R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, 378).

caratterizzante il contratto principale. In altri termini, il rafforzamento del vincolo negoziale quale funzione propria della caparra confirmatoria si realizza attraverso la dimostrazione della serietà dell'impegno assunto dalle parti contraenti (di cui il versamento della somma dal *tradens* all'*accipiens* è segno evidente e tangibile) ed è teleologicamente preordinato ad agevolare l'adempimento delle obbligazioni contenute nel contratto principale¹¹³. Sotto questo profilo, pertanto, tra quest'ultimo e la caparra confirmatoria sussiste un legame di concorso. Infine, l'ultima distinzione che viene solitamente proposta in tema di negozi collegati è quella tra collegamento genetico e collegamento funzionale, intendendo con il primo l'ipotesi in cui un contratto influisce sulla formazione di un altro o di altri contratti; mentre il secondo sarebbe “quello, per cui un contratto acquista rilevanza in quanto opera sullo svolgimento del rapporto che nasce dall'altro contratto”¹¹⁴. Sicuramente si esclude che il legame tra caparra confirmatoria e negozio principale sia genetico, poiché si prescinde dalla contestualità della formazione¹¹⁵; sotto il profilo teleologico, al contrario, come si è appena avuto modo di dimostrare, l'unità (seppur in maniera mediata e indiretta) causale delle due distinte fattispecie finisce per diventare una unità anche economica, dal momento che entrambe, anche se “dirette a conseguire scopi pratici diversi, mirano a realizzare in maniera unitaria un medesimo risultato economico”¹¹⁶. Questo legame viene così definito di tipo

¹¹³ Cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 101: “Prendiamo ad esempio una caparra che sia collegata ad un contratto di compravendita. in questa ipotesi, la funzione cui mira tale contratto consiste nello scambio tra una cosa ed il pagamento di un prezzo, mentre la funzione della caparra è di rafforzare [...] il complesso dei rapporti costituiti dalle parti e, quindi, di assicurare l'adempimento delle obbligazioni del contratto principale. gli scopi pratici cui tendono entrambe le fattispecie sono certamente diversi; ma è altrettanto certo che quello della caparra si prospetta in una posizione sussidiaria rispetto a quella del contratto principale: rappresenta, cioè. una situazione strumentale creata per il conseguimento di quella finalità che è propria del contratto principale”.

¹¹⁴ F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 231. Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile, Fatti e atti giuridici*, II, Torino 1989, 752 ss., che, in tema di collegamento negoziale, propongono una tripartizione tra collegamento genetico, modificativo o estintivo; collegamento funzionale ed effettuale; collegamento misto. Il secondo viene così definito come quel collegamento che “si manifesta non solo nel fatto che uno dei due negozi trova il suo fondamento nel rapporto che è sorto dall'altro, ma, più in generale, nel fatto che gli atti di autonomia privata tendono al perseguimento di un risultato pratico comune”.

¹¹⁵ Nello stesso senso anche S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Padova, 2012, 15: “L'esistenza di questi due contratti dà vita ad una nuova tipologia di rapporto che, modificando la struttura del negozio principale, varia anche con il passaggio delle utilità tra i contraenti e le modalità temporali con cui questo passaggio avviene”.

¹¹⁶ S. CHERTI, *op. ult. cit.*, 103. In questa prospettiva si rivela utile l'analisi offerta da E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, *Riv. dir. civ.*, 2003, I,103, il quale impiega la nozione di causa concreta al fine della qualificazione e ricostruzione del collegamento negoziale: “L'idea della causa in concreto, già valorizzata per definire il profilo della meritevolezza degli interessi e dell'illiceità negoziale, è divenuto nel tempo lo strumento per spiegare e disciplinare la complessità oggettiva degli atti di autonomia, come appunto accade nel caso di collegamento negoziale, ove la pluralità di negozi tra loro collegati è diretta al conseguimento di un risultato unitario che non rappresenta la somma delle singole cause coinvolte nel disegno costruttivo, ma l'unità formale dell'operazione economica voluta dalle parti”.

funzionale, poiché la caparra confirmatoria incide sulla vicenda del contratto principale, opera sul rapporto dallo stesso nascente e si indirizza alla regolamentazione, in maniera unitaria, dei rapporti costituiti dalle parti¹¹⁷.

Come si deduce dall'analisi del terzo tipo di collegamento, la caparra confirmatoria non solo è un negozio accessorio ma pure secondario, e ciò si rivela sotto due distinti profili, in quanto, come conseguenza logica del legame funzionale, le vicende relative al patto di caparra – quali invalidità, inefficacia o la risoluzione – non si ripercuotono sul contratto principale, mentre è sempre vero l'inverso¹¹⁸; la caparra confirmatoria, inoltre, non costituisce elemento che incide sull'efficacia di quest'ultimo; ecco perché suole affermarsi che la accessorietà è di tipo unilaterale, in quanto “fa carico solo alla caparra e non anche al contratto con cui la stessa si riferisce”¹¹⁹.

Le riflessioni fin qui svolte mostrano la complessità della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c., la quale si presenta, da un lato, come negozio giuridico autonomo, dotato di una propria causa, diversa e distinta rispetto a quella propria del contratto principale cui inerisce eppure, dall'altro, risulta inevitabilmente preordinata e strutturata per il conseguimento dello stesso fine pratico del negozio stipulato dalle

¹¹⁷ Cfr. Cass. 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1093: “Il collegamento contrattuale può risultare tipizzato legislativamente [...] o può essere espressione dell'autonomia negoziale; in tale ultimo caso si configura come un meccanismo per il cui tramite le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso non per mezzo di un singolo contratto bensì attraverso una pluralità coordinata di contratti, ciascuno dei quali, pur conservando una causa autonoma, è finalizzato ad un regolamento unitario di interessi, il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non è qui dato da elementi formali quali l'unità o pluralità dei documenti contrattuali o la mera contestualità delle stipulazioni, ma dall'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti dai contraenti”.

¹¹⁸ Per tutti, v. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 108. In giurisprudenza, cfr. Cass. 25 febbraio 2008, n. 4801, in *Contratti*, 2008, 705, la quale ha statuito che la dichiarazione di nullità, con sentenza passata in giudicato, di un contratto preliminare contenente la previsione di una caparra confirmatoria determina il sorgere, in capo al *tradens*, del diritto alla restituzione di quanto versato in quanto “la successiva intervenuta radicale caducazione, per effetto della dichiarazione di nullità, del contratto medesimo hanno comportato il venir meno, con effetto retroattivo, del titolo negoziale giustificante la suddetta corresponsione, con il conseguente diritto della parte che aveva versato la somma ad esigerne la restituzione”, trattandosi di una prestazione oramai “*sine causa*”.

¹¹⁹ G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 107. Ci si potrebbe eventualmente interrogare sulla possibilità che le parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale, decidessero di pattuire espressamente l'essenzialità della clausola contenente la previsione di una caparra confirmatoria, cosicché l'inefficacia che la colpisse determinerebbe l'invalidità del contratto principale ai sensi dell'art. 1919, comma 1, c.c., laddove apparisse manifesto che le parti non lo avrebbero concluso in assenza della suddetta clausola. A parte la scarsa ricorrenza nella pratica delle contrattazioni, qualora ci si trovasse di fronte ad una tale ipotesi, non sarebbe certamente facile, sul piano probatorio, una tale dimostrazione, eppure non si può escludere *a priori* che le parti decidano di esprimere una “essenziale e determinante volontà [...] di preordinare la sanzione privata all'adempimento di un'obbligazione principale [...] qualora sia stato considerato preventivamente del tutto inadeguato il ricorso al risarcimento dei danni”. Tutto ciò presuppone, peraltro, una concezione della caparra quale strumento a carattere prevalentemente sanzionatorio (accostandola così alla clausola penale), che si manifesterebbe nell'ipotesi in cui si verifici l'inadempimento, impostazione che riteniamo di non condividere nella parte in cui l'aspetto sanzionatorio è in contrasto con quello confirmatorio, in quanto “la caparra può avere funzione confirmatoria o penale: non può averle entrambe” (*ibidem*, 82), pena l'impossibilità di identificare l'elemento causale.

parti contraenti, finendo per sovrapporre i due elementi funzionali. La funzione confirmatoria, infatti, in tanto può esplicitarsi in quanto esista un contratto del quale essa tenda a salvaguardare l'adempimento delle prestazioni promesse, pena il difetto della causa quale requisito essenziale del negozio autonomo di caparra¹²⁰. La contraddizione, che c'è e si vede, contribuisce a rendere unica la fattispecie della caparra confirmatoria e costituisce la sua forza, che si basa sullo stretto legame tra le due fattispecie, entrambe autonome ma intimamente connesse.

3. La ricostruzione dell'elemento causale e la corretta qualificazione della consegna

Esaurita la riflessione concernente la struttura della caparra confirmatoria, è ora necessario procedere all'approfondimento di quegli elementi che concorrono a caratterizzare l'art. 1385 c.c. e ai quali si è già accennato nella ricostruzione della caparra confirmatoria quale negozio giuridico, proprio a causa della loro essenzialità e imprescindibilità all'interno della fattispecie, nonché in relazione alla questione che costituisce l'oggetto principale del presente lavoro, ossia la forma del patto di caparra: la causa e la *traditio*. Il tema del formalismo negoziale nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. non potrebbe infatti essere risolto e affrontato in maniera esaustiva e completa se si prescindesse dallo studio dell'elemento causale e dell'elemento materiale, i quali sono necessari e determinanti al fine della corretta individuazione e qualificazione della forma della caparra confirmatoria.

Il discorso può procedere partendo dall'analisi del secondo dei due elementi appena indicati e che, anche agli occhi del soggetto non avvezzo alle categorie giuridiche, si mostra come l'elemento caratterizzante e forse più rappresentativo della caparra confirmatoria, ossia la consegna, quale atto che, nella sua materialità, concorre a connotare l'istituto e che inevitabilmente ne rappresenta il nucleo centrale¹²¹. Approfondire il ruolo della consegna nell'ambito della fattispecie in esame significa, in primo luogo, definirne le caratteristiche strutturali, quindi la natura giuridica, le concrete modalità di attuazione, le differenze rispetto alle figure affini, nonché valutarne la rilevanza all'interno dell'art. 1385 c.c., per poter giungere a stabilire, da un lato, in che rapporto stia con il requisito della forma di cui all'art.

¹²⁰ In questo senso anche S. MAZZARRESE – I. TARDIA, *Caparra* cit., 164, per i quali “nulla sarebbe, quindi, per mancanza di causa, la caparra pattuita indipendentemente da un altro contratto; in tale ipotesi, infatti, non sarebbe ravvisabile alcuna funzione sanzionatoria, vale a dire [...] non sarebbe ravvisabile alcun vincolo da rafforzare, né tantomeno prestazioni da assicurare”.

¹²¹ Ciò non vale a escludere *a priori* una *traditio* simbolica: cfr. *infra*, p. 51.

1325 c.c. e, dall'altro, se davvero essa sia un requisito imprescindibile e necessario ai fini della valida costituzione della caparra confirmatoria.

Innanzitutto si deve premettere che la consegna che caratterizza quest'ultima non è diversa da quella propria dei contratti reali (tra i quali, come si è avuto modo di argomentare nel paragrafo precedente, va certamente ricompresa la caparra confirmatoria), la cui espressa previsione nel codice aveva peraltro sollevato il problema della loro ammissibilità per la (apparente) difficoltà di coordinamento con il principio generale - presente nell'ordinamento giuridico in quanto recepito all'art. 1376 c.c. (seguendo la tradizione inaugurata dal *Code Napoléon*) - espresso dall'antico brocardo *solus consensus obligat*¹²²; nonostante il dettato codicistico, attraverso l'impiego del tempo presente, non lasciasse dubbi sulla volontà di segnare una rottura netta con il passato («il mutuo è il contratto con il quale una parte *consegna*»; «il deposito è il contratto col quale una parte *riceve*», etc.), alcuni interpreti si interrogarono sul significato della realtà (spesso svalutandone la funzione) e sulla legittimità della presenza di contratti per il cui perfezionamento necessitassero non solo del semplice consenso ma richiedessero qualcosa di più, ossia la materiale consegna della *res*, giungendo persino a negarne la stessa natura contrattuale¹²³. Superate le incertezze e le diffidenze, nonché chiarita la portata e l'importanza della categoria dei contratti reali, si è potuto comprendere come questa si collochi in un contesto normativo frutto di una precisa scelta del legislatore del '42, che decide di assegnare alla consegna un ruolo di prima rilevanza, nonché di essenzialità, per alcuni tipi contrattuali, andando così a creare, *a latere* della già nota categoria dei contratti consensuali, quella dei contratti reali, non solo e non tanto per recuperare e rendere omaggio alla tradizione romanistica¹²⁴, ma soprattutto per la loro funzione economica e sociale, enucleando così una diversa classe di contratti caratterizzati da una modalità alternativa di perfezionamento, estrapolando alcuni di questi dalla sfera della consensualità¹²⁵. Una volta

¹²² Secondo L. SOLIDORO MARIUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, Torino 2010, 116 sarebbe necessario distinguere tra principio consensuale (espresso dall'antico brocardo coniato da Pufendorf) e principio consensualistico, poiché il secondo, a differenza del primo, sta a indicare non solo il semplice perfezionamento del contratto bensì l'effetto traslativo immediato della proprietà.

¹²³ Per una sintesi delle diverse posizioni e del relativo travaglio dottrinale, cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, Torino 1999, 4 ss.; R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, I, 502 ss.

¹²⁴ Come insegna lo studio delle categorie storiche, la realtà ha origini lontane, forse ancora più antiche del diritto romano, dove essa aveva “una funzione ben diversa da quella che ha nel diritto moderno, in quanto nel primo essa assumeva il carattere di una forma” (E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova 1953, 189), nonostante anche a Roma fosse necessaria la manifestazione di volontà, “sia pure subordinata e non preminente rispetto alla consegna, della cosa (*lex dationis*)” (*ivi*, 190).

¹²⁵ In questo senso, è corretto affermare che il valore determinante attribuito alla consegna da parte

abbandonata, pertanto, quella concezione secondo la quali i contratti reali costituirebbero “un mero relitto storico”¹²⁶, sprovvisti di una propria ragione giustificativa e, al contrario, si sia riconosciuto che la consegna risponde, all'interno di tutte la fattispecie negoziali in cui è inserita, ad una specifica *ratio* coerente con l'ordinamento giuridico, è dunque possibile affermare che la *traditio* disciplinata dall'art. 1385 c.c. merita un'adeguata comprensione e valutazione nel contesto della stessa fattispecie.

È innanzitutto necessario analizzare, in maniera sintetica e schematica, quali siano i suoi tratti caratteristici: (i) l'essenzialità, nel senso che la consegna determina il perfezionamento del patto di caparra¹²⁷; (ii) l'effetto reale, ossia il passaggio della proprietà della somma o della cosa oggetto della caparra confirmatoria (subordinato alla condizione risolutiva dell'inefficacia del contratto)¹²⁸; (iii) l'ammissibilità di una *traditio* simbolica (*ficta*), o in una *traditio brevi manu* accanto a quella effettiva e materiale; (iv) la necessaria instaurazione di una relazione materiale con la cosa, sebbene quest'ultima possa anche essere di proprietà di un terzo e quindi il *tradens* ne detenga solo il possesso¹²⁹.

Ciò premesso, è quindi necessario procedere con la valutazione e comprensione della “validità ontologica dell'atto”¹³⁰, ossia qualificare la *datio* come

del Legislatore non deriva “da un'acritica trasposizione delle vecchie formule, ma si sia piuttosto impost[o] alla stregua di una consapevole ponderazione degli interessi coinvolti” (cfr. D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, cit., 33 e ss.). Come nota anche F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 22, il principio consensualistico, presente nel sistema giuridico e contenuto nell'art. 1326 c.c., non deve essere esasperato o portato alle estreme conseguenze, ma si deve riconoscere che, in taluni casi, lo scambio di proposta e accettazione non è sufficiente “giacché, oltre al perfezionamento del consenso, occorre altresì la consegna di una cosa, alla quale l'assetto degli interessi, contenuto nel regolamento contrattuale, si riferisce”.

¹²⁶ F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, 38.

¹²⁷ Per l'impostazione tradizionale, nei contratti reali (e quindi anche nella caparra) la consegna è elemento che rileva *quoad constitutionem*, al pari della forma o della causa: *ex multis*, F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 883, per il quale “è chiamato reale quel contratto nel quale l'elemento consegna di una cosa, che, nel sistema contrattuale, attiene di regola alla fase esecutiva, assume un particolare rilievo. Qui la consegna è richiesta [...] per il perfezionamento del contratto”.

¹²⁸ La natura fungibile del denaro e delle altre cose comporta, una volta intervenuta la consegna, la loro confusione nel patrimonio dell'*accipiens*, determinandone l'acquisto automatico della proprietà.

¹²⁹ Per questo motivo si esclude che la cessione di un credito sia sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 1385 c.c., difettando l'immediata relazione materiale con la somma di denaro ovvero con la *res* fungibile oggetto della prestazione, e non essendo attuale e certo l'interesse del cessionario (cfr. V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 194).

¹³⁰ G. BAVETTA, *La caparra*, cit. 22.

mero atto reale¹³¹ o, piuttosto, quale negozio giuridico¹³². Riconosciuta l'importanza della consegna ai fini della costituzione della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c., che assume giuridica rilevanza solo una volta che sia intervenuto il versamento della somma, si deve escludere che questa configuri un atto giuridico *stricto sensu*, a carattere reale, in quanto la sua struttura reale non esclude la possibilità di qualificarla come negozio giuridico, poiché la *traditio* non costituisce un atto isolato e a sé stante, bensì si inserisce in un contesto più ampio dato dall'incontro delle volontà delle parti contraenti di conseguire gli effetti tipici e propri della caparra confirmatoria¹³³. In altri termini, “la volontà dei contraenti [...] si proietta al di là della mera consegna della cosa, indirizzandosi per il conseguimento di una situazione ulteriore, che è espressamente prevista e regolata dall'art. 1385 c.c.”¹³⁴. Ulteriore indice che conduce alla qualificazione della

¹³¹ Questa la posizione assunta da parte della dottrina, in particolare F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 133, dove si legge che, nel caso della caparra, “il contraente compie uno di quegli atti che sogliono chiamarsi «reali» o «effettuali», in antitesi alle dichiarazioni di volontà. Il contraente non dichiara (né comunica) di avere una data volontà, ma dà; la sua è una dazione di cosa; la volontà del contraente è diretta al conseguimento di un risultato immediato”; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma 1946, 167, per il quale “la volontà del contraente non è diretta ad una promessa di dare, ma al conseguimento di un risultato immediato”; C. DI SALVO, *Clausola penale ed istituti affini. Osservazioni sullo “stato di bisogno” di cui all'art. 1448 c.c.*, in *Giur. Cass. civ.*, 1952, 2, 1527. Dello stesso avviso anche P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano 1952, 82 ss., per il quale alla consegna non è collegabile alcun effetto giuridico, in quanto essa costituisce unicamente un elemento della più complessa fattispecie contrattuale.

¹³² Non è questa la sede per trattare in maniera approfondita un tema così ampio e complesso quale la distinzione tra atto e negozio giuridico, pertanto ci si limita a riportare sinteticamente le riflessioni già compiute dagli Autori, i quali hanno riconosciuto e individuato l'esistenza della categoria degli atti giuridici in senso stretto a latere di quella dei negozi giuridici, intesi questi ultimi quali “manifestazioni di volontà diretta ad un fine tutelato dall'ordinamento giuridico” (L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., 36). I primi, al contrario, si differenziano dai secondi per l'assenza non di una qualsiasi volontà (in quanto anch'essi sono certamente fatti volontari), ma di una volontà diretta ad un fine specifico tutelato dall'ordinamento; inoltre, gli atti giuridici in senso stretto non necessitano né del requisito formale né di quello causale (cfr. *ivi*, 40). In merito, le parole di V.M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano 1940, 23, sono chiarissime: “Nel sistema degli atti giuridici, la volontà, di fronte all'ordinamento giuridico, acquista rilevanza diversamente nel negozio e nell'atto giuridico in senso stretto: nel negozio giuridico essa costituisce l'elemento determinante e fondamentale e particolarmente si pone, oltre che come diretta all'atto, come contenuto dell'atto stesso”. Nello stesso senso v. anche F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1959, 124, il quale coglie l'essenza del negozio giuridico in una “volontà [...] determinante degli effetti”, in quanto “non solo l'azione è voluta come negli atti giuridici in senso stretto, ma l'azione è espressione di una volontà diretta ad uno scopo e come tale è giuridicamente rilevante”. Per riprendere, infine, la terminologia impiegata da F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, *passim*, “nel negozio la legge rende rilevante l'evento psichico, laddove nel mero atto giuridico essa rende rilevante solo l'evento fisico”.

¹³³ In tal senso anche V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 193, il quale rileva che “considerando la struttura della fattispecie nella sua interezza, deve riconoscersi che la dazione della cosa, di cui parla l'art. 1385, comma I, c.c., rappresenta solo uno degli elementi e che, particolarmente, la caparra consiste in un negozio giuridico bilaterale (con dazione della cosa) per il raggiungimento degli scopi, tutelati dallo stesso articolo”.

¹³⁴ G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 26. Della stessa opinione anche A. DALMARTELLO, *La consegna della cosa*, Milano 1950, 181 ss., il quale, interrogandosi sul carattere negoziale della consegna, intesa quale duplice volontà (del soggetto che intende attribuire e privarsi del potere di disporre della cosa e del soggetto che intende assumere tale potere) e affrontando in maniera sistematica e dettagliata le possibili obiezioni a questa ricostruzione, giunge ad affermare che “non

consegna come negozio giuridico discende dalla considerazione che la stessa scaturisca da un espresso accordo delle parti: sia il *tradens* sia l'*accipiens* devono avere consapevolezza che la dazione della cosa sia effettuata a titolo di caparra confirmatoria. Il titolo costitutivo di quest'ultima, pertanto, è da ricercare nella comune volontà delle parti contraenti che si traduce materialmente in un atto concreto quale la consegna, non essendo accettabile che una determinazione unilaterale possa validamente costituire il presupposto giuridico per il sorgere della fattispecie della caparra confirmatoria¹³⁵.

La riconduzione della *traditio* nell'ambito della categoria dei negozi giuridici si pone in linea di continuità con quanto già affermato nel paragrafo precedente con riferimento alla natura negoziale della caparra confirmatoria, la quale non può prescindere dall'incontro delle volontà del *tradens* e dell'*accipiens* e della manifestazione di tale accordo: la qualifica della struttura della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. in termini contrattuali è logica e diretta conseguenza della ricostruzione dell'elemento materiale della consegna quale negozio e non quale atto giuridico in senso stretto, da cui consegue successivamente – come già accennato nel paragrafo precedente - la netta distinzione della caparra confirmatoria da altri istituti similmente contrassegnati dal carattere della realtà¹³⁶.

esistono ostacoli d'ordine pregiudiziale alla configurabilità della consegna come negozio”.

¹³⁵ Cfr. W D'AVANZO, *Caparra*, cit., 895. In questo senso, anche la giurisprudenza recente – con particolare riferimento alla distinzione tra caparra e deposito cauzionale – ha ribadito: “La consegna anticipata di una somma di denaro effettuata dall'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 c.c., 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. L'accertamento relativo alla natura del negozio giuridico connesso alla dazione di denaro è riservato al giudice di merito e sindacabile in cassazione solo sotto il profilo del vizio di motivazione” (Cass. 4 marzo 2004, n. 4411, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3).

¹³⁶ La dottrina è unanime nell'affermare che non ogni dazione di somma effettuata da una parte all'altra al momento della conclusione del contratto debba essere qualificata come caparra poiché è necessario riscontrare la manifesta volontà delle parti di costituire un rapporto quale quello disciplinato dall'art. 1385 c.c., in assenza della quale deve escludersi che queste abbiano inteso il versamento della somma nella sua specifica funzione di rafforzamento del vincolo negoziale, nonché di pena civile per il caso di inadempimento. Nelle ipotesi in cui vi sia il dubbio circa la corretta qualificazione della consegna del denaro ovvero della *res fungibile*, si dovrà ritenere che si tratti di “un acconto, una cauzione o, addirittura, il presupposto per il sorgere di una specifica obbligazione” (A. GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale. III. I requisiti del contratto*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Torino 1991, 428). Anche la giurisprudenza ha adottato il medesimo criterio valutativo, e nelle pronunce in materia è ricorrente nonché pacifica l'affermazione che debba risultare espressamente la dazione a titolo di caparra, dovendosi escludere che le parti si siano sottoposte tacitamente a una pena civile, quale appunto è la caparra (Cass. 27 luglio 1956, n. 2907, in *Giust. Civ. Mass.*, 1956, 978). Nel senso che, in ogni caso, l'uso del termine caparra non sia vincolante per il giudice, cfr. Cass. 2 luglio 2004, n. 12472, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 4136 e, in maniera analoga, un'altra pronuncia (Cass. 1 aprile 1995, n. 3823, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, 749) ha statuito che, con riferimento ad una fattispecie di contratto preliminare, “la dazione di una somma da parte del contraente, ancorché qualificata come dazione a titolo di caparra, assolve, viceversa, alla funzione di versamento di

Ma vi è di più: la caparra confirmatoria costituisce un negozio giuridico che si connota per un ulteriore elemento, individuabile nell'autonomia causale rispetto al contratto cui la stessa inerisce, e questo consente di mettere in luce la rilevanza dell'elemento causale in relazione alla consegna, in assenza del quale questa sarebbe un mero atto materiale. Da ciò deriva la conclusione che consegna e causa della caparra confirmatoria sono inscindibilmente collegate, in quanto la prima, se non si colorasse della seconda, rimarrebbe un atto giuridico in senso stretto, mentre la causa (che certamente conferisce autonomia al negozio di caparra su un piano diverso e indipendente rispetto a quello proprio del contratto principale) necessita della *traditio* per poter dispiegare i suoi effetti tipici, i quali non sarebbero altrimenti riconoscibili. Il discorso argomentativo finisce così inevitabilmente per spostarsi sul piano della corretta ricostruzione e individuazione dell'elemento causale dell'art. 1385 c.c., che merita a questo punto una propria trattazione.

Come si è già avuto modo di osservare nel capitolo precedente, fin dall'origine dell'istituto nella società ellenica e nella successiva età romana, passando attraverso i secoli del diritto intermedio, per poi giungere alla moderna dottrina giuridica, la *datio* - a differenza dall'altro tratto distintivo della caparra confirmatoria, ossia il diritto di recesso - non soltanto ha sempre rappresentato un elemento imprescindibile per il perfezionamento del *pactum arrhale*, ma nel corso dei secoli ha mantenuto la stretta connessione con la funzione confirmatoria, configurandosi come *signum* dell'avvenuta conclusione di un contratto e, quindi, prova tangibile, concreta ed effettiva della serietà dei contraenti nell'intento di essere parti di un determinato regolamento negoziale. In altri termini, poiché la consegna materiale assolve alla duplice finalità di conclusione del patto di caparra e, allo stesso tempo, di manifestazione dell'importanza del vincolo giuridico assunto attraverso la stipulazione del negozio principale, cui la caparra confirmatoria così costituita accede, ne consegue che l'elemento della *datio* non si esaurisce in una attività materiale ma concorre all'assolvimento delle funzioni proprie della caparra, tra le quali va certamente ricompresa quella di realizzazione (seppur in maniera indiretta e mediata) delle obbligazioni scaturenti dal contratto principale. In ragione di tali considerazioni, per poter correttamente intendere e configurare il versamento del denaro (o di una quantità di cose fungibili) all'interno della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c., la *traditio* deve essere ricostruita in relazione e alla luce della causa propria della caparra confirmatoria medesima, in

acconto sul prezzo e, come tale, da qualificarsi” (A. PISAPIA, *Compravendita di immobile e comportamento delle parti in pendenza della condizione*, in *Contratti*, 2009, 4, 341).

quanto la seconda sorregge la prima e le conferisce una quanto mai visibile e incontestabile rilevanza sia agli occhi delle stesse parti sia a quelli dei terzi¹³⁷.

Il tema della causa della caparra confirmatoria è stato a lungo al centro del dibattito dottrinale della prima metà del XX secolo, in quanto gli Autori avevano spesso posizioni molto diverse con riferimento all'esatta individuazione della funzione che meglio esprimesse l'essenza dell'istituto: vi è stato chi ha sposato la tesi, per così dire, più "classica", sostenendo la funzione di prova dell'avvenuto perfezionamento del contratto principale¹³⁸; chi ha ricostruito la causa della caparra confirmatoria quale anticipata parziale esecuzione della prestazione dedotta in quest'ultimo¹³⁹; chi invece ha inteso l'art. 1385 c.c. come un mezzo di tutela preventiva del credito¹⁴⁰; chi ancora ne ha evidenziato la funzione di misura rafforzativa dell'adempimento¹⁴¹, di coazione psicologica¹⁴² ovvero come strumento di rafforzamento (indiretto) del contratto¹⁴³; chi ha sottolineato il profilo

¹³⁷ Come sottolinea M. GORGONI, sub *art. 1385, Caparra confirmatoria*, in *Commentario del Codice civile*, (diretto da E. Gabrielli), *Dei contratti in generale*, II, a cura di E. Navarretta e G. Orestano, Torino 2011, 1013: "L'elemento funzionale continua a rivelarsi essenziale per cogliere il quid della caparra confirmatoria, di cui appaiono scolpiti nitidamente tanto il carattere polifunzionale quanto l'adattabilità alle modalità esplicative del rapporto principale".

¹³⁸ V. M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 201, cui peraltro aggiunge anche la funzione punitiva e di risarcimento del danno, le quali, insieme, determinano così "un rafforzamento dell'obbligazione principale". Dello stesso parere anche N. DISTASO, *Dei contratti in generale*, cit., 440 ss., il quale, tuttavia, alla funzione propria e originaria della caparra, che precisamente individua nella funzione di prova dell'avvenuta conclusione del contratto, aggiunge altre due funzioni (che sono considerate di importanza principale), quali quella di anticipo della prestazione (ai sensi del brocardo *arra data ut pars pretii*) e di indennizzo preventivo per l'eventuale inadempimento. Secondo l'Autore, risponde "alla normale volontà dei contraenti [...] che le tre funzioni si cumulino, se la caparra è data senza ulteriori specificazioni" in quanto "il rapporto tra le tre funzioni è di regola di collegamento: nel senso, cioè, che queste si fondono insieme, ove una contraria volontà, in forza della sua autonomia, limiti la rilevanza della caparra ad una soltanto delle accennate funzioni; quindi all'acconto e non all'indennizzo, oppure solo alla conferma; nel silenzio delle parti, è perciò necessario applicare l'art. 1385 c.c. nel suo contenuto inscindibile ravvisando il concorso dei tre rilevanti fini".

¹³⁹ M. GHIRON, *Della clausola e della caparra*, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, I, Firenze 1948, 544. Secondo l'Autore, questa funzione (insieme a quella ulteriore di indennizzo preventivo per l'eventuale inadempimento) emerge direttamente dal dettato dell'art. 1385 c.c., mentre la funzione di conferma del contratto, "che probabilmente è quella più tipica della caparra nelle sue lontane origini" e che rivestirebbe ora un ruolo marginale, in quanto "le funzioni principali sono quelle di acconto e di indennizzo", si deduce dall'epigrafe dell'articolo e dalla Relazione al codice civile.

¹⁴⁰ G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1955, 361, il quale inserisce emblematicamente l'analisi dell'istituto all'interno di un paragrafo intitolato "Surrogati preventivi dell'adempimento con diretto potere satisfattivo", in quanto la caparra confirmatoria "assicura in anticipo il risarcimento del danno subito per l'inesecuzione di un obbligo: mette nelle mani del creditore una o più beni sui quali egli potrà direttamente soddisfarsi".

¹⁴¹ D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino 1951, 89; V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 201; recentemente, in tal senso anche E. GIAMMARINO, *Ritenzione della caparra confirmatoria e domanda di risarcimento dei danni secondo le regole generali*, nota a Cass. 4 marzo 2005, n. 4777, in *Contratti*, 2006, 122.

¹⁴² F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 134 e ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano 1959, 586.

¹⁴³ F. MESSINEO, *op.ult cit.*

di sanzione a carattere risarcitorio¹⁴⁴, di congegno negoziale volto ad agevolare il recesso unilaterale e la estinzione del rapporto ed aggiuntivo rispetto ai tradizionali rimedi contro l'adempimento (richiesta di adempimento, risoluzione e risarcimento del danno)¹⁴⁵; e chi, infine, ha sostenuto che la causa della caparra confirmatoria consistesse nell'essere un mezzo di liquidazione anticipata e convenzionale del danno conseguente all'inadempimento di un'obbligazione¹⁴⁶. La dottrina più attenta ebbe già modo di rilevare, tuttavia, che si trattava di un falso problema, in quanto la disperata ricerca di un unico profilo causale dell'istituto si traduceva nella incapacità di cogliere la vera essenza della funzione confirmatoria, la quale era – ed è tutt'ora – in grado di esprimere tutti questi diversi aspetti e, pertanto, di contenere in sé una pluralità di funzioni tra di loro diverse ma parimenti rilevanti, tutte concorrenti a determinare la causa della fattispecie¹⁴⁷. La distinzione tra i diversi profili causali, pertanto, è rimasta anche nella dottrina più recente e viene ancora impiegata forse più per facilitare le esigenze espositive e classificatorie, che non per una concreta corrispondenza alla realtà dei fatti; pertanto si suole ribadire che la caparra confirmatoria svolge la funzione di tutela della parte diligente del rapporto e di rapida composizione dell'inadempimento contrattuale, attraverso il meccanismo del recesso e la determinazione preventiva e forfettaria del danno sofferto¹⁴⁸. Da questo punto di vista la caparra confirmatoria costituirebbe così uno strumento di autotutela privata, cioè un mezzo di difesa stragiudiziale della parte la quale, unilateralmente e senza la mediazione del giudice, reagisce all'altrui inadempimento, sciogliendosi da un rapporto che l'inadempimento della controparte ha reso inaffidabile, ricorrendo alla liquidazione forfettaria del danno subito¹⁴⁹.

¹⁴⁴ A. MARINI, voce *Caparra (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma 1988, 2.

¹⁴⁵ F. TORRASI, *Caparra confirmatoria e rimedi per la parte non inadempiente*, in *Contratti*, 2009, 780, nota a Cass. SS.UU., 14 gennaio 2009, n. 533.

¹⁴⁶ L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1948, 638.

¹⁴⁷ Cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 63, il quale afferma che “la confirmatorietà della caparra, in quanto comprende ed abbraccia [...] tutte le finalità della fattispecie, rappresenta il problema centrale del nostro istituto”.

¹⁴⁸ Cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 6 ss. Anche la Relazione al Codice Civile, n. 633, non lascia spazio a dubbi interpretativi in merito alla presenza di questa funzione: “Ciò che si dà a titolo di caparra, mentre conferma il contratto (per modo che deve essere restituito o computato in caso di adempimento: art. 1385, primo comma, c.c.), facilita le composizioni in caso di inadempimento: infatti l'inadempiente, se l'altra parte non insiste per l'esecuzione o non domanda in giudizio la risoluzione, perde la caparra data o restituisce il doppio di quella ricevuta (art. 1385, secondo comma, c.c.), e questa è certo una composizione spedita”.

¹⁴⁹ Per quanto concerne la definizione del concetto di autotutela privata, cfr. L. BIGLIAZZI GERI, voce *Autotutela II) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma 1988, 1 ss., la quale individua quel presupposto dell'autotutela la lesione, seppur in senso lato, di un interesse giuridicamente rilevante, che si concreti in una lesione effettiva o in una situazione di mero pericolo, a prescindere dall'esistenza di un danno (qualificato come pregiudizio economico in atto), che dunque non costituisce un elemento indispensabile. L'attività di autotutela non è, contrariamente a quanto

La qualificazione della caparra confirmatoria come strumento di tutela aggiuntivo contro l'inadempimento contrattuale, è stata impiegata, soprattutto in ambito giurisprudenziale, per trarne un'ulteriore conseguenza, individuabile nella idoneità della stessa a svolgere una funzione di garanzia per il risarcimento dei danni giudizialmente liquidati, nonostante la lettera dell'art. 1385 c.c. non contenga alcuna indicazioni al riguardo (indicazione che, al contrario, è rintracciabile nella Relazione al Codice Civile)¹⁵⁰. Tale funzione potrebbe preferibilmente intendersi in maniera più generica (ma forse più confacente all'essenza della fattispecie) come mezzo per sottolineare l'idoneità della caparra confirmatoria a rafforzare il negozio principale, al fine di assicurarne e quindi garantirne l'adempimento¹⁵¹.

Come secondo profilo causale, è stato osservato che la caparra confirmatoria svolge la funzione di anticipata parziale esecuzione del contratto, venendo imputata alla prestazione dovuta in maniera analoga a quanto avvenga con il versamento di un acconto¹⁵². Ciò sarebbe sostenibile sia sulla scorta della lettera dell'art. 1385,

potrebbe ritenersi, espressione dell'autonomia privata, bensì è il “risultato dell'esercizio di singoli diritti potestativi, trovanti la propria base nella legge o anche in una previsione pattizia [...] grazie al quale è consentito all'interessato di realizzare se ed immediatamente sul piano stragiudiziale un determinato effetto nella sfera giuridica dell'autore del fatto lesivo”. Alla luce di questa impostazione, l'Autrice individua nella caparra confirmatoria uno strumento di autotutela privata, nell'ambito delle ipotesi - quali gli artt. 1454 e 1456 c.c. - che costituiscono recessi per giusta causa, come previsto dal secondo comma dell'art. 1385 c.c. Dello stesso avviso anche A. RAPPAZZO, *L'autotutela contrattuale*, in *I contratti in generale*, XII, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino 2000, 71 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 551 ss.. Sempre secondo M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 6 ss., la caparra costituisce inoltre uno strumento di autotutela privata di tipo consensuale, attivo (in quanto si concretizza in una condotta positiva volta alla modificazione della situazione giuridica esistente) e reattivo (in quanto interviene non in maniera preventiva ma solo in un secondo momento, quando la lesione sia in corso ovvero tende alla rimozione dell'effetto lesivo prodotto da quest'ultima).

¹⁵⁰ *Ex multis*, cfr. Cass. 14 dicembre 1999, n. 14030, in *Foro it.*, Rep., 1999, voce *Contratto in genere*, n. 462: “In tema di caparra confirmatoria, qualora la parte non inadempiente abbia richiesto, ai sensi dell'art. 1385, terzo comma, c.c., la risoluzione del contratto secondo le regole generali, la caparra conserva la sua funzione di garanzia fino alla conclusione del procedimento di liquidazione dei danni, con conseguente compensazione con il credito risarcitorio, oppure con la restituzione della caparra stessa per mancata prova dei danni”. Così si legge nella Relazione al Codice Civile, n. 633: “La parte adempiente può far valere i suoi diritti in via ordinaria (art. 1385, terzo comma, c.c.); e allora la caparra funziona come garanzia per il recupero dei danni che saranno attribuiti in sede di risoluzione del contratto”. *Contra*, G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 76 ss., secondo cui “se si ammettesse che la cosa data a titolo di caparra serve semplicemente a garantire l'obbligazione (del creditore), non si potrebbe più spiegare la riferibilità degli effetti della fattispecie ad entrambi i contraenti”. La funzione di garanzia sarebbe anche in contrasto con uno degli effetti della dazione, ossia il passaggio di proprietà del denaro o della cosa, poiché la comune nozione di garanzia si sostanzia nel potere di soddisfarsi su un bene e nel vincolo che si impone al bene oggetto della garanzia, a tutela del mancato pagamento del debitore.

¹⁵¹ M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 20: “La caparra confirmatoria, tuttavia, si trova a svolgere una funzione di garanzia vera e propria nel caso di inadempimento del *tradens*, allorché al pari di una cauzione, vincola la somma ricevuta al soddisfacimento del credito risarcitorio dell'*accipiens*, sia che questi receda dal contratto (art. 1385, comma secondo, c.c.), sia che agisca in via ordinaria (art. 1385, terzo comma, c.c.). Nel primo caso la caparra viene direttamente incamerata dall'*accipiens*, in quanto esattamente coincidente con il risarcimento concordato in via forfettaria dalle parti; nel secondo caso essa è invece provvisoriamente trattenuta in attesa della quantificazione dei danni da parte del giudice e successivamente incamerata per la misura corrispondente”.

¹⁵² Cfr. Cass. 23 agosto 1997, n. 7935, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 429: “La

comma 1, c.c., sia per continuità con la tradizione storica dell'istituto, nonché sarebbe del tutto in linea con il significato che le parti comunemente attribuiscono alla caparra (al punto che spesso, nella prassi, è difficile distinguere se le parti abbiano voluto versare una caparra o piuttosto un acconto)¹⁵³.

Infine, alla caparra confirmatoria si attribuisce una funzione di prova dell'intervenuto perfezionamento del contratto principale. Questa è certamente dovuta alla genesi storica dell'istituto, la cui persistenza attraverso i secoli sarebbe provata dalla stessa denominazione; nella realtà contemporanea dei traffici giuridici si deve tuttavia riconoscere che questa funzione è venuta meno poiché, da un lato, il *tradens* costituisce una prova documentale dell'avvenuto pagamento pretendendo dall'*accipiens* il rilascio di apposita quietanza, nella quale spesso è contenuto il riferimento sia al titolo sia alla dazione¹⁵⁴; dall'altro, la stessa consegna, in quanto atto reale che si manifesta nel mondo esterno in tutta la sua materialità, agevola la prova non solo della caparra ma anche della conclusione del contratto principale.

La rapida analisi delle diverse funzioni potenzialmente attribuibili e riconducibili alla caparra confirmatoria costituisce un passaggio fondamentale per approdare ad una riflessione di sintesi sull'elemento causale dell'art. 1385 c.c.; non si può negare, infatti, che tutte le diverse finalità individuate dagli autorevoli commentatori contribuiscono ad evidenziare altrettanti particolari e diversi aspetti rintracciabili nell'istituto, quali il rafforzamento dell'obbligazione principale, ovvero la questione afferente il risarcimento del danno, l'esigenza di garanzia e di certezza dell'adempimento, nonché la prova dell'avvenuta conclusione del contratto principale. Per questi motivi, sembra che il migliore approccio alla delicata questione della individuazione della causa della caparra confirmatoria consista nel prendere atto dell'esistenza di una molteplicità di funzioni che, prese singolarmente, forniscono una visione inevitabilmente parziale e insufficiente dell'art. 1385 c.c. ma

consegna anticipata di una somma di denaro effettuata dall'uno all'altro dei contraenti al momento della conclusione di un negozio ha natura confirmatoria qualora risulti che le parti abbiano inteso perseguire gli scopi di cui all'art. 1385 c.c., attribuendo all'anticipato versamento non soltanto l'obiettiva funzione di anticipazione della prestazione dovuta, ma anche quella di garanzia e di rafforzamento del vincolo obbligatorio, così che, distinguendosi le due funzioni soltanto rispetto alla destinazione finale della somma versata, questa, in caso di esatto adempimento, verrà imputata in conto prezzo, mentre, nell'opposta ipotesi di inadempimento, verrà ritenuta dalla parte non inadempiente (ovvero richiesta nella misura del doppio), previo esercizio del diritto di recesso, a titolo di liquidazione anticipata del danno (salvo che detta parte non preferisca avvalersi dell'ordinaria azione contrattuale, domandando l'esecuzione in forma specifica o la risoluzione del contratto, con relativo risarcimento del danno)". Nello stesso senso anche Cass. 4 febbraio 1988, n. 1101, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 321.

¹⁵³ Non è un caso che l'art. 250 del Progetto Preliminare del Libro delle obbligazioni qualificasse l'acconto come «caparra confirmatoria impropria».

¹⁵⁴ Cfr. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., 194: "L'aver nelle proprie mani l'altrui dichiarazione d'aver ricevuto una data somma a titolo di caparra, con la menzione del bene compravenduto e del relativo prezzo, equivale ad avere la prova scritta dell'avvenuto contratto".

che, sommate tra loro, si arricchiscono reciprocamente per fondersi in una unità dialettica che le assorbe e alle quali dà valore ed efficacia, rappresentata proprio dalla funzione confirmatoria della caparra¹⁵⁵. Di ciò sembra aver preso consapevolezza la dottrina la quale - in maniera decisamente più unitaria e compatta rispetto alla giurisprudenza - è già da qualche tempo pervenuta alla conclusione che tanto la ricerca della migliore definizione possibile dell'elemento causale della fattispecie, quanto l'enumerazione di tutte le funzioni astrattamente individuabili, siano attività se non inutili quantomeno sterili per la corretta comprensione del funzionamento della caparra confirmatoria, giungendo così a riconoscere all'interno dell'art. 1385 c.c. l'esistenza di una causa camaleontica¹⁵⁶ ed eclettica¹⁵⁷, al punto che anche quanti "ripiegano sulla tesi dell'unicità della funzione [...] sono costretti a giustificarne la complessità"¹⁵⁸. Funzione che, come già affermato, presuppone il compimento di un atto, la consegna, la quale è segno manifesto dell'intenzione delle parti di vincolarsi e dare concreta rilevanza al rapporto principale; in altri termini, la dazione eseguita da un contraente consente di perseguire le tre distinte finalità tipiche della fattispecie di caparra, quali dare prova esteriore dell'avvenuta conclusione di un contratto, rafforzare le obbligazioni assunte in forza di quest'ultimo e realizzare una preventiva e forfettaria quantificazione del danno, che unitariamente costituiscono i predicati del carattere confirmatorio della caparra¹⁵⁹.

Quello che in apparenza pare un mero atto materiale, "amorfo e incolore"¹⁶⁰,

¹⁵⁵ Ritene G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 67 che "la funzione confirmatoria della caparra [...] si articola in due distinti aspetti: quello di esteriore accertamento e quello di rafforzamento del contratto principale; aspetti di una medesima funzione, però: per nulla contrastanti tra loro, anzi integrantisi a vicenda al fine ultimo, che è sempre quello (unitario) di assicurare a ciascuna delle parti l'esatto adempimento delle prestazioni dovute". Sottolinea questo aspetto anche W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 894, che, una volta rilevate le tre funzioni proprie della caparra (di conferma delle convenzione originaria, di anticipazione della prestazione e di servire come indennizzo preventivo all'inadempimento), afferma che il rapporto esistente è di collegamento, "nel senso, cioè, che queste si fondono insieme, ove una contraria volontà, in forza della sua autonomia [...] limiti la rilevanza della caparra a una soltanto delle cennate funzioni, quindi all'acconto e non all'indennizzo, oppure solo alla conferma; nel silenzio delle parti, è d'uopo applicare l'art. 1385 c.c. nel suo contenuto inscindibile e vedere cioè il concorso dei tre rilevanti fini".

¹⁵⁶ G. DE NOVA, voce *Caparra*, in *Dig. civ.*, II, Torino 1988, 241; A. DE PALMA, *La (in)compatibilità della domanda giudiziale di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) con i vari modi di risoluzione del contratto, diversi dal recesso, ex art. 1385, comma 2, c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 333.

¹⁵⁷ Cass. 4 marzo 2004, n. 4111, in *Contratti*, 2004, 987; Cass. 16 maggio 2006, n. 11356, in *Corr. giur.*, 2006, 1216;

¹⁵⁸ M. GORGONI, sub *art. 1385*, cit., 1014.

¹⁵⁹ Secondo M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 18, ciò che caratterizza la caparra confirmatoria è proprio il fatto che essa non persegua "staticamente e contemporaneamente ognuna [della funzioni] bensì alternativamente quella che risulta più adatta a rafforzare la posizione della parte in relazione alle diverse circostanze di svolgimento del rapporto contrattuale".

¹⁶⁰ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, rist., Milano 1969, 69, il quale aggiunge che la consegna della cosa è di per sé inidonea a "esprimere compiutamente il titolo che la giustifica e che essa rappresenta, proprio perché questo titolo, per l'attuale ordinamento, va riportato all'unità

si colora al contrario dell'elemento causale e assume un'autonomia e giuridica rilevanza, costituendo uno degli elementi essenziali che compongono la fattispecie dell'art. 1385 c.c. e non una semplice modalità di esecuzione¹⁶¹. La realtà che contraddistingue la caparra confirmatoria si differenzia, lo si ribadisce, da quella che è pur presente in altre figure affini per un triplice ordine di considerazioni: in primo luogo, non costituisce un mero anticipo della prestazione¹⁶²; secondariamente, nonostante sia funzionalmente preordinata al rafforzamento dell'obbligazione principale del contratto cui accede, è sorretta da un proprio elemento causale; infine, scaturisce dall'accordo delle parti¹⁶³. Il versamento della somma non si configura quindi come un mero atto materiale unilaterale né come un atto meramente esecutivo bensì trae titolo dalla volontà delle parti contraenti di costituire una caparra teleologicamente connessa al contratto principale sottoscritto dalle stesse¹⁶⁴. La realtà propria dell'art. 1385 c.c., a ben vedere, assume rilevanza

del negozio che riassume la totalità dell'affare". Così anche la riflessione di D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, cit., 60 ss., in quanto giustamente nota che la consegna "interviene in una molteplicità di contratti, per gli scopi e in base ai titoli più disparati" ed è questo il motivo per cui quando l'interprete si trova di fronte "a un episodio di consegna, per poter ricavare il titolo su cui si fonda e gli effetti che ne scaturiscono occorre necessariamente indagare la volontà delle parti, risultando il mero comportamento materiale del *tradens* e dell'*accipiens* del tutto equivoco al riguardo". Nello stesso senso anche F. MASTROPAOLO, *Accordo e consegna nei contratti reali*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994, 715, descrive la consegna come "attività materiale e neutra, la cui osservazione non svela se essa sia eseguita *solvendi* o *contrahendi causa*".

¹⁶¹ Ciò che distingue la *traditio* di cui all'art. 1385 c.c. dalle già menzionate figure affini risiede proprio in questo, ossia l'essere la consegna un momento relativo alla fase costitutiva della fattispecie e non a quella esecutiva: cfr. W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 893, il quale, nel confrontare la caparra e la clausola penale, rileva come solo la prima "deriva il suo titolo da un accordo, ossia da una convenzione", e non tenere in debita considerazione questo aspetto ha come conseguenza che "si confonde l'esecuzione con titolo".

¹⁶² Come ricorda F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 135, l'acconto viene dato "in conto prezzo [...] e costituisce, anziché una misura di rafforzamento, un parziale adempimento preventivo, da parte di uno dei contraenti"; la cauzione, al contrario, "funziona direttamente da garanzia". Per quanto concerne il pegno, la differenza dalla caparra risiede nella funzione di garanzia rivestita dal primo (e non satisfattoria), nonché dalla sua inappropriabilità, in quanto "ciò che è dato a titolo di caparra [...] passa necessariamente in proprietà dell'accipiente, mentre ciò che si dà a titolo di pegno regolare (cioè pegno di cosa fungibile) resta di proprietà dell'oppegnante" (*ibidem*).

¹⁶³ Con riferimento al ruolo rivestito dall'accordo nell'ambito dei contratti reali, si deve fare riferimento alla riflessione di A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967, il quale ritiene che "una visuale che si dice moderna, e adeguata all'attuale organizzazione dei rapporti sociali, è da ritenere che [...] è l'accordo, ossia l'elemento programmatico, a rivestire il ruolo primario nello schema laddove la consegna degrada a fatto esecutivo (del primo)". Ciò non significa, tuttavia, che la *traditio* vada concepita come fatto esecutivo *tout court*, bensì che essa costituisce parte integrante di quella che viene definita come la "complessa fattispecie esecutiva dell'atto" e in quest'ultima si inserisce, rendendo materialmente possibile il conseguimento del risultato previsto (ossia il godimento ovvero la custodia della res oggetto del contratto reale).

¹⁶⁴ Come sottolinea G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 68 ss., da un lato la *traditio* "non assume significato specifico se non inquadrata nell'operazione di cui è parte"; dall'altro, il consenso è requisito che è alla base di tutti i contratti, di quelli consensuali quanto di quelli reali: idea che era già apparsa nella riflessione dei giusnaturalisti (in modo particolare di Domat), quando si qualificavano i contratti reali come "*ces sortes d'obligations se contractent par la chose, quoique le consentement y soit nécessaire*". L'importanza del consenso è anche sottolineato, nel più ampio contesto del ruolo della consegna nei contratti reali, da quella dottrina che precisamente ritiene che in questi ultimi il binomio consenso + consegna si sostituisca al principio del nudo consenso (*ex*

non soltanto sul piano strutturale bensì anche sul quello causale, nel senso che la *traditio* costituisce lo strumento idoneo per la compiuta realizzazione degli interessi perseguiti dalle parti¹⁶⁵.

multis, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, IV, 2, II ed., Milano 1966, 105 ss., il quale sottolinea che in tali ipotesi “il contratto non si conclude al solito con l'accordo, ma soltanto al momento della consegna, che non costituisce dunque un mero requisito di efficacia e nemmeno, a scanso di equivoci, un requisito di forma rilevante per la validità del contratto, ma un elemento indispensabile per la sua esistenza”), andando a costituire una fattispecie a formazione progressiva. La consegna, infatti, si configura sempre come “un atto assolutamente spontaneo [...] frutto di una libera scelta delle parti” (D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, cit. 68).

¹⁶⁵ Ribadire la centralità della consegna all'interno della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. solleva necessariamente l'interrogativo se sia possibile fare a meno della stessa, in forza dell'autonomia privata concessa alle parti contraenti, e quindi configurare una variante consensuale della caparra confirmatoria. In altri termini, ci si chiede se la consegna costituisca condicio sine qua non di quest'ultima ovvero se vado piuttosto considerata quale uno tra i vari *naturalia negotia* e, quindi, derogabile dall'autonomia negoziale. La dottrina è divisa sul punto: vi sono Autori che hanno negato l'utilità pratica di una simile ricostruzione, ritenendo che, alla luce della funzione economico-sociale della caparra, questa non sarebbe in grado di svolgere la sua funzione di rafforzamento del contratto cui accede, “in tanto quel proposito ha i mezzi per attuarsi in quanto la res sia stata consegnata” (D. CENNI, *Consensualità e realtà nella formazione dei contratti*, cit., 287). Altra parte della dottrina, al contrario, ha riconosciuto la legittimità di una variante consensuale della caparra, purché la dazione avvenga prima della scadenza delle obbligazioni derivanti dal contratto: cfr. P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 123, che ipotizza la categoria dei contratti reali consensuali; favorevole anche V.M. TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano 1958, 195, il quale, tuttavia, sottolinea la necessità che l'accordo relativo a ritardare la consegna e intervenuto tra le parti “sia diretto al raggiungimento degli scopi previsti nell'art. 1385 c.c. e che la dazione della caparra avvenga nei modi e nei tempi compatibili con il conseguimento di codesti scopi”. Nell'ipotesi in cui, invece, l'accordo di caparra non sia seguito dalla dazione della cosa, la previsione di un obbligo di consegna entro un dato termine, configurerebbe una vera e propria caparra consensuale. In maniera analoga anche F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 526, il quale riconosce la validità di una caparra atipica e consensuale, frutto dell'autonomia contrattuale, sulla base dell'assunto che “la realtà è un *essentiale negotii* solo nei contratti gratuiti, mentre si presenta come un *naturale negotii* nei contratti onerosi”). Sembra essere favorevole anche G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 75 ss., sulla base della considerazione che, seppur non si possa prescindere dalla *traditio*, questa tuttavia “caratterizza il procedimento dei contratti reali [...] assumendo specifico valore di atto conclusivo della sequenza”, mentre le dichiarazioni delle parti sono una tappa antecedente all'interno del suddetto procedimento. In questo modo, si riuscirebbe a superare l'antinomia che tradizionalmente anima il dibattito sui contratti reali - retaggio dell'influenza del dogma del consensualismo - tra consenso e *traditio* e, inoltre, sarebbe pienamente rispettata l'autonomia privata, garantendo la possibilità di “foggiare schemi negoziali che meglio realizzino, al di là degli schemi normativi, l'interesse specifico delle parti”.

La giurisprudenza sembra aver fatto propria la seconda impostazione, sostenendo che: “Sebbene la prestazione della caparra confirmatoria sia di regola eseguita contestualmente all'esecuzione del contratto, le parti possono differirne la dazione, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, ad un momento successivo, purché anteriore a quello stabilito per il pagamento del prezzo” (Cass. 31 maggio 1998, n. 3704, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 316. In maniera analoga, cfr. Cass. 14 aprile 2002, n. 5424; Cass. 13 febbraio 2006, n. 3071; Cass. 9 agosto 2011, n. 17127). Più recentemente la Suprema Corte (Cass. 31 ottobre 2013, n. 24563, in *Giust. civ. Mass.*, 2013) ha ripreso questo orientamento, aggiungendo però una precisazione, nel senso che il differimento della consegna della somma dovuta a titolo di caparra non solo deve essere anteriore alla scadenza delle obbligazioni, ma è necessario che si prevedano “modalità compatibili con gli scopi previsti dall'art. 1385 c.c.”. Nel caso di specie, la funzione di caparra era assolta dalla dazione di effetti cambiari, che venne considerata valida dal Supremo Collegio anche se effettuato successivamente alla stipulazione del preliminare – differendo così la consegna ad un momento successivo alla conclusione del contratto principale - “ma a condizione che la promessa di pagamento contenuta nei pagherò cambiari sia anteriore a quella delle obbligazioni pattuite con il preliminare” (*ibidem*). Si deduce, pertanto, anche dalla lettura delle pronunce giurisprudenziali, che all'interno della fattispecie della caparra la consegna riveste un ruolo imprescindibile e insostituibile, il cui differimento è sì ammesso, ma non estromesso. Alla luce della più ampia riflessione in tema di causa della caparra, si comprende chiaramente come questa funzione confirmatoria (che è l'unica in grado

4. La forma del patto di caparra

Le riflessioni svolte nei paragrafi precedenti tese a individuare la struttura della caparra confirmatoria e a qualificare in maniera corretta il ruolo dell'elemento causale e materiale nell'ambito dell'art. 1385 c.c. costituiscono una tappa necessaria per affrontare un'ulteriore questione relativa alla fattispecie, ossia quella relativa alla forma del patto di caparra: si tratta di valutare, pertanto, quale sia, all'interno della caparra confirmatoria, la rilevanza della forma in senso stretto, intendendosi per essa il requisito indicato all'art. 1325, n. 4, c.c. e che si contrappone idealmente alla nozione di forma in senso lato, quale modalità di esternazione della volontà comune dei contraenti diretta alla costituzione della caparra confirmatoria. Mentre la prima espressione sta a indicare un elemento, si potrebbe dire, occasionale, eventuale e non necessario, dal momento che la stessa previsione codicistica lo richiede solo qualora sia prevista dalla legge a pena di nullità, coordinandosi così con quanto disposto dall'art. 1350 c.c., la seconda, al contrario, costituisce elemento imprescindibile ed essenziale di qualunque atto giuridico, affinché assuma rilevanza nel contesto sociale nel quale si realizza¹⁶⁶. L'indagine sulla forma della caparra confirmatoria implica, pertanto, una riflessione che chiarisca se la fattispecie, ai fini della sua valida costituzione, debba assumere una particolare forma o meno, e quindi se esistano delle prescrizioni - ricavabili dall'ordinamento giuridico - sulle concrete modalità attraverso le quali le parti manifestano la comune volontà di addivenire alla costituzione della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c.; l'interprete è dunque chiamato a interrogarsi se tale volontà debba assumere un

di riassumere in sé tutte le altre) non possa compiutamente dispiegarsi in assenza della *traditio*; anche perché, come correttamente osserva la dottrina più attenta, per verificare se la variante consensuale sia o meno percorribile, è necessario chiedersi se la stessa abbia una utilità pratica, e quindi possa aggiungere qualcosa al modello legale. Sotto questa prospettiva “la risposta sembra essere negativa sulla base della considerazione che [...] la realtà della caparra ha difatti una sua base giustificativa: se mancasse, la caparra non potrebbe rappresentare un indice esteriore e concreto dell'esistenza del contratto principale, né potrebbe costituire rafforzamento di esso” (così M.A. MINCHIELLI, *La caparra confirmatoria*, in *Notariato*, 4, 2002, 408). Anche in commento alla già citata recente pronuncia della Suprema Corte (Cass. 24 aprile 2013, n. 10056, cit.), si osserva come il riconoscimento della possibilità delle parti di accordarsi per differire il momento della consegna della caparra ad un momento successivo alla conclusione del contratto non significhi, tuttavia, che gli stessi “abbiano voluto riferirsi alla versione consensuale di un patto costitutivo di caparra”, quanto piuttosto “si potrebbe ipotizzare che gli stessi abbiano voluto alludere alla conclusione di un preliminare di contratto reale” (M. LAMICELA, *Mancato pagamento della caparra e inapplicabilità dei rimedi tipici disposti per il caso di inadempimento: i limiti del consensualismo in relazione all'art. 1385 c.c.*, in *Corr. giur.*, 5, 2014, 650).

¹⁶⁶ Come acutamente sottolineato da R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 569, si deve distinguere tra la forma come manifestazione (elemento necessario) e la forma della manifestazione (elemento non sempre necessitato); ecco perché la formulazione dell'art. 1325 c.c. si mostra, in un certo senso, impropria e fuorviante, nel momento in cui sembra che la forma sia un elemento, per così dire, accidentale e accessorio, la cui presenza sia limitata alle ipotesi in cui espressamente il legislatore la preveda.

particolare *vestimentum* perché possa considerarsi giuridicamente rilevante per l'ordinamento¹⁶⁷. In particolare, il problema assume una rilevante e diversa configurazione a seconda che la caparra confirmatoria si accompagni a un contratto formale o meno, poiché, nel primo caso, evidentemente la risposta si fa più articolata e complessa, dovendo necessariamente tenere conto sia della presenza della prescrizione *ex lege* di forma *ad substantiam* per il negozio principale, sia della diversa ricostruzione – in termini di struttura – della caparra confirmatoria (quale clausola accessoria ovvero quale contratto autonomo, seppur collegato, al negozio principale). Obiettivo dei paragrafi successivi sarà quello di valutare le diverse ricostruzioni teoriche proposte al fine di identificare il requisito formale dapprima nell'accezione di forma in senso lato e quindi in senso stretto, per poter valutare se, intesa in quest'ultimo significato, conformemente all'art. 1325, n. 4, c.c., costituisca un elemento della convenzione di caparra, imponendo se del caso un onere di forma, in modo particolare nelle ipotesi in cui quest'ultima si accompagni e sia funzionalmente collegata a un contratto ricompreso nella lista di cui all'art. 1350 c.c.

4.1 La ricostruzione della *traditio* quale forma della caparra confirmatoria

Per quanto concerne la nozione di forma in senso lato, si deve ricordare che, a causa della centralità rivestita dall'elemento materiale della consegna nell'ambito dell'istituto della caparra confirmatoria, taluni autori ne hanno proposta una lettura formalistica, proprio nel senso di ritenere la *datio* quale requisito formale al fine della estrinsecazione all'esterno della volontà dei contraenti di dare vita al negozio di caparra, andando così inevitabilmente a sovrapporre due elementi della fattispecie che, al contrario, dovrebbero rimanere distinti, perché diversi ne sono i presupposti e gli effetti: da un lato, infatti, la forma quale elemento necessario degli

¹⁶⁷ Se l'indagine si limitasse alla verifica dell'elemento formale in senso lato, la risposta non potrebbe che essere sempre positiva, dal momento che la caparra, analogamente a qualunque atto giuridico, è un fatto essenzialmente sociale - destinato a incidere sui rapporti e le relazioni tra gli uomini - e, pertanto deve soddisfare un'esigenza di oggettiva riconoscibilità, affinché non rimanga un puro fatto psicologico, ma possa essere percepito e compreso dai consociati. Come già affermato da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa corretta della II edizione, Napoli 1994, 125, per forma deve intendersi "il modo come il negozio è, ossia si presenta di fronte ad altri nella vita di relazione: la sua figura esteriore". In questa accezione, pertanto, la forma della caparra (nel significato di forma del negozio) è un elemento imprescindibile e non accessorio, è finisce inevitabilmente per coincidere con lo stesso negozio di caparra (cfr. N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., 857 ss.). Condivide l'idea che la forma sia il *vestimentum* necessario perché l'atto giuridico assuma oggettiva e concreta rilevanza nell'ambiente sociale, e divenga così conoscibile nell'ambiente sociale, cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 82, il quale propone un superamento nella contrapposizione tra formale e non formale, in quanto "tutti i sistemi giuridici, con i rispetti atti, negozi, contratti, sono formali perché nessun fenomeno giuridico sarebbe oggettivamente riconoscibile senza una realtà sensibile esterna che oggettivamente lo manifesti".

atti giuridici ai fini della loro conoscibilità e della loro estrinsecazione nel mondo esterno, che risponde a una esigenza di conoscibilità e riconoscibilità da parte dei consociati¹⁶⁸; dall'altro, la *traditio* quale requisito costitutivo e perfezionativo dei contratti reali (tra i quali, come si è visto, va certamente annoverata la caparra confirmatoria), che comporta il passaggio della proprietà da un contraente all'altro (e non semplicemente effetti obbligatori, come accade, invece, con l'impiego della clausola penale). Questa lettura dell'elemento materiale ripropone, a ben vedere, quella concezione della *traditio* nei contratti reali – e nella caparra confirmatoria – propria del mondo romano arcaico che, essendo dominato dal formalismo giuridico, concepiva le forme esterne come la necessaria e imprescindibile condizione di esistenza degli atti e dei negozi posti in essere; in altri termini, non potendo concettualmente scindersi il contenuto dalla forma, la rigida osservanza della seconda non solo determinava la validità degli istituti giuridici ma costituiva un presupposto *latu sensu* ontologico di questi ultimi¹⁶⁹.

Trasportando una tale impostazione dogmatica nel mondo giuridico moderno in relazione alla categoria dei contratti reali (con specifico riferimento all'art. 1385 c.c.) la consegna del denaro ovvero della *res* fungibile si identificherebbe pertanto con la modalità di esternazione del consenso; la consegna, in altri termini, partecipando dell'aspetto formale della fattispecie contrattuale, “rappresenterebbe la manifestazione essenziale della volontà impegnativa”¹⁷⁰, il “veicolo esclusivo della volontà contrattuale”¹⁷¹, in quanto la stessa, racchiudendo in sé l'elemento del consenso, apparterrebbe al novero degli elementi formali¹⁷².

¹⁶⁸ Come insegna la migliore dottrina, la forma costituisce “il mezzo sociale attraverso il quale le parti manifestano il loro consenso” (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 125).

¹⁶⁹ Come del resto sottolinea A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano 1966, 13, uno dei principali tratti del formalismo di stampo arcaico, tipico del mondo giuridico romano, era costituito dal mancato riconoscimento ai privati della “disponibilità della determinazione delle conseguenze degli atti tipici e formali da essi posti in essere”.

¹⁷⁰ U. PERFETTI, *La conclusione del contratto*, cit., 72.

¹⁷¹ P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 97 e aggiunge: “la consegna rappresenta qui il veicolo necessario, la forma essenziale della volontà impegnativa. Esiste, in altri termini, tra la volontà impegnativa e la consegna un rapporto inscindibile di contenuto a forma, per il quale la legge attribuisce rilevanza giuridica soltanto a un regolamento contrattuale, il cui carattere impegnativo sia manifestato (o confermato) mediante la consegna” (*ivi*, 100). Si deve precisare, tuttavia, che per l'Autore la consegna in ogni caso non assume mai al livello di forma *ad substantiam*, mancando qualunque esplicita previsione normativa in tal senso.

¹⁷² Condivide questa impostazione anche G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 54. In maniera simile si pone anche la riflessione di F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, cit., 54 ss., il quale se da un lato ritiene che si possa parlare *latu sensu* di consegna come forma, in quanto la prima rappresenta una modalità di esternazione della manifestazione di volontà, “proiettandola all'esterno, nel mondo delle relazioni sociali, e rendendola così riconoscibile e rilevante” (venendo così inevitabilmente a coincidere con la funzione propria del requisito della forma ai sensi dell'art. 1325 c.c.), dall'altro lato, tuttavia, rifiuta la tesi che vede nella consegna un elemento essenziale dei contratti reali ai fini della loro validità, poiché ritiene che questa assolve non solo al compito di esternazione della volontà ma sia necessaria per conferire certezza, univocità e serietà al negozio posto in essere. In sintesi, la consegna “non costituisce una sorta di forma *ad substantiam*, la cui

Una simile ricostruzione non è tuttavia condivisibile perché comporta, in primo luogo, “una svalutazione della realtà al rango di presunzione *iuris tantum* di una volontà conforme delle parti”¹⁷³, nel senso che la *traditio* rappresenterebbe (anche) il modo di espressione della volontà contrattuale, quindi la forma del negozio stesso¹⁷⁴. Secondariamente, è stato efficacemente notato che la forma diverrebbe così elemento della struttura del contratto solo quando risulti che la stessa è prescritta dalla legge a pena di nullità, *ex art. 1325 n. 4 c.c. e, in verità, nessuna norma stabilisce ciò per i contratti comunemente considerati reali (i quali, peraltro, non possono essere ricondotti a nessuna delle categorie indicate all'art. 1350 c.c.)*¹⁷⁵.

Una volta chiarito che la forma in senso lato non vada confusa con l'elemento

mancanza dia luogo alla nullità del contratto. Essa, invece, rappresenta soltanto un elemento caratterizzante il tipo legale dei singoli contratti reali: necessaria, dunque, sotto il profilo della tipicità, ma non sufficiente, giacché altri elementi valgono poi a individuare il singolo titolo legale [...]. Di recente, ha assunto la tesi della coincidenza e della sovrapposizione dei due elementi della *traditio* e della forma anche G. F. MINNITI, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadrimestre*, I, 1993, 450 ss., che accoglie la tesi che “tende a risolvere in termini formali il controverso rapporto tra consenso e comportamento materiale, nell'ambito del procedimento di formazione dei contratti reali”, configurando la *datio* in una vera e propria forma *ad substantiam*, equiparando i contratti reali ai contratti solenni.

¹⁷³ E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova 1953, 218 ss., per il quale la corretta comprensione della consegna comporta la manifestazione della definitiva e irrevocabile volontà di obbligarsi, dal momento che, generalmente, le trattative non hanno carattere vincolante (a meno che non risulti espressamente il contrario per decisione delle parti), mentre la *traditio* - in maniera analoga a quanto non avvenga nella fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. - concorrerebbe con il consenso a dare un'evidenza materiale della serietà dell'impegno assunto.

¹⁷⁴ Così W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 196, il quale riconoscendo l'essenzialità e la necessità che la consegna debba accompagnarsi a un accordo manifestato dalle parti nel senso di intendere il versamento della somma a titolo di caparra confirmatoria, ritiene “inaccettabile [...] la tesi di chi, adottando la formula “consenso mediante consegna”, riporta il contratto reale alla sola consegna, intesa come forma”. Cfr. anche U. DALMARTELLO – G.B. PORTALE, voce *Deposito*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 251 ss., per i quali “la funzione della forma non è solo quella di manifestare esteriormente la volontà del soggetto, ma anche quella di assicurare, contro ogni dubbio la univocità dell'atto attraverso una maggiore determinazione delle circostanze, e di garantire la serietà spingendo il soggetto a una maggiore riflessione sulle conseguenze sociali dell'atto stesso, è evidente che la consegna non risponde a queste esigenze. Essa è, per un verso, atto di per sé amorfo, incolore, che interviene in una molteplicità di contratti, per gli scopi più disparati e in base ai titoli più svariati; e, per altro verso, non importa sempre conseguenze sociali di particolare gravità”. Contestano questa ricostruzione anche A. DI MAJO-GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 333 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 73, per il quale la tesi di Forchielli potrebbe tutt'al più giustificare il c.d. contratto reale tacito ma sarebbe comunque del tutto imprecisa con riferimento a un contratto reale preceduto da accordo espresso, perché, in questo caso, l'assetto di interessi perseguiti dalle parti si fonderebbe su quest'ultimo e qualificare la consegna come atto di conferma si rivelerebbe un inutile doppione. Criticamente anche le riflessioni - sebbene direttamente riferite al contratto di comodato - di G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, V, Napoli 1974, 4, per il quale “la consegna non solo non può considerarsi una semplice condizione di efficacia del negozio [a carattere reale], ma nemmeno può valutarsi alla stregua di una componente puramente formale dell'atto, poiché la sua funzione [...] è quella di realizzare un risultato concreto”.

¹⁷⁵ Cfr. U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano 1975, 30 ss.; U. DALMARTELLO – G.B. PORTALE, *Deposito*, cit., 252. In maniera analoga anche la riflessione di A. GALASSO, G. GALASSO, voce *Deposito*, *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino 1989, 257, per i quali, “una volta riconosciuto che la *traditio* concorre a qualificare la fattispecie tipica del deposito [...] e pur ammettendo che storicamente la realtà abbia assolto una funzione analoga a quella della forma, non è possibile trarne conseguenze ulteriori in tema di requisiti della validità del contratto”.

materiale della consegna, si può procedere nel tentativo di individuare, in positivo, in che cosa propriamente essa consista nell'ambito dell'art. 1385 c.c., prima di procedere con la trattazione delle questioni connesse alla forma in senso stretto. La risposta al quesito rappresenta in verità una logica conseguenza della ricostruzione della caparra confirmatoria quale negozio giuridico, che necessita della manifestazione del consenso delle parti sia ai fini della sua valida costituzione, sia ai fini di distinguerla da altri istituti affini con i quali condivide la caratteristica della realtà e, quantomeno parzialmente, un'analogia di funzioni. Come si è avuto modo di vedere affrontando il tema della struttura dell'art. 1385 c.c., sposando la tesi della natura contrattuale dell'istituto, la caparra confirmatoria non può prescindere dall'accordo bilaterale dei paciscenti, che deve pertanto essere non solo esteriorizzato ma deve pure essere, per così dire, omogeneo, nel senso che entrambe le dichiarazioni negoziali – tanto del *tradens*, quanto dell'*accipiens* – devono essere dirette al conseguimento di un risultato comune, “in guisa che entrambe le volontà delle parti, integrandosi tra loro, si uniscano”¹⁷⁶. Sulla base di una simile ricostruzione, è dunque evidente che per la caparra confirmatoria la forma in senso lato finisce per coincidere con la stessa struttura contrattuale, dal momento che la manifestazione del consenso è un momento necessario e irrinunciabile per la costituzione della fattispecie e per la produzione dei suoi effetti tipici, richiedendosi - come già detto - che le parti siano entrambe consapevoli di effettuare o di ricevere la dazione a titolo di caparra; in difetto di una chiara intenzione in tal senso esclude l'applicazione dell'art. 1385 c.c., nonostante le parti abbiano eventualmente usato – anche impropriamente – il termine caparra confirmatoria.

La necessaria distinzione concettuale tra elemento formale e elemento materiale è ulteriormente confermata anche dalla prospettiva delle conseguenze nell'ipotesi in cui difetti la consegna: il mancato versamento del denaro o della cosa, infatti, può integrare nullità del negozio di caparra ai sensi dell'art. 1418, comma secondo, c.c., non tanto per il difetto del requisito formale ma semmai sotto il profilo della mancanza dell'elemento causale, comportando inoltre la mancata valida costituzione della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. per difetto di un requisito essenziale, in assenza del quale non può nemmeno propriamente parlarsi di caparra confirmatoria¹⁷⁷.

¹⁷⁶ G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 47, il quale aggiunge: “occorre che le volontà manifestate, ispirandosi a una corrispondenza di intenti, pervengano a una completa reciproca integrazione e realizzino in consenso”. In questo senso anche la riflessione di E. COLAGROSSO, *Teoria delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 76, che parla di “volontà complementari”.

¹⁷⁷ Volendo tuttalpiù istituire un paragone tra la dazione e la forma, sempre mantenendo ferma la linea di demarcazione logica e dogmatica tra le stesse, si potrebbe a tal fine riportare la riflessione

La sovrapposizione dei due aspetti non soltanto è foriera di confusione concettuale ma comporta, inoltre, l'inevitabile conseguenza di oscurare il problema della lacuna nella fattispecie dell'art. 1385 c.c. in tema di forma, risolvendolo - peraltro solo in maniera apparente - con l'affermare la necessità della consegna, la quale, come già detto, si colloca su un altro e diverso piano, attinente alla fase costitutiva della caparra confirmatoria¹⁷⁸. Se è dunque dogmaticamente corretto affermare, in termini generali, che la consegna rappresenta “l'elemento strutturale caratteristico del contratto reale, che serve a renderne immediatamente operante la causa, alla quale, quindi, è strettamente connessa”, ciò vale *mutatis mutandis* anche in riferimento fattispecie di cui all'art. 1385 c.c., la cui struttura e il meccanismo operativo non fanno che confermare quanto teorizzato per i contratti reali¹⁷⁹.

4.2 Il requisito di forma in senso stretto

Così chiarita la portata della forma in senso lato, rimane ora da approfondire il discorso relativo all'altra accezione, quale la forma in senso stretto - quale requisito eventuale e ulteriore ai fini della validità della caparra confirmatoria - che si riferisce a quelle ipotesi “in cui è il legislatore a richiedere un certo mezzo espressivo quale modalità di esternazione del consenso”¹⁸⁰. Ci si interroga, dunque,

di F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 60 ss., per il quale la consegna nei contratti reali, proprio perché costituisce elemento essenziale, necessario per il loro perfezionamento, può essere paragonata alla forma nei contratti formali; si potrebbe dire, insomma, che “la consegna è, a suo modo, un elemento formale (tradizione *contrahendi causa*)”.

¹⁷⁸ Sul punto, chiare sono le parole di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 280: “Non sono invece negozi formali quelli in cui la legge ricollega l'esistenza del negozio a un dato comportamento, come la consegna di una cosa: tali i contratti reali, che non si perfezionano senza la consegna della cosa che ne forma l'oggetto [...] la consegna non è una forma, come si riteneva per la *traditio* nel diritto romano comune, e la sua necessità obbedisce a tutt'altra esigenza che a quella della serietà del negozio, nel senso veduto, ossia del carattere fermo e definito della determinazione causale. La consegna qui è parte integrante dello stesso regolamento d'interessi dedotto a contenuto del negozio”.

¹⁷⁹ Per questo motivo non sembra condivisibile la riflessione di N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., 1376, secondo cui la volontà di porre in essere la caparra deve necessariamente assumere una determinata forma ma quest'ultima finisce per coincidere con la necessità di exteriorizzare la consegna, essendo insufficiente “la semplice determinazione di voler dare la caparra”. Nello stesso senso anche W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 895, per il quale “la forma con cui la volontà preordinata alla caparra deve manifestarsi si discosta dalle comuni regole; poiché non è sufficiente la semplice determinazione di voler dare la caparra, ma si esige, per l'esistenza e l'efficacia di questa, che l'oggetto venga realmente consegnato; si è di fronte ad una convenzione reale, non essendo sufficiente il semplice accordo delle parti a costituire la caparra”. L'errore logico nel quale cadono entrambi gli Autori è il medesimo: far coincidere – e quindi sovrapporre – le nozioni di forma della caparra e di consegna, quasi che l'affermazione dell'esistenza dell'una escludesse l'altra. Al contrario, ci sembra che sia corretto ribadire che la forma non può e non va confusa con la realtà, in quanto la prima concerne la morfologia dell'accordo e la sua oggettivizzazione agli occhi dei terzi, mentre la seconda è requisito per la valida costituzione della caparra, in assenza della quale non viene ad esistenza la fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. In altri termini, stando al puro dettato normativo, nulla ci viene detto circa la forma della caparra, ma al contrario il legislatore è stato chiaro nello statuire la necessità della dazione, la quale pertanto costituisce elemento fondante nonché autonomo dell'istituto.

¹⁸⁰ D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, 83.

se la fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. imponga (implicitamente), in relazione all'elemento del consenso (e non della consegna) il rispetto di una particolare prescrizione formale ai fini della validità della stessa.

Nelle ipotesi in cui il patto di caparra acceda a un contratto per il quale non sia previsto alcun onere formale, il tema non pone particolari problemi e la risposta al quesito se la caparra versata debba assumere un particolare *vestmentum* ai fini della sua validità risulta essere negativa per un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, non si può non menzionare la (seppur) banale constatazione della mancanza di una previsione legislativa espressa con riferimento alla forma del patto di caparra: questa pare essere un importante indice della volontà legislativa di non imporre un particolare onere formale alla fattispecie, non potendo certo invocarsi in questo frangente l'idea che il legislatore *minus dixit quam voluit*¹⁸¹. La mancata esplicitazione in tal senso può forse spiegarsi sia in considerazione dell'oggetto del patto di caparra, costituito da denaro e da altre *res* infungibili, che certo non richiedono una particolare forma per poter essere alienati¹⁸², sia per una certa confusione tra forma e consegna, quasi ritenendo che la materialità che contraddistingue la seconda possa sopperire e finire per coincidere con la prima, la quale, lo si ribadisce, costituisce al contrario la concreta modalità di estrinsecazione di qualunque atto giuridico affinché lo stesso abbia rilevanza nella realtà sociale e sia in grado di dispiegare i suoi effetti. Quale che sia la ragione che ha spinto il legislatore a non spendere alcuna parola sul tema, gli interpreti hanno sempre inteso il silenzio in senso affermativo; è vero, infatti, come si argomenta anche in tema di forma dei contratti reali, che se fosse stato necessario un particolare onere ai fini della validità, non si vede perché il legislatore non avrebbe dovuto essere più chiaro in tal senso, prendendo una decisa posizione al riguardo¹⁸³.

Qualora l'analisi del problema si sposti invece a considerare l'ipotesi di una caparra confirmatoria funzionalmente collegata a un negozio formale, si comprende

¹⁸¹ Si inserisce inevitabilmente in questo contesto il delicato problema dell'interpretazione, che non è possibile esaurire, per evidenti ragioni pratiche, in questa sede. Si possa solo ricordare, in via sintetica e generale, che per evitare la surrettizia introduzione nel dettato normativo di scelte legislative non conformi all'intenzione del legislatore, è sempre stato adottato un approccio che fosse quanto più possibile aderente alla lettera della legge, espresso spesso attraverso i brocardi *ubi voluit dixit, ubi tacuit noluit*. È stato riconosciuto, tuttavia, che “non è sempre vero che il legislatore formuli bene la disposizione e con essa impartisca precisamente la norma che voleva introdurre” e si è dovuto così ricorrere ad un'interpretazione di tipo integrativo, vuoi in senso estensivo (individuata dal brocardo *minus dixit quam voluit*), vuoi in senso restrittivo, in cui si assume, al contrario, che il legislatore *plus dixit quam voluit* (cfr. A. GENTILI, *Le fonti del diritto privato e l'interpretazione*, in *Manuale del diritto privato*, a cura di S. Mazzamuto, Torino 2016, 35 ss.).

¹⁸² Cfr. V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 193, per il quale “la caparra non ha, infine, bisogno di forme particolari. Riferendosi a cose mobili [...] è perfetta e valida qualunque possa essere e sia la forma adottata dalle parti”.

¹⁸³ Cfr. U. NATOLI, *I contratti reali*, cit., 44 ss.

immediatamente come il tema della forma della caparra si colleghi alla struttura di quest'ultima e da questa sia condizionato, in quanto la sua diversa ricostruzione come clausola accessoria o come contratto autonomo porta con sé rilevanti conseguenze anche sul piano formale, quando ci si interroghi sul *vestmentum* che debba assumere l'accordo raggiunto dalle parti nel senso di addivenire alla fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. Il punto di partenza del percorso può essere identificato nell'opzione ermeneutica di qualificare la caparra confirmatoria come un negozio giuridico avente carattere autonomo (oltre che natura reale), piuttosto che sposare la tesi di quella dottrina meno recente che sosteneva la natura di clausola accessoria della caparra confirmatoria rispetto al contratto principale.

Ciò premesso, si può dunque procedere con l'analisi del tipo di legame esistente tra caparra confirmatoria e negozio principale: tra i due sussiste un collegamento - qualificabile in termini di necessità, funzionalità e accessorietà – di carattere strutturale, direttamente imputabile alla causa soggiacente all'art. 1385 c.c.; la corretta comprensione del nesso esistente tra caparra confirmatoria e contratto cui essa accede permette così di mostrare una contraddizione di fondo, identificabile nella contemporanea sussistenza di dipendenza e autonomia della prima nei confronti del secondo. La dipendenza si esplica nel riconoscimento del carattere accessorio della caparra confirmatoria e della unilateralità del collegamento, dal momento che, come si è avuto modo di indicare, le vicende relative all'inefficacia e alla validità della caparra confirmatoria non si ripercuotono sul negozio principale; allo stesso tempo, tuttavia, si giunge ad affermare l'autonomia della caparra confirmatoria sotto il profilo funzionale, in quanto la finalità perseguita dalle parti con il versamento di una somma dal *tradens* all'*accipiens* è ontologicamente diversa da quella propria del contratto principale (che si sostanzia, in sintesi, nell'adempimento delle obbligazioni dallo stesso derivanti). In altri termini, nonostante si possa scorgere una sostanziale identità di scopi pratici perseguiti attraverso il patto di caparra e il contratto cui accede, rappresentati dal rafforzamento dell'adempimento delle obbligazioni derivanti da quest'ultimo, la causa confirmatoria della caparra è diversa da quella del negozio principale e non si sovrappone alla stessa, ma conserva la sua identità e rimane costante al variare del contratto alla quale essa si accompagna, contribuendo così a determinare e sottolineare l'autonomia negoziale della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c.

L'indipendenza funzionale della caparra confirmatoria costituisce un'assunzione logico-giuridica di fondamentale importanza che consente di fare un

passo ulteriore con riferimento alla questione della forma – intesa quale modalità di esternazione – del patto relativo alla caparra. Come già accennato, l'art. 1385 c.c. non si occupa espressamente di questa tematica ma dispone in ordine alla disciplina della fattispecie in relazione agli aspetti della costituzione e delle vicende relative al rapporto (inadempimento, imputazione, risoluzione, risarcimento dei danni); il problema della forma eventualmente rivestita dalla caparra confirmatoria, una volta escluso che non vada identificata con l'aspetto della realtà, finisce per essere frettolosamente liquidato dagli interpreti affermando l'impiego della stessa forma prevista per il contratto principale (sulla base del semplice assunto che la caparra costituisca una clausola del regolamento contrattuale)¹⁸⁴, ovvero ricorrendo al principio della libertà delle forme, senza fornire alcuna solida base giustificativa per questa seconda ricostruzione.

L'opzione ermeneutica a favore della non ricorrenza di alcun particolare onere formale, qualora venga adottata, necessita tuttavia di essere provvista di un convincente sostegno logico-giuridico, per non scadere in affermazioni apodittiche che, per quanto possano dimostrarsi conformi al buon senso e alla regolarità della contrattazione nella prassi degli affari, finirebbero per collocarsi nel vuoto giuridico, sprovviste di argomentazioni convincenti da un punto di vista giuridico-sistematico.

La strada che si sceglie di percorrere per giungere a tale scelta interpretativa poggia, come già accennato, sulla consapevolezza dell'autonomia strutturale e quindi funzionale della caparra confirmatoria, ma è preceduta da due considerazioni di primaria importanza (e, in un certo senso, di immediata percezione), che concorrono a sostenere la correttezza dell'impostazione adottata.

L'autonomia funzionale e strutturale del negozio di caparra, la particolare natura del suo oggetto e la mancanza di una esplicita previsione normativa costituiscono i tre elementi cardine sui quali fondare l'argomentazione favorevole alla tesi della libertà della forma, la quale richiede soltanto, come già si è avuto modo di precisare in occasione dell'analisi del ruolo della consegna, la necessità dell'esternazione dell'accordo raggiunto e del concorde consenso delle parti di addivenire alla costituzione della fattispecie regolata dall'art. 1385 c.c., per evitare

¹⁸⁴ Nella pratica degli affari, infatti, le parti sono solite inserire materialmente la caparra nel contratto principale, formando così un unico documento che le contiene entrambe: cfr. V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 205; G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 84, il quale peraltro aggiunge che da una tale pratica “non può certo inferirsene che la caparra debba rivestire la stessa forma del contratto principale, dato che essa in ogni caso si distingue (e va tenuta distinta) dal negozio al quale accede, rappresentando appunto una pattuizione autonoma avente quel contenuto che fin qui abbiamo dimostrato”.

che la dazione venga confusa con figure affini quali l'acconto, la cauzione, o l'anticipo sulla prestazione¹⁸⁵. Questo significa che, a prescindere dalla forma assunta dal contratto principale e indipendentemente dal fatto che questo ricada in una delle tipologie contenute nell'elenco di cui all'art. 1350 c.c., ciò non comporta alcun onere formale per il patto di caparra, senza alcun tipo di conseguenza dal punto di vista della sua validità ed efficacia, che potrà quindi assumere la forma ritenuta dalle parti più confacente ai loro interessi. Il requisito della forma *ad validitatem* prescritto per il negozio principale non ha modo di riflettersi sul patto di caparra, e ciò in conseguenza della natura autonoma di quest'ultimo, che non soltanto trova la sua ragion d'essere in una propria causa, ma il cui particolare oggetto (denaro e *res fungibili*) contribuisce ulteriormente alla insussistenza di qualunque tipo di vincolo formale ai fini della sua costituzione ed efficacia.

4.3 Il principio di libertà delle forme

L'affermazione della libertà di forma della caparra confirmatoria potrebbe raggiungersi anche tramite un diverso percorso argomentativo, ricorrendo al ragionamento proprio del sillogismo. Si proceda come segue: (i) si ponga come premessa maggiore l'affermazione secondo la quale per i negozi giuridici vale il principio generale della libertà delle forme; (ii) come premessa minore, si sostenga che la caparra confirmatoria è riconducibile alla figura dei negozi giuridici; (iii) si pervenga infine alla conclusione che anche per la caparra confirmatoria vale il principio generale della libertà delle forme. Il sillogismo è corretto solo quando si dimostri la correttezza giuridica delle tre proposizioni dichiarative sul quale poggia; la validità della deduzione alla quale si giunge attraverso l'articolarsi del ragionamento nei due termini, maggiore e minore, necessita un'analisi dettagliata dei medesimi.

Per quanto concerne la premessa maggiore, è opinione generalmente

¹⁸⁵ V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 194. Nello stesso senso, anche W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 895; N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., 1376.

afferzata e condivisa da parte della dottrina¹⁸⁶ e della giurisprudenza¹⁸⁷ che l'ordinamento giuridico sia caratterizzato dal principio della libertà della forma – degli atti giuridici e, quindi anche della categoria dei negozi giuridici – argomentando *a contrariis* dal disposto dell'art. 1325 n. 4 c.c., il quale include la forma tra gli elementi essenziali del contratto a pena di nullità sono nei casi tassativamente previsti dalla legge¹⁸⁸; laddove nulla preveda la legge, il requisito della forma non è richiesto ai fini della validità dell'atto, così concedendosi ai contraenti il potere di scegliere la forma più opportuna e consona ai loro interessi¹⁸⁹.

¹⁸⁶ La dottrina maggioritaria ha a lungo sostenuto l'indiscussa validità del suddetto principio e, come logica conseguenza, affermato la natura eccezionale delle prescrizioni formali. Cfr., *ex multis*, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. 285; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1966, 136; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., 358; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 122 ss.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 994; R. NICOLO', *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 125; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 191; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 198 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 276 ss.. Poiché il principio della libertà delle forme è considerato, da questa dottrina, come espressione del più generale principio di autonomia privata, logico corollario della suesposta impostazione è il divieto del ricorso, per le norme prescriventi un onere di forma solenne, non solo all'analogia ma pure all'interpretazione estensiva, la quale costituirebbe un "comodo scudo per eludere il discorso dell'art. 14 disp. prel." (M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 1004).

¹⁸⁷ La giurisprudenza, nelle sue numerose pronunce sul tema, nonostante la costanza nella riaffermazione del principio attraverso i suoi *obiter dicta*, mostra in realtà un atteggiamento ambiguo, insito nella diffusa tendenza ad ammettere l'interpretazione estensiva delle prescrizioni formali, così da far ritenere che, in concreto, tale principio sia non solo quantitativamente di scarsa rilevanza ma sia persino "disapplicato attraverso l'interpretazione razionale e teleologica della norma che introduce il requisito formale" (A. LISERRE - A. JARACH, *Forma*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Mario Bessone, XIII, t. III, Torino 1999, 399, nt. 13). Sembra invece accogliere favorevolmente questa opzione giurisprudenziale P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato - Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli 1988, 809 ss., il quale, alla luce delle numerose sentenze della Cassazione che, da un lato ribadiscono il principio di libertà della forma e, dall'altro, estendono gli oneri formali anche al di là dei casi già previsti dal legislatore (si pensi alla necessità della forma scritta a pena di nullità per il mandato ad acquistare beni immobili), ritiene che ciò non sia contraddittorio bensì sia il frutto di un'interpretazione teleologica e razionale delle disposizioni che impongono la forma solenne. Questo metodo, infatti, non comporta un'interpretazione analogia di queste ultime ma semplicemente estensiva, possibile solo laddove l'interprete ritrovi, nel caso concreto, la stessa *ratio* sottesa alla prescrizione formale, pur in assenza di un'esplicita norma che richieda l'adozione di una particolare forma *ad validitatem*.

¹⁸⁸ L'art. 1325 n. 4 c.c. viene spesso messo in diretta correlazione con l'art. 1418, comma 2, c.c. che sancisce, appunto, la nullità del negozio per difetto di uno degli elementi previsti dall'art. 1325 c.c. (c.d. nullità strutturale). La gravità della sanzione giustificerebbe, pertanto, il carattere eccezionale delle norme contenenti oneri formali: cfr. G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino 1968, 500; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 993. *Contra*, R. SCOGNAMIGLIO, *Sub art. 1325 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 65 ss., il quale ritiene che erronea lettura coordinata del citato articolo con l'art. 1418 c.c. dal momento che quest'ultimo sarebbe una "disposizione superflua, se non fuorviante, a volere riflettere che, se non ricorre affatto l'accordo delle parti, o non viene perseguita alcuna funzione rilevante, o non si dispone di alcun oggetto, deve ritenersi piuttosto la mancanza (inesistenza) sotto i diversi profili considerati dallo stesso contratto".

¹⁸⁹ Dello stesso avviso anche G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadr.*, 1987, I, 322, il quale, ritenendo che la libertà della forma altro non sia che un "momento fisiologico" dell'autonomia privata, alla quale è connaturata la libertà di scegliere la forma attraverso cui esplicitare tale autonomia, scrive: "se l'atto di autonomia è lo strumento attraverso cui i privati concretamente esprimono una regolamentazione dei propri interessi, un ruolo certamente primario è destinato a svolgere anche la veste (e cioè la forma) in cui tale regolamentazione si manifesta [...] perché la libertà di scegliere è il contenuto è anche libertà di scegliere quel contenente nel quale, il

Questa impostazione tradizionale – che potrebbe ricondursi all'insieme dei tratti caratterizzanti il moderno sistema delle codificazioni, in un'ottica di superamento delle rigide forme negoziali proprie dei sistemi giuridici arcaici e precedenti l'epoca moderna¹⁹⁰ - è stata tuttavia messa in discussione ed ha costituito l'oggetto di una forte critica da parte della dottrina più attenta, che ha avuto modo di sottolineare la debolezza del binomio regola-eccezione, spostando l'attenzione della riflessione sulla struttura del contratto, per giungere ad affermare che l'art. 1325 c.c. descrive, in realtà, due diverse strutture, l'una definita *forte*, che nasce dalla combinazione di quattro elementi (accordo, causa, oggetto e forma) e l'altra *debole*, nella quale manca l'elemento della forma¹⁹¹. In altri termini, quale logica conseguenza della suddetta bipartizione strutturale delle fattispecie contrattuali, il tanto declamato principio della libertà delle forme, retaggio storico-giuridico del pensiero giusnaturalista¹⁹², si rivela una “pura assenza di una determinata norma sulla forma

contenuto, troverà oggettiva e concreta possibilità di realizzarsi”.

¹⁹⁰ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, t.1, Padova 2004, 271. L'adozione di un principio, per così dire, ostile alle prescrizioni formali è stato certamente anche il frutto di quel fenomeno che suole definirsi commercializzazione del diritto privato: il sistema delle obbligazioni commerciali della seconda metà dell'Ottocento, infatti, appariva molto più snello di quello delle obbligazioni civili, e ciò era conforme, nel pensiero dei giuscommercialisti, alle esigenze della pratica degli affari. L'idea ricorrente era che le forme costituissero un ostacolo alla speditezza dei traffici commerciali e che il sistema del diritto commerciale fosse sostanzialmente aformalistico, per rispondere agli interessi dei suoi operatori (cfr. U. NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, I, Torino 1937; C. VIVANTE, *Tratto di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, V ed., Torino 1926). L'unificazione dei due codici delle obbligazioni avrebbe dunque contribuito ad un certo snellimento degli oneri formali e ad un parallelo incremento della libertà delle forme, caratteristiche proprie del codice commerciale, superando il tradizionale formalismo del diritto civile. Sul tema, cfr. T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, III ed., Milano 1962, 122 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, II ed., Padova 1986, 5 ss.; G. OPPO, *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 227 ss.; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano 1996, 2 ss.

¹⁹¹ Cfr. N. IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato - Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli 1988, 449 ss., il quale considera le due strutture come autonome e complete e, a seconda che l'interprete si trovi di fronte all'una o all'altra, egli dovrà accertare la sussistenza di tre ovvero di quattro requisiti, configurandosi solo in questa seconda ipotesi “un problema giuridico di forma”, insussistente, al contrario, nei contratti a struttura debole, nei quali, inoltre non opera nemmeno un principio di libertà delle forme. In altri termini, secondo l'Autore accordo, causa e oggetto sono tre dati “necessari e sufficienti a completare la struttura del contratto” in quanto “nessuna norma aggiunge il quarto requisito”. La tesi è ulteriormente suffragata con il riferimento agli articoli del codice francese del 1804 e di quello italiano del 1865 in tema di requisiti essenziali per la validità dei contratti, rispettivamente artt. 1108 e 1104, poiché “entrambi si limitavano a elencare il consenso delle parti, la capacità di contrattare, un oggetto determinato, una causa lecita per obbligarsi. L'elemento delle forme era regolato a proposito di singoli contratti e sotto la sezione della prova per iscritto” (*ivi*, 451). Si comprende, dunque, la differente impostazione, dal momento che “mentre i codici ottocenteschi esprimevano il carattere occasionale e aggiuntivo della forma, riconoscendo all'accordo delle parti un'assoluta priorità logica, il codice del 1942 attribuisce all'accordo e alla forma la medesima dignità” (*ibidem*).

¹⁹² Lo stesso Autore afferma la necessità di “liberarsi da ogni eredità giusnaturalistica” in quanto, “per un lungo arco di tempo, la tradizione giusnaturalistica ha messo in antitesi consenso e forma”, qualificando la prima come un elemento “nativo, spontaneo, irriducibile”, posto non dalle leggi storiche ma da quelle naturali. Secondo Domat, infatti, il consenso appartiene alle regole naturali, “perenni e invariabili”, cui si contrappongono “le regole arbitrarie, dettate dai legislatori positivi”, alle quali sarebbe propriamente riconducibile il requisito della forma (N. IRTI, *op. ult. cit.*, 449-450).

(*tabula absentiae*)¹⁹³, in quanto le norme contenenti prescrizioni formali “non sono norme eccezionali ma norme e basta”¹⁹⁴. Il grande merito di questa lucida analisi risiede non semplicemente nell'aver mostrato la debolezza della dell'assunto in base al quale le norme che prevedono oneri formali abbiano natura eccezionale - aprendo così la strada ad una rilettura delle stesse che ne consenta, al ricorrere delle condizioni richieste, un'applicazione analogica¹⁹⁵ - ma soprattutto nell'aver indotto una più ampia riflessione sull'effettiva portata del principio di libertà delle forme, a lungo considerato quasi un dogma, un *idolum*, appunto, da parte della dottrina e della giurisprudenza assolutamente maggioritarie¹⁹⁶. La riflessione successiva si è ulteriormente arricchita grazie al fondamentale contributo di due autorevoli Autori, attraverso il quale è stato possibile analizzare il cuore del problema del formalismo negoziale, ossia comprendere se gli interessi sottesi ad ogni singolo istituto giuridico possano essere meglio tutelati mediante la forma libera ovvero quali necessitino della forma vincolata¹⁹⁷; sulla scorta di una tale impostazione della questione, si è giunti ad affermare che l'art. 1325 n. 4 c.c. rappresenta un mero “frantume di norma che si integra e si colora di volta in volta della disciplina del

¹⁹³ N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano 1985, 21.

¹⁹⁴ N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997, X. E aggiunge: “Sciolto da ombre giusnaturalistiche ricondotto sul terreno del diritto positivo, il requisito di forma ci appare come una semplice scelta del legislatore che, in singoli casi, aggiunge un elemento alla struttura del contratto. Non antitesi con la libertà naturale [...] né eccezione a regole formali; ma soltanto norma di struttura e di combinazione degli elementi della fattispecie. I contratti, per i quali il legislatore non prescrive requisiti di forma, non sono né più liberi né meno solenni, ma soltanto contratti con struttura semplice e a un numero inferiore di addendi” (*ivi*, XX).

¹⁹⁵ Condivide l'assunto G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, cit., 323: “Le forme legalmente vincolate nei confronti del caso concreto per il quale sono previste, costituiscono la regola di quello specifico contratto. Così, ad esempio, la forma scritta per i contratti che trasferiscono la proprietà dei beni immobili (art. 1350 n. 1 c.c.) è la regola di quei contratti. Se questo è vero, nulla sembra vietare la possibilità, in linea di principio, di far ricorso all'applicazione analogica di forme legali”.

¹⁹⁶ Questa l'opinione di P. PERLINGIERI, *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987, 39, ripresa e condivisa da G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, cit., 323, per i quali nel sistema giuridico esistono sia forme libere, sia forme vincolate, ma con riferimento a nessuna delle due categorie è possibile parlare di regola o di eccezione, senza mettere in discussione il principio di libertà della forma. Come nota anche R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano 2011, 8, “lo studio di Irti ha avuto il merito fondamentale di avere aperto il dibattito e [...] di aver provocato, come reazione, il ritorno di una tendenza (di origini risalenti) ad analizzare la forma sotto l'aspetto teleologico piuttosto che strutturale. E, soprattutto, ha avuto il merito di aver posto in dubbio l'assunto secondo cui le norme che prescrivono forme legali abbiano natura eccezionale”.

¹⁹⁷ Si fa riferimento ai contributi di Perlinger e Ferri di cui alla nota precedente, i quali, con diverse sfumature, accolgono la teoria irtiana, posando tuttavia l'accento della loro riflessione su distinti profili: Perlinger, infatti, si occupa delle “interrelazioni tra gli interessi in gioco e gli elementi del negozio, e osserva come la forma legale affonda le sue radici sulla qualità dei soggetti o dell'oggetto del negozio o addirittura sulla funzione di essa” (A. PALAZZO, *Forma negoziale tra polemiche e realtà*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994, 799). Ferri, invece, “svolge il suo discorso ancorando l'indiscutibilità del principio della libertà della forma alla stessa fisiologia dell'autonomia privata. Se i privati hanno la libertà di scegliere il contenuto, devono pur avere la possibilità di scegliere il contenente più idoneo a realizzare gli interessi calati nella norma. Pertanto possono le stesse parti vincolare volontariamente un contenuto a una forma che la legge non richiede per quel contenuto” (A. PALAZZO, *Forma negoziale tra polemiche e realtà*, cit., 800).

singolo atto”¹⁹⁸.

La perdita di ogni veste di sacralità del principio si è inoltre manifestata in maniera particolarmente evidente negli ultimi decenni, ove si è assistito – sia per effetto della legislazione speciale, ma principalmente per effetto della legislazione di origine comunitaria¹⁹⁹ - all'affermarsi di una nuova tendenza formalistica, segnando così un vero e proprio ritorno alle forme vincolate (investendo, oltre al rapporto, anche l'atto, attraverso la sempre crescente richiesta della forma scritta a pena di nullità), rispondendo evidentemente ad un bisogno di formalismo crescente ed emergente all'interno dell'ordinamento giuridico²⁰⁰. Si assiste pertanto - anche a livello europeo – ad una legislazione che, da un lato, riafferma la valenza concettuale della libertà di forma e, dall'altro, “parallelamente vincola gli effetti dell'atto alla forma secondo un criterio di corrispondenza necessaria”²⁰¹, nella quale non è peraltro possibile individuare una *ratio* unitaria sottesa alle diverse disposizioni, dal momento che, nell'ambito del neoformalismo, si affermano e si sovrappongono obiettivi e finalità anche molto distanti tra loro, quali, *inter alia*, la tutela dell'efficienza del mercato, del consumatore, di un determinato settore economico, l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali²⁰². In un tale contesto

¹⁹⁸ P. PERLINGIERI, *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, cit., 45.

¹⁹⁹ Come nota M. MESSINA, *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Torino 2002, 113, si segnala “la tendenza comunitaria a riscrivere buona parte del diritto privato, specie per quanto riguarda la materia dei contratti, in modo che, attraverso le direttive oggetto di recepimento, i vari paesi membri addivengano ad una disciplina che si configuri il più possibile omogenea, almeno quanto ai segmenti normativi presi in considerazione ed alle materie selezionate”. L'obiettivo di armonizzazione a livello normativo si pone in presa diretta con uno dei principali obiettivi dell'Unione Europea, ossia la realizzazione di un mercato unico, che si ritiene possa essere agevolata proprio attraverso la predisposizione di schemi e modelli contrattuali omogenei, aventi una disciplina uniforme, al fine di incrementare gli scambi commerciali nello spazio giuridico ed economico europeo.

²⁰⁰ Si pensi, in via meramente esemplificativa, alla l. 7 giugno 1974, n. 216, per l'offerta al pubblico di valori mobiliari e alla l. 2 gennaio 1991, n. 1, per i contratti stipulati con le società di intermediazione mobiliare (entrambe ora trasposte nel TUF); la l. 17 febbraio 1992, n. 154 in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, anch'essa confluita nel TUB (artt. 115-120); d.lgs. 111/1995, per la vendita di pacchetti turistici; d.lgs. 427/1998, in materia di multiproprietà: tutte prescrizioni accomunate dall'imposizione della forma scritta e dall'obbligo di consegna al cliente di una copia del contratto. L'ampliamento delle prescrizioni formali, come è noto, spesso va di pari passo all'esigenza di tutela del consumatore, dal momento che l'area del *consumerism* registra un denso e costante ricorso alla forma scritta, spesso accompagnato, inoltre, ad un obbligo di *clare loqui* (cfr. S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto*, cit., 116). Per una lucida analisi delle istanze di tutela del contraente più debole e della loro progressiva emersione, a livello europeo, in un momento soltanto successivo e posteriore rispetto alla tutela del mercato, cfr. M. BESSONE, *Mercato, democrazia economica, tutela dei consumatori – Quale “consumerism”?*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 1 ss.

²⁰¹ E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzioni del neoformalismo negoziale*, Milano 2012, 73.

²⁰² Cfr. E. FAZIO, *Dalla forma alle forme*, cit., 80, il quale prendendo ad esempio alcuni importanti interventi legislativi di matrice europea (quali la direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, ovvero la direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo), riconosce che tale normativa “rivela un formalismo inedito, oscillando tra moduli espressivi e contenutistici, funzionali ora alla tutela del contraente debole, ora alla sicurezza dei rapporti ed alla prevenzione del contenzioso, ora al rispetto di un *iter* procedimentale, che è metro di diligenza, a scanso di

normativo, se non si vuole giungere a sostenere la tesi più estrema, che ritiene definitivamente tramontato il principio della libertà di forma all'interno dell'ordinamento, non si può negare, tuttavia, che tali nuovi formalismi abbiano certamente scalfito l'intangibilità dello stesso principio, costringendo gli interpreti sia a rivalutare il ruolo delle prescrizioni formali all'interno dell'ordinamento giuridico, nonché le loro finalità, sia a interrogarsi se possa davvero parlarsi dell'esistenza di una regola e di un'eccezione con riferimento alle norme contenenti oneri di forma²⁰³. Questo fenomeno, che suole definirsi neoformalismo negoziale, non solo è assolutamente rilevante per l'impatto che comporta, in termini quantitativi, sulle norme dell'ordinamento giuridico interno, ma altresì è determinante per il cambio di prospettiva al quale conduce, dal momento che l'interprete è inevitabilmente costretto ad avvicinarsi al principio di libertà delle

responsabilità (forma c.d. *ad regularitatem*)". Nello stesso senso anche S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto: art. 1350*, in *Il Codice Civile: commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano 2003, 29, il quale, con riferimento al neoformalismo negoziale, osserva che: "in un caso la prescrizione di una determinata forma corrisponde alla finalità di tutela del contraente debole, in un altro assicura certezza dei rapporti contrattuali, in un altro ancora ha un compito certificativo dell'assolvimento di uno specifico iter procedimentale al quale la legge annette un'apposita rilevanza in relazione agli interessi privilegiati. In altre parole, il requisito formale, da "uno" [...] si scompone nelle "forme" dei diversi settori dell'intervento legislativo".

²⁰³ Il significativo ampliamento delle norme in tema di forma solenne costituisce palesemente un capovolgimento rispetto al fenomeno della commercializzazione del diritto privato, non solo per quanto riguarda la tecnica legislativa, ma soprattutto per il mutato approccio nei confronti delle prescrizioni formali nell'ambito dei rapporti commerciali. Queste ultime, lungi dall'essere considerate come dei meri intralci alla speditezza degli affari e al rallentamento dei traffici, ostili agli interessi e alle esigenze degli operatori economici, finiscono per divenire uno strumento di proceduralizzazione della formazione del contratto, che va a vantaggio di tutti i soggetti coinvolti nell'operazione economica. Da un lato, infatti, la legislazione comunitaria e nazionale si pongono come obiettivo la tutela della parte debole del rapporto (nella maggior parte dei casi identificata con la figura del consumatore): cfr. P. RESCIGNO, "Trasparenza" bancaria e "diritto comune" dei contratti, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, 304 ss.; allo stesso tempo, gli oneri formali costituiscono un vantaggio anche per l'imprenditore e il professionista, i quali ne guadagnano in termini di certezza, di trasparenza e di efficacia: per ricordare una celebre espressione, il mercato "non vuole emozionalità" (N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., 37) e ciò si riflette anche nella predisposizione dei contratti di massa, la cui standardizzazione è segno di sicurezza per il ceto commerciale (cfr. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, cit., 7).

A proposito dell'impatto del diritto comunitario sulla legislazione interna, A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova 2003, 50 ss., afferma che "la forma e il formalismo negoziale assolvono per il contratto la medesima funzione che per i prodotti alimentari assolve l'etichettatura" dal momento che "il formalismo negoziale costituisce lo strumento attraverso il quale si mira a dare trasparenza alla qualità del contratto [e] permette di realizzare il confezionamento del singolo contratto, assicurando che il testo stesso dell'atto di autonomia privata contenga un'uniforme griglia di clausole [che costituisce] lo strumento strutturale attraverso il quale si assicura il corretto svolgimento dell'autonomia privata nella prospettiva del mercato, più in particolare, il corretto funzionamento della concorrenza tra i diversi assetti negoziali". Tutto ciò presuppone, pertanto, il convincimento che esista "una significativa imperfezione del mercato sotto forma di rilevante gap informativo tra le parti del contratto" (*ivi*, 53). Se il codice civile, infatti, detta prescrizioni in tema di forma essenzialmente per i contratti aventi ad oggetto beni immobili, negli ultimi anni si è registrata la previsione di leggi speciali, nonché di disposizioni regolamentari delle autorità amministrative, che impongono gravosi vincoli formali a contratti - soprattutto di massa - su beni mobili (in particolare, su valori mobiliari conclusi nel mercato finanziario).

forme con uno sguardo critico e disincantato, nella direzione già tracciata da parte della dottrina più attenta oltre trent'anni fa, non tanto per declamarne la definitiva scomparsa quanto piuttosto per riaffermarne la sopravvivenza, nonostante l'affacciarsi di queste nuove esigenze formalistiche in molti e disparati settori del diritto, delle quali vanno necessariamente individuate, di volta in volta, le finalità e gli interessi che ne giustificano la previsione da parte del legislatore²⁰⁴. Questo è possibile attraverso una lettura teleologica del formalismo negoziale, che permetta di iscrivere la forma “in una dimensione moderna, di tipo funzionale, attenta alla molteplicità di scopi che la stessa, di volta in volta, è preordinata a realizzare”²⁰⁵. La conseguenza, sul piano applicativo, di una tale lettura, per così dire, razionale (in quanto rivolta alla ricerca della ragione giustificativa che ne è alla base) e

²⁰⁴ L'approccio funzionalistico è stato, per così dire, inaugurato da P. PERLINGIERI, *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, cit., 39 ss., per il quale le singole prescrizioni formali non possono essere considerate isolatamente bensì devono necessariamente collocarsi in un contesto più ampio, nel quale gioca un ruolo decisivo l'interpretazione, poiché quest'ultima costituisce il mezzo per individuare i valori e gli interessi tutelati dalla singola disposizione normativa. Parlare di regola o di eccezione si rivela in questo contesto del tutto insufficiente per comprendere adeguatamente il binomio forma libera-forma vincolata, in quanto entrambe sono strumentali alla realizzazione di interessi ritenuti meritevoli di tutela “secondo un giudizio costante di prevalenza e di soccombenza; nessuna delle due può dirsi rappresentare sempre e aprioristicamente come quella preferibile e privilegiata. [...] Sotto questo profilo, la rinascita del formalismo rappresenta un fenomeno non isolatamente comprensibile e valutabile di per sé positivamente o negativamente; esso va concepito quale una delle tecniche di cui si avvale il legislatore moderno pur se con finalità e modalità adeguate al mutare dei tempi” (*ivi*, 152). Questa soluzione, peraltro, consente di superare la contrapposizione forma-sostanza, quasi che fossero due concetti da tenere necessariamente separati perché ontologicamente diversi, che per molti secoli aveva animato il dibattito dottrinale in tema di forma giuridica.

²⁰⁵ S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto*, cit., 112. Questo avviene precisamente anche a livello comunitario, poiché non ci può limitare ad una lettura superficiale delle prescrizioni formali, ma è necessario indagare le funzioni concretamente perseguite con le stesse; ci si avvede, così, che spesso queste, piuttosto che svolgere una funzione protettiva, a tutela del contraente debole, ne svolgono una conformativa e di controllo del regolamento contrattuale e, indirettamente della relazioni di mercato (cfr. L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 125).

Da un lato, infatti, si registra, a livello comunitario, un'immediata finalità di tutela del consumatore, parte debole del rapporto contrattuale, il quale deve essere posto in una condizione di ideale parità con il professionista che predispone unilateralmente il contratto: ciò si concretizza nei generali doveri di trasparenza, correttezza, informazione, nonché nell'obbligo di sottoscrizione delle clausole ritenute vessatorie, accomunati dalla forma scritta come principale strumento di garanzia e di correzione dell'assetto economico. Questa finalità, tuttavia, si deve amalgamare con la precipua finalità di tutela della concorrenza e della trasparenza del mercato; ad un'analisi più approfondita, pertanto, si rileva che il formalismo comunitario (e di riflesso quello nazionale) “non mira a correggere il contenuto del contratto, ma soltanto ad assicurare che il confronto tra le diverse concrete opportunità di negoziazione sia trasparente” e dunque è volto “ad assicurare che la singola manifestazione di autonomia privata da un lato si collochi in un mercato trasparente, dall'altro contribuisca alla progressiva strutturazione di quest'ultimo” (L. MODICA, *op. cit.*, 57).

Per questi motivi è stato correttamente sottolineato da parte della dottrina che “si registra l'abbandono dell'uso della forma come semplice occasione di riflessione o pausa di ripensamento su condizioni contrattuali di sfavore [...] per giungere all'uso della forma come mezzo di comunicazione”; in altri termini, “il legislatore comunitario si serve dello scritto come mezzo atto, nel momento contingente, a rendere edotta la controparte dei diritti e degli obblighi che la legge ha già, una volta per tutte, previsto e disciplinato proprio prendendone in considerazione l'interesse e la posizione. In questo senso [...] va ad essa riconosciuto il ruolo e la funzione di veicolo pubblicitario di condizioni contrattuali predefinite imperativamente” (S.T. MASUCCI, *La forma del contratto*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova 2003, 235).

finalistica delle norme contenenti prescrizioni formali, che impone all'interprete di valutare “non tanto il come della previsione formale quanto il perché”²⁰⁶, e che consente di cogliere l'essenza e la rilevanza dell'onere formale, si traduce nella possibilità di estenderne la portata – tramite l'interpretazione estensiva – ad altre fattispecie che condividano la stessa *ratio* sottostante²⁰⁷.

La riaffermazione della “regola della libertà delle forme”²⁰⁸, alla luce delle considerazioni svolte, non si configura, pertanto, come una mera petizione di principio, ma appare razionalmente giustificata in una prospettiva di sistema, che tenga conto dell'emersione e dell'affermazione di nuove dinamiche in tema di prescrizioni formali, nonché della loro corretta comprensione nell'ambito di un ordinamento giuridico dove è certamente crescente l'importanza della legislazione speciale, ma nel quale non si può negare la persistente validità delle norme generali che sappiano resistere ai mutamenti e alle nuove esigenze della prassi.

Così dimostrata la validità della premessa maggiore, si deve proseguire nel percorso sillogistico al fine di verificare anche la premessa minore, identificata nell'affermazione che la caparra confirmatoria costituisce un negozio giuridico: la correttezza di un tale assunto è stata approfondita nei paragrafi precedenti quando, nell'analisi della struttura dell'art. 1385 c.c., si è avuto modo di contestare la configurazione della caparra confirmatoria quale mera clausola del contratto cui inerisce per affermarne, al contrario, la struttura negoziale. Essa, infatti, come concordemente stabilito dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritarie,

²⁰⁶ G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, cit., 324.

²⁰⁷ Secondo A. LISERRE – A. JARACH, *La forma in generale*, cit., 410 ss., la lettura in chiave teleologica della norma formale consente anche di superare il dualismo tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, in quanto dalla lettura di alcune norme (spesso contenute nelle leggi speciali) emerge la necessità che il negozio «risulti» da atto scritto, espressione che non può essere ricondotta né all'una né all'altra categoria (ecco perché spesso si è usato il termine forma *ad regularitatem*, per indicare che l'onere formale non è richiesto per la perfezione del negozio e nemmeno per fini probatori, ma per il raggiungimento di altri e ulteriori effetti: cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 311 ss.). L'approccio che si fondi sull'interpretazione finalistica consentirebbe in queste ipotesi (quali, ad esempio, la verbalizzazione dell'assemblea societaria ordinaria, del consiglio di amministrazione, delle assemblee condominiali e di altre riunioni assembleari) “di addivenire a soluzioni pratiche certo più soddisfacenti rispetto a quelle che considerano ogni forma, non rilevante ai fini della perfezione strutturale del negozio, come forme *ad probationem*”. In questo modo, con la consapevolezza dei diversi fini ai quali la norma forma è di volta in volta preordinata, “si potrà tentare di individuare il tipo di sanzione e di effetto discendenti dal mancato rispetto di quella forma” (*ivi*, 312).

²⁰⁸ L'espressione è di R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, cit., 7, il quale degrada il principio della libertà delle forme a semplice regola, soggetta tuttavia ad una grande quantità di eccezioni o, meglio, di deroghe, suscettibili quindi di interpretazione analogica e di applicazione estensiva: “Se non esiste più un principio che sancisce la libertà delle forme, bensì solo una regola, non esisteranno più nemmeno delle eccezioni, ma soltanto (numerose) deroghe”. Così già si era espresso F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 136: “Di qui la distinzione tra forma libera, che è la regola del nostro diritto, il quale sotto questo riguardo si rivela non formalistico, e forma vincolata o necessaria, propria soltanto dei negozi per i quali è espressamente stabilita”.

presenta tutti i caratteri e gli elementi propri del contratto, quali l'accordo, l'oggetto, la causa e la natura patrimoniale e si connota ulteriormente per l'appartenenza alla categoria dei contratti reali.

Se dunque esiste nel nostro ordinamento un principio generale che afferma la libertà delle forme per gli atti negoziali e se la caparra confirmatoria può essere legittimamente ricondotta a tale ambito, non si vede perché il suddetto principio non possa essere applicato alla stessa se non contraddicendo uno dei due assunti di partenza e che sono stati posti come premessa maggiore e premessa minore del sillogismo.

5. La caparra nell'ambito della formazione progressiva del contratto

5.1 La fase delle trattative

L'analisi della problematica relativa alla forma del patto di caparra e la correlata risposta in senso negativo, costituiscono solo la prima – per quanto fondamentale – tappa dell'ideale rapporto dialettico tra caparra confirmatoria e formalismo negoziale; il secondo profilo è rappresentato dalla tematica del corretto inquadramento della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. nella fase delle trattative e della formazione progressiva del contratto, dove il raggiungimento dell'accordo è l'approdo di un *iter* – spesso lungo, complicato e frastagliato – che si differenzia dall'ipotesi di formazione istantanea del contratto, ove è invece “riscontrabile [una] piena operatività dello schema proposta accettazione delineato dall'art. 1326 c.c.”²⁰⁹.

²⁰⁹ A. FUSARO, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, I, 202. La c.d. formazione progressiva del contratto non è del tutto coincidente con la nozione di trattative contrattuali ma, si potrebbe dire, ne costituisce una *species* all'interno del più ampio *genus* delle trattative stesse; con tale espressione, infatti, si qualificano tutte quelle ipotesi in cui “le parti raggiungono l'accordo su alcuni punti del regolamento contrattuale ma non su altri” (V. ROPPO, voce *Contratto*, II, *Formazione del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988, 4). L'espressione venne usata per la prima volta da F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 314, per fare riferimento ai frequenti casi in cui il contratto veniva concluso solo al termine di laboriose trattative, nel corso delle quali le parti potevano raggiungere l'accordo su alcuni punti del futuro regolamento contrattuale, rinviando ad un momento successivo la determinazione dei punti accessori, al fine di completare il contenuto del contratto. In altri termini, la formazione progressiva del contratto si caratterizza per la fissazione di “punti fermi” nell'ambito della trattativa, ricorrendo a strumenti quali il contratto preliminare, il patto di opzione, il patto di prelazione, tutti accomunati dall'essere funzionali allo stesso procedimento formativo del contratto, in quanto hanno la funzione di predeterminare il contenuto del contratto stipulando, facendo sì che lo stesso venga alla luce di maniera graduale (cfr. N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., 538 ss.). Altri autori, nel solco di questa impostazione, ritengono necessario, nell'ambito della formazione progressiva del contratto, una precisazione terminologica, distinguendo così i c.d. accordi preparatori dai c.d. contratti preparatori: questi ultimi sarebbero unicamente identificabili con il contratto preliminare e l'opzione, che costituiscono delle “vere e proprie intese” attraverso le quali le parti danno vita ad “un regolamento contrattuale, più o meno dettagliato, destinato a valere per la conclusione di futuri eventuali contratti tra di loro o anche nei riguardi di terzi” (A. DI MAJO, *Vincoli, unilaterali e bilaterali, nella formazione del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino 1997, 563). I primi, al contrario, indicherebbero genericamente le minute e le puntazioni di contratto, le quali si caratterizzano per l'assenza di qualunque effetto vincolante, limitandosi unicamente ad agevolare le trattative.

Il versamento della caparra, infatti, non sempre si realizza, come idealmente prefigurato dal codice, contestualmente alla conclusione del contratto (la cui esatta individuazione, peraltro, non sempre è di immediata evidenza, ma richiede la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, ossia un'attività di accertamento e di ricostruzione, in termini rigorosamente formali, sia della volontà delle parti, sia dei comportamenti tenuti dalle stesse)²¹⁰, bensì spesso costituisce

In conclusione, non si deve neppure dimenticare che autorevole dottrina abbia da tempo ha sottolineato che la distinzione tra trattative e formazione progressiva del contratto avrebbe piuttosto valore descrittivo, e non “una vera e propria intrinseca rilevanza” (G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale* “per relationem”, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 194), sia perché entrambe le categorie tendono verso il medesimo obiettivo, sia per il fatto che il comune denominatore è rappresentato dalla necessità che l'accordo sia raggiunto sulla totalità dei punti in discussione tra le parti: “il contratto non sorge se non quando la regola dei privati si sia formata completamente; fino a quando cioè le parti non siano d'accordo su tutti quanti i punti, su tutta quanta la materia trattata e che essi intendono regolare” (*ibidem*).

²¹⁰ L'accertamento dell'avvenuta conclusione del contratto, come è stato chiaramente sottolineato dalla dottrina più autorevole, si pone non in una prospettiva naturalistico-fenomenica, come veniva proposta dalla scuola pandettistica, bensì su un piano strettamente formale, in quanto implica l'accertamento, di volta in volta, della sussistenza o meno delle condizioni formali al cui verificarsi la legge ricollega gli effetti obbligatori propri del vincolo contrattuale (cfr. V. ROPPO, *Contratti standard*, Milano 1975, 169, nt. 5).

Il tema della formazione del contratto in passato ha animato la dottrina e la giurisprudenza, le quali si sono a lungo occupate della individuazione e della delimitazione del contenuto minimo o essenziale dell'accordo, così che si possa affermare che questo è stato raggiunto e, quindi, esiste il contratto. Tradizionalmente il problema è stato risolto distinguendo tra contenuto essenziale e contenuto accessorio o accidentale del contratto: si affermava che se l'accordo fosse stato raggiunto in relazione al primo, il contratto poteva ritenersi perfetto. Questa la posizione di F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit., 310 il quale, con riferimento al contenuto minimo essenziale del contratto affermava: “Quali sono i punti sui quali il conflitto di interessi deve essere regolato dalle parti, perché possa sorgere tra di esse un contratto efficace? Si potrebbe chiamarlo il problema del contenuto minimo del contratto”. La debolezza di questa netta distinzione era già stata messa in luce da un Autore, il quale giustamente aveva sottolineato come l'essenzialità fosse da intendersi in senso oggettivo (ossia in riferimento al tipo di contratto) piuttosto che soggettivo: “gli elementi essenziali del negozio sono soltanto quelli senza dei quali un negozio o non può essere in generale o non appartiene a quella determinata categoria giuridica; mentre per la formazione di un singolo contratto in concreto può avere per le parti valore decisivo uno degli elementi accidentali e l'ammissione o l'esclusione di uno degli elementi naturali” (V. SCIALOJA, *Sull'art. 37 del cod. comm.*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1909, 479). Un ulteriore passaggio, può individuarsi nell'importante contributo fornito da quella dottrina che, abbandonando la distinzione tra elementi essenziali e accessori, ha sostenuto che l'accordo debba raggiungersi sulla totalità dei punti oggetto di discussione tra le parti durante le trattative: in questo senso, *ex multis*, A. GALLO, *Trattative precontrattuali e perfezionamento del contratto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, II, 1954, 160, il quale afferma che il contratto “può dirsi perfetto ed impegnativo solo quando i contraenti abbiano raggiunto l'accordo su tutti, indistintamente, gli elementi che concorrono a costituirlo [...] Né potrebbe rettamente farsi una distinzione tra clausole principali e clausole accessorie del contratto nel senso che, raggiuntosi l'accordo degli interessati sulle prime, ciò sia sufficiente per costituire un accordo valido. Una distinzione tra elementi essenziali e non essenziali del contratto non è ammissibile, né lecita a questo proposito. Se le parti stabiliscono che per completare la regolamentazione dei loro interessi, occorre raggiungere l'accordo, oltre che sui punti essenziali, anche su altri elementi secondari della convenzione, i quali siano parimenti oggetto di dibattito tra loro, è indispensabile che il consenso si formi anche su quest'ultimi elementi per potersi ritenere perfezionato il contratto”.

Ma il contributo forse più determinante sull'argomento “è stato quello di G.B. Ferri, il quale ha criticato il metodo seguito dalla dottrina precedente, imputandole la confusione tra i due distinti problemi della determinazione del contenuto e della formazione dell'accordo. I due aspetti sono indubbiamente interdipendenti e si condizionano reciprocamente [...] tuttavia tra i due è l'accordo – come espressione dell'adesione delle parti ad un determinato assetto di interessi – ad assumere, con riguardo al profilo della formazione del contratto, un ruolo determinante [...]. In definitiva, il problema del contratto si risolve nell'accertamento del raggiunto accordo su tutti i punti presi in

solo una delle diverse fasi delle trattative verso la costituzione del vincolo contrattuale²¹¹.

La moderna prassi degli affari si presenta caratterizzata da una notevole pluralità e varietà di fattispecie concrete in cui diversi fattori, quali la complessità del contenuto negoziale, la distanza tra le parti, l'elevato livello di tecnicismi, la necessità del reperimento di informazioni sulla controparte, l'ottenimento di provvedimenti o concessioni amministrative, comportano inevitabilmente, da una parte, una dilatazione della tempistica contrattuale a causa della necessità, sentita da entrambe i paciscenti, di avere una visione d'insieme e quanto più completa e dettagliata dell'operazione economica, al fine di maturare una volontà consapevole e, dall'altra, una frammentazione della vicenda contrattuale; si potrebbe quindi affermare che, in un contesto come quello appena descritto, lungi dal formarsi il negozio in maniera rapida e immediata, in realtà “quasi mai il contratto si forma istantaneamente”²¹². La scomposizione dell'accordo contrattuale, *rectius*, del

considerazione dalle parti in sedi di trattative (senza che giovi ulteriormente distinguere tra elementi essenziali e non essenziali) accompagnato dalla volontà di impegnarsi (*animus contrahendi*) di entrambe le parti” (E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, cit., 79). E questa è stata la posizione correttamente adottata dalla giurisprudenza, la quale ha recepito tale insegnamento e nelle sue decisioni ha valorizzato il ruolo della comune intenzione delle parti, tenendo separati il piano dell'accordo da quello dell'oggetto del contratto, in quanto il primo rileva in funzione della conclusione del contratto, mentre il secondo ai fini della validità del medesimo: “il carattere essenziale o meno degli elementi del regolamento contrattuale giuoca un ruolo determinante non in sede di formazione del contratto, ma in relazione alla sua validità” (G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1969, 205). Per ricordare alcune delle pronunce più rilevanti, cfr. *ex multis* Cass. 16 maggio 1975, n. 1893, in *Giur. it.*, Rep., 1975, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 108; Cass. 20 gennaio 1979, n. 457, in *Mass. Giust. Civ.*, 1979; Cass. 15 marzo 1982, n. 1691, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 199 ss., le quali negano rilevanza alla distinzione tra elementi principali o essenziali ed elementi secondari o accessori, richiedendo il raggiungimento dell'intesa sulla totalità delle clausole destinate a disciplinare il rapporto.

²¹¹ Come è stato correttamente messo in luce dalla dottrina, “le trattative costituiscono una fase meramente facoltativa nell'*iter* procedimentale per la formazione del contratto” in quanto esse “altro non sono che fasi o momenti del procedimento giuridico di formazione del contratto” (A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano 1966, 54 ss.).

²¹² N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., 286, il quale, con riferimento alla formazione del contratto, nota che “esso si forma con un procedimento piuttosto complesso, sia perché non siano stati prestabiliti i termini dell'accordo, sia perché complesso è il contenuto stesso del contratto, tale da fornire argomento a più ampie discussioni, il cui oggetto sarà la complessità o molteplicità delle prestazioni cui debba restare obbligata una delle parti, o il delicato tecnicismo che le caratterizzi [...] dovendosi il consenso delle parti raggiungere su tutto un insieme di modalità concrete, ciascuna delle quali deve essere discussa e precisata, sino a formare talora, nel loro insieme, un testo dalle proporzioni imponenti, in cui viene disciplinato tutto il complesso contenuto contrattuale” (*ibidem*). Nello stesso senso anche V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, II ed., Torino 2006, 178: “Ma se [...] la formazione del contratto, in coerenza con quanto accade generalmente nella realtà socioeconomica e nella pratica degli affari, si scompone in momenti successivi, ancorché strettamente connessi e conseguenti, ciascuno dei quali si caratterizza per situazioni e circostanze dotate sin nei fatti della vita materiale, di sufficiente grado di specifica individualità, occorrerà capire se l'apparente unitarietà del fenomeno delle trattative non consenta di qualificare, anche sotto il profilo giuridico, quelle situazioni in termini di autonomia concettuale e di propria valenza giuridica, sia pure nella prospettiva degli effetti negoziali finali”.

procedimento che conduce al raggiungimento dell'intesa negoziale con riferimento ad un regolamento contrattuale condiviso da tutte le parti coinvolte nella trattativa, dimostra che sempre più la formazione del contratto costituisce un “fenomeno oggettivamente complesso”²¹³, dal contenuto eterogeneo e composito, rispetto al quale l'accordo può raggiungersi in maniera progressiva e limitatamente ad alcuni aspetti o clausole dello stesso, perché ciò corrisponde ed è confacente agli interessi manifestati dalle parti nel corso della trattativa. Ammessa così “una sorta di formazione a gradi”²¹⁴ del contratto, si può giungere all'ulteriore affermazione per cui ogni volta che la volontà comune dei paciscenti converga verso la determinazione di uno specifico assetto negoziale, che è stato oggetto di discussione e di trattativa tra le stesse, questo sia sufficiente per costituire un accordo tra loro vincolante e quindi produttivo di effetti giuridici bilaterali, nonostante la sua collocazione temporale in una fase più ampia quale quella delle trattative, nella quale la contrattazione continua relativamente ad altri aspetti e ad altri profili del contratto da stipularsi²¹⁵. In linea di principio, pertanto, se le parti raggiungessero un'intesa limitatamente al patto di caparra confirmatoria, non vi sarebbe alcun ostacolo - né di ordine giuridico né di ordine logico - alla qualificazione del passaggio di denaro dal *tradens* all'*accipiens* ai sensi dell'art. 1385 c.c., in quanto si tratterebbe di un negozio dotato di autonoma rilevanza, sorretto da un proprio accordo, una propria causa e con un proprio oggetto, idoneo a collocarsi quale tappa intermedia nell'*iter* che conduce alla stipulazione del contratto principale al quale dovrà fisiologicamente accedere per svolgere la funzione che gli è propria.

Si deve rilevare, tuttavia, come tanto in dottrina quanto in giurisprudenza sia ricorrente l'affermazione in base alla quale la caparra confirmatoria non può validamente essere costituita durante la fase delle trattative, in quanto la stessa

²¹³ G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, cit., 190

²¹⁴ V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 178.

²¹⁵ “Rispetto al[la formazione progressiva del contratto] compito dell'interprete [...] è capire (e decidere, in ultima analisi), se le situazioni per così dire “intermedie” (tra il momento del contatto iniziale e quello della determinazione finale della regola contrattuale) assumano una propria autonomia concettuale e, soprattutto, assurgano a fattispecie giuridicamente qualificabili, in ordine alla definizione dell'assetto di interessi perseguiti con il regolamento contrattuale e, dunque, se ad esse siano attribuibili effetti giuridicamente apprezzabili in relazione alla definizione finale perseguita” (V. RICCIUTO, *op. cit.*, 178). Autonomia concettuale che, evidentemente, non è possibile riconoscere né alle minute o punteggiature né alle lettere d'intenti le quali hanno un valore meramente ricognitivo delle trattative svoltesi fino a quel momento, senza alcun valore giuridico, salvo l'eventuale rilevanza ai fini della responsabilità *ex art.* 1337 c.c. Questi documenti, infatti, al di là del *nomen iuris* adottato dalle parti, svolgono “una funzione storica e probatoria delle trattative contrattuali, in quanto con essi le parti intendono unicamente documentare l'intesa raggiunta solo su alcuni punti, rinviando la conclusione al momento successivo, nel quale avranno raggiunto l'accordo anche sugli altri” (M. EROLI, *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1997, 77, nt. 41). Per l'origine storica della nozione di punteggiatura, cfr. G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano 1915, 17 ss.

presuppone sempre la sussistenza di un vincolo giuridico²¹⁶. Questa impostazione implica un'interpretazione letterale dell'art. 1385 c.c. che, impiegando l'espressione «al momento della conclusione del contratto» di cui al primo comma, sembra richiedere la necessaria contestualità tra la costituzione della caparra confirmatoria e il perfezionamento del contratto cui questa accede; in altri termini, non sarebbe né valido né efficace il patto di caparra che intervenisse in un momento cronologicamente antecedente alla nascita del negozio principale, pena la nullità di causa della stessa caparra, la quale non sarebbe idonea a svolgere la sua particolare funzione di rafforzamento del vincolo contrattuale, non essendo questo ancora venuto ad esistenza²¹⁷. Alla luce di tale impostazione, nulla vieterebbe, al contrario, di prevedere la pattuizione di una caparra confirmatoria successivamente al perfezionamento del contratto principale, purché la sua costituzione avvenga prima dell'integrale esecuzione di entrambe le prestazioni contrattuali, il cui totale adempimento farebbe conseguentemente venire meno la finalità rafforzativa propria della caparra²¹⁸.

L'interprete, tuttavia, non può fermarsi alle statuizioni di principio ma deve necessariamente confrontarsi con la realtà delle contrattazioni nonché con le esigenze delle parti, al fine di comprendere quale sia la corretta qualificazione di

²¹⁶ Cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 30, per il quale la caparra non è ammissibile nel caso di obbligazioni naturali, di mere trattative, proposte contrattuali o promesse di matrimonio poiché, in tutte le suddette ipotesi, si registra l'assenza del vincolo giuridico. Nello stesso senso anche la giurisprudenza: con riferimento alle trattative, v. Pret. Savona 14 maggio 1992, in *Nuovo dir.*, 1994, 683, con nota di G. MEOGROSSI, *Differenze tra caparra e acconto con cenni a problemi di notifica*, il quale sottolinea come “l'importo consegnato in sede di primo contratto, non essendo destinato a integrare il corrispettivo di un recesso dal contratto - pacificamente non concluso - ovvero una caparra confirmatoria. è incompatibile, ex art. 1385 c.c., con la fase meramente precontrattuale cui le parti hanno dato luogo, risultando essere stato trattenuto *sine titulo*”. Nello stesso senso anche Pret. Manduria 20 gennaio 1988, cit., 327; Trib. Napoli 20 dicembre 1977, *Foro it.*, Rep., voce *Contratto in genere*, 1979, n. 235.

²¹⁷ Cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 32: “La pattuizione di una caparra confirmatoria anteriormente al contratto principale non è neanche astrattamente ipotizzabile, poiché, stante la sua natura accessoria, la caparra presuppone necessariamente l'esistenza del contratto cui accede”. Dello stesso avviso anche Cass. 13 febbraio 2006, n. 3017, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Contratto in genere*, n. 426: “La pattuizione con cui le parti convengono che la dazione di una somma di denaro costituisca caparra confirmatoria può intervenire anche dopo la conclusione del contratto e successivamente al versamento del relativo importo, purché prima della scadenza dell'obbligazione”.

²¹⁸ Così si esprime Cass. 15 aprile 2002, n. 5424, in *Riv. not.*, 1573: “La caparra confirmatoria costituisce un contratto che si perfeziona con la consegna di una cosa 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), e, sebbene la prestazione della caparra confirmatoria, necessaria al perfezionamento del contratto principale, le parti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, possono, tuttavia, differirne la dazione, in tutto o in parte, ad un momento successivo, purché anteriore alla scadenza delle obbligazioni pattuite”. Nello stesso senso, cfr. Cass. 4 maggio 1957, n. 1517, in *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 233, Cass. 23 maggio 1995, n. 5644, in *Foro it.*, Rep., voce *Contratto in genere*, n. 367; Cass. 31 maggio 1988, n. 3704, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 316.

tutti gli atti compiuti durante il corso delle trattative medesime, al di là della denominazione assegnata dai contraenti. Innanzitutto si deve ricordare quanto già accennato *supra* con riferimento alla possibile confusione concettuale - per nulla infrequente nella quotidianità degli scambi commerciali - tra caparra confirmatoria e altri istituti affini, che condividono con questa non soltanto il carattere della realtà ma, alternativamente, anche la funzione di anticipazione della prestazione ovvero la funzione di garanzia dell'adempimento e di serietà del vincolo assunto; confusione che in molti casi è causata dalle parti stesse, le quali provvedono a qualificare impropriamente come caparra confirmatoria versamenti di denaro che, ad un esame più attento, rispondono ad altre e diverse finalità²¹⁹. In maniera speculare, nell'ipotesi in cui i contraenti non utilizzino l'espressione caparra confirmatoria, ciò non impedisce l'intervento *ex post* - in chiave correttiva - dell'interprete al fine di sussumere sotto l'art. 1385 c.c. gli eventuali pagamenti effettuati a vario titolo. Il criterio cui fare riferimento in tutte queste situazioni di incertezza e di ambiguità terminologica è, come già ricordato, la comune volontà delle parti e la sua manifestazione in maniera espressa nel senso di volere costituire una caparra confirmatoria; si richiede, pertanto, sia al *tradens* nel momento in cui effettua il pagamento, sia all'*accipiens* quando lo riceve, di esternare la propria intenzione di assoggettarsi alla disciplina di cui all'art. 1385 c.c.²²⁰. In assenza di una specifica ed esplicita dichiarazione delle parti in tal senso, la *traditio* di denaro dovrà necessariamente ricondursi ad altri istituti (acconto, deposito cauzionale, caparra penitenziale), poiché in difetto di un'espressa manifestazione di volontà non è lecito presumere che le parti abbiano tacitamente deciso di sottoporsi a una pena civile²²¹. È stata riconosciuta del tutto legittima, al contrario, la successiva qualifica,

²¹⁹ In tali ipotesi, nonostante le parti qualificano impropriamente come caparra il versamento effettuato ciò non implica la necessaria e automatica applicazione dell'art. 1385 c.c.: cfr. C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro IV. Delle Obbligazioni (artt. 1362-1424)*, a cura di R. Sgroi, Milano 2011, 250.

²²⁰ Cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 112, il quale ricorda che “la caparra, come fattispecie negoziale, si realizza compiutamente quando le parti abbiano legittimamente manifestato il consenso ed effettuato la dazione”. Così anche A. GIAMPIERI, *La caparra e la clausola penale*, cit., 429, che sottolinea come “l'accordo, pur non richiedendo una particolare forma, va, in ogni caso, esteriorizzato, in quanto [...] la semplice dazione della cosa non risulterebbe sufficiente ad integrare gli estremi della caparra”. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass. 22 agosto 1977, n. 3833, in *Foro it.*, Rep. 1977, voce *Contratto in genere*, n. 202.

²²¹ Cfr. Cass. 29 dicembre 1955, n. 3964, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 324; Cass. 25 ottobre 1958, n. 3474; Cass. 22 agosto 1977, cit., n. 202. Nel senso che, in ogni caso, l'uso del termine caparra non è vincolante per il giudice, cfr. Cass. 2 luglio 2004, n. 12472, cit. 4136; Cass. 1 aprile 1995, n. 3823, cit. 367 (con riferimento alla dazione di una somma da parte del contraente che, ancorché qualificata a titolo di caparra confirmatoria, assolve alla diversa funzione di acconto sul prezzo e, quindi, come tale, vada qualificata). Peraltro non è inusuale che le parti decidano di consegnare la somma di denaro sia a titolo di caparra confirmatoria, sia a titolo di acconto: in questa ipotesi, il versamento va inteso come diretto, in linea di massima, ad assolvere alla duplice funzione di preventiva liquidazione del danno, per il caso di inadempimento, e di anticipato parziale pagamento, per

ad opera delle parti, di un pagamento effettuato in un periodo precedente, a titolo di mero acconto, come caparra confirmatoria²²².

5.2 Il momento costitutivo della caparra confirmatoria

L'analisi della fase della trattative è un passaggio obbligato ai fini del presente lavoro di ricerca poiché consente di cogliere il ruolo svolto dalla caparra confirmatoria in un contesto non astratto ma concreto, nel quale il raggiungimento dell'accordo relativo al contratto principale si risolve in un processo la cui durata e il cui contenuto non sono mai predeterminabili *a priori* a causa dell'estrema varietà delle fattispecie concrete riscontrabili nella prassi degli affari e, conseguentemente, richiede un approccio duttile con riferimento sia alla possibilità di anticipare temporalmente la costituzione della caparra confirmatoria, sia alla corretta qualificazione delle somme di denaro versate dalle parti durante la formazione progressiva del contratto. Ragionando per analogia, così come dal legislatore è concessa ai privati, nell'ambito della più generale autonomia contrattuale, la libertà di creare figure contrattuali atipiche – purché dirette a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c. - allo stesso modo dovrebbe riconoscersi alle parti contraenti la facoltà di sviluppare una modalità, per così dire, alternativa e personale (nel senso di personalizzata e adattata alle specifiche esigenze del caso concreto) del procedimento che conduce al perfezionamento del contratto²²³. Una atipicità, dunque, che non si manifesta con riferimento al tipo contrattuale - in quanto non viene creato un nuovo schema legale - ma piuttosto si sostanzia nella possibilità di seguire un percorso parzialmente diverso dalla prassi standardizzata e normalmente impiegata, sempre nel rispetto del principio della meritevolezza dell'interesse perseguito. L'approccio dell'operatore giuridico,

l'ipotesi contraria di adempimento (A. PISAPIA, *Compravendita di immobile e comportamento delle parti in pendenza della condizione*, cit., 341, nt. 27, con specifico riferimento a Cass. 6 febbraio 1980, n. 727).

²²² Cass. 13 febbraio 2006, n. 3071, cit., n. 426: “La pattuizione con cui le parti convengono che la dazione di una somma di denaro costituisca caparra confirmatoria può intervenire anche dopo la conclusione del contratto e successivamente al versamento del relativo importo, purché prima della scadenza dell'obbligazione”.

²²³ L'autonomia contrattuale, intesa quale la più rilevante estrinsecazione, da un punto di vista economico, dell'autonomia negoziale, è solita manifestarsi attraverso le c.d. libertà contrattuali, individuabili nella generale libertà di contrarre (per tale intendendosi tanto la libertà di concludere quanto di non concludere un contratto); la libertà nella scelta del contraente; la libertà di determinare il contenuto contrattuale in ragione delle specifiche e concrete esigenze dei contraenti, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1322, comma 1, c.c.; la libertà di creare nuovi tipi contrattuali, non appartenenti a quelli già tipizzati dal Legislatore, purché meritevoli di tutela per l'ordinamento, *ex artt.* 1322, comma 2, c.c. e 1323 c.c.; la libertà, infine, di determinare la forma dei contratti, impiegando forme convenzionali o pattizie, ai sensi dell'art. 1352 c.c. (cfr. P. PERLINGERI - C. DONISI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, estratto da *Manuale di diritto civile*, VII ed., Napoli 2014, 439 ss.).

pertanto, deve necessariamente porsi in un'ottica funzionalistica e teleologica, la quale si rivela l'unica in grado di cogliere l'unità dell'operazione economica posta in essere dalle parti, al fine di tutelarne e realizzarne gli interessi in maniera effettiva, bilanciando le contrapposte esigenze che si scontrano e si fondono nel regolamento contrattuale; approccio che si mostra, a ben vedere, del tutto conforme con la moderna nozione di causa del contratto, intesa non più quale funzione economico-sociale del contratto bensì quale funzione economico-individuale di ogni fattispecie legale²²⁴. Abbandonata così la tradizionale impostazione dogmatico-interpretativa imperniata sulla nozione di astrattezza e tesa alla realizzazione, attraverso lo strumento del contratto, degli interessi generali tutelati dall'ordinamento giuridico, si è giunti alla formulazione di una categoria di causa caratterizzata da un "profilo operativo e pratico"²²⁵ e, conseguentemente, destinata alla maggiore valorizzazione degli interessi particolari delle parti (da non confondere con i motivi personali delle stesse)²²⁶ coinvolte nella singola operazione negoziale, non solo al fine di dare

²²⁴ Senza alcuna pretesa di esaustività, data la vastità (e la complessità) del tema della definizione di causa concreta, in questa sede si intende semplicemente sottolineare come sia dottrina sia giurisprudenza abbiano abbandonato la nozione di causa quale funzione economico-sociale del contratto, legata a una "matrice ideologica" oramai obsoleta per abbracciare, al contrario, un'idea di causa quale funzione economico-individuale che sia "sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato), fermo restando che detta sintesi costituisce la ragione concreta della dinamica contrattuale e non anche della volontà delle parti" (cfr. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, 9, I, 1985); una sintesi non della volontà delle parti bensì della dinamica contrattuale, permettendo di superare la visione tradizionale per la quale la causa costituiva elemento di controllo dell'utilità sociale del contratto.

La moderna concezione dell'elemento causale, pertanto, si caratterizza per la valorizzazione degli interessi perseguiti dalle parti, per la rottura del binomio causa-tipo legale (dal momento che la nozione di causa astratta finiva inevitabilmente per coincidere con un determinato schema contrattuale) e, infine, per l'abbandono della logica della funzionalizzazione dell'autonomia privata al perseguimento dei fini superiori dell'ordinamento giuridico. Ciò emerge chiaramente dalle formulazioni di causa concreta offerte dalla migliore dottrina: cfr., *ex multis*, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2014, 256, che la qualifica come "interesse che l'operazione è diretta a realizzare"; secondo A. CAUTADELLA, *I contratti*, cit., 162, essa "rappresenta l'aspetto dinamico del complesso assetto di interessi alla cui realizzazione il contratto è finalizzato"; mentre V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 361, afferma che "la causa è la ragione giustificativa del contratto; è la sua *ratio*, cioè l'elemento che lo spiega razionalmente, che gli dà un senso razionale". Recentemente anche la giurisprudenza si è occupata del tema, definendo la causa concreta quale "sintesi della dinamica contrattuale ma non anche della volontà delle parti, come causa ancora iscritta nell'orbita di una dimensione funzionale dell'atto ma, questa volta funzione individuale del singolo specifico contratto posto in essere seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, tende a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti, adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale" (Cass. 29 maggio 2014, n. 12061)

²²⁵ E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e i problemi dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 985.

²²⁶ Come correttamente sottolinea U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino 1999, 54 ss., è innegabile che vi possa essere una coincidenza tra gli interessi regolati dal contratto e i motivi personali dei contraenti; l'irrilevanza dei motivi, tuttavia, non è una definizione aprioristica bensì trova il suo fondamento in relazione all'estensione dell'area contrattuale. In altri termini, poiché la causa seleziona determinati interessi e attribuisce loro oggettiva rilevanza nel regolamento negoziale, in quanto ritenuti meritevoli di protezione, debbono considerarsi motivi personali tutti quei bisogni che "restano estranei al riparto

effettiva attuazione al regolamento contrattuale progettato dai paciscenti, ma anche di controllare l'autonomia privata, tutelando in particolare la parte debole del rapporto “contro il rischio di atti capricciosi e imponderati”²²⁷, così che il contratto posto in essere diventi il luogo di emersione, di coesistenza e di ponderazione dei contrapposti interessi di cui le parti contraenti siano portatrici²²⁸.

Questo tipo di approccio nell'analisi dell'istituto della caparra confirmatoria si rivela utile non solo al fine di distinguerla e di porla a confronto con le summenzionate figure affini dell'acconto, della cauzione, della caparra penitenziale, ma soprattutto in rapporto al contratto principale alla quale la stessa accede, in quanto permette di avere una visione globale e complessiva della vicenda negoziale e dell'operazione economica posta in essere dalle parti²²⁹. In particolare, con

dei rischi inerenti al conflitto di interessi che ha evidenza giuridica nell'operazione presa in esame”. In quest'ottica, dunque, la causa appare come lo strumento in grado di operare una “selezione destinata a mettere a fuoco il nucleo di senso del contratto” (*ivi*, 55), lasciando fuori da quest'ultimo i moventi “mutevoli e soggettivamente irripetibili, proprio in quanto risultino sprovvisti di questa capacità di presa sul rapporto giuridico” (*ivi*, 55). Nello stesso senso anche la riflessione di L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 702, secondo cui la causa concreta “[non] deve risolversi in una mera proiezione di un disegno soggettivo, ma deve anche rilevare oggettivamente, ossia deve essere immediatamente o potenzialmente idonea a diventare operativa nella pratica”. Ciò che è importante, pertanto, è comprendere che “la concezione concreta della causa non significa (e non deve implicare) un ritorno alla concezione soggettiva della causa: cioè l'impropria valorizzazione delle motivazioni strettamente individuali di una parte, delle sue personali rappresentazioni psichiche, dei suoi interessi coltivati nel foro interno. Concreto non si identifica con soggettivo: la concretezza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività” (V. ROPPO, *Il contratto*, cit. 364). Pertanto è bene ricordare che “quando si individua la causa nello scopo pratico individuale occorre tenere presente che ci si riferisce all'individualità del contratto e non all'individualità delle parti: in questo senso la causa è lo scopo comune alle parti e obiettivato nel contratto” (R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova 2008, 72)

²²⁷ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Padova 2014, V, II, 1, 231. Con riferimento alla molteplicità di compiti svolti dalla teoria della funzione economico-individuale della causa, cfr. E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e i problemi dei rimedi*, cit., 984 ss., che le identifica nell'agevolazione dell'interpretazione del regolamento di interessi; nella semplificazione dell'accertamento della liceità; nell'offrire una garanzia minima di serietà del vincolo; nell'escludere - tramite la nullità - il rischio che il contratto sia, nel concreto, inidoneo a funzionare (e sia, quindi, “un atto irrazionale”); nel predisporre un termine di paragone al fine di operare un controllo sull'effettiva attuazione del contratto medesimo, per poter verificare se quest'ultimo “abbia funzionato”, dando così rilevanza “all'irrealizzabilità successiva della funzione programmata”.

²²⁸ In questo senso anche le parole di G.B. FERRI, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 903, con riferimento all'importante ruolo svolto dalla causa all'interno della vicenda negoziale, la quale costituisce, da un lato, “l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi [...] di cui la struttura è composta; dall'altro, poiché il contratto esprime appunto una regolamentazione di privati interessi, la causa appare l'indice di come tale regola privata sia l'espressione oggettiva delle finalità soggettive che gli autori del contratto intendono perseguire. [...] In sostanza, la causa, come funzione economico-individuale, vuole indicare la dimensione razionale e ragionevole (*Zweck* ed insieme *Grund*, se così si può dire) della specifica regola contrattuale, attraverso cui le parti hanno disciplinato i loro specifici e concreti interessi, tenuto conto appunto della specificità che in concreto li caratterizza”.

²²⁹ Sempre secondo G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, 371, la causa quale funzione economico-individuale del contratto “sta appunto ad indicare il valore e la portata che all'operazione economica nella sua globalità le parti stesse hanno dato”. Si deve riconoscere a questo Autore il valore della critica alla teoria della causa come funzione economico-sociale, la quale finirebbe per negare rilievo agli interessi perseguiti dalle parti, ponendosi così in netto contrasto con lo spirito innovatore della carta costituzionale (che notoriamente pone la persona al centro del sistema), il quale sarebbe invece adeguatamente valorizzato solo con una concezione

riferimento al problema del momento costitutivo del patto di caparra confirmatoria, la moderna categoria di causa concreta pare essere un prezioso strumento al fine della formulazione di una risposta che non si limiti alla considerazione statica del negozio concluso dalle parti, bensì sia in grado di cogliere la dinamica sottesa agli spostamenti patrimoniali effettuati dal *tradens* all'*accipiens* e, pertanto, valutarli in un'ottica tesa alla piena valorizzazione degli interessi perseguiti dall'uno e dall'altro contraente²³⁰.

Se dunque le trattative costituiscono spesso una necessaria e fisiologica tappa nell'ambito del percorso formativo del sinallagma contrattuale, il pagamento che venga effettuato in questo arco temporale non solo deve essere correttamente ricondotto a un determinato istituto giuridico ma soprattutto richiede che sia analizzato da un punto di vista funzionale, ponendolo in relazione con il futuro contratto – non ancora concluso – per poter addivenire a una soluzione affermativa o negativa circa la possibile valida costituzione di una caparra confirmatoria in un momento antecedente al perfezionamento del negozio principale cui essa accede. La collocazione del momento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. in un determinato orizzonte temporale (precedente, contestuale o successivo al perfezionamento del contratto principale) non va dunque valutata in sé e per sé ma in un'ottica *lato sensu* relazionale, che non si limita all'analisi della singola prestazione (identificabile nel versamento della somma da un soggetto all'altro) ma che invero presuppone l'esistenza di un contesto più ampio, il quale necessariamente coinvolge anche il contratto stipulando, mantenendo come parametro di riferimento, ai fini della validità del patto di caparra, la funzione

concreta della causa. La rivoluzione copernicana della causa è stata possibile grazie al passaggio storico dal sistema di stampo fascista e corporativista al sistema democratico repubblicano: cfr. ancora G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 141 ss., dove si sottolinea come, “caduto il sistema politico economico cui originariamente si riferiva il codice civile del 1942, recuperati, con la costituzione repubblicana, i valori di libertà e democrazia, l'autonomia privata, come del resto l'iniziativa economica privata e la proprietà, hanno perduto quel ruolo di funzione che il modello corporativo e dirigistico aveva loro attribuito. Inserita in un sistema che coniuga l'affermazione del ruolo centrale della personalità umana con i doveri di solidarietà politica, economica e sociale, l'autonomia negoziale ha recuperato fondamentali caratteri che la tradizione le aveva conferito. [...] In questo quadro la causa, come elemento essenziale del negozio, assume una fisionomia rinnovata”. E ancora: mentre la causa quale funzione economico-sociale costituiva un “meccanismo di controllo” dell'agire dei privati, il quale era stato massicciamente posto sotto controllo dallo Stato proprio attraverso l'elemento della causa, “la spia che consente di constatare la coerenza del fine privato con le finalità pubbliche”, la concezione dell'elemento causale quel funzione economico-individuale fa sì che questa si trasformi in “oggetto di controllo”, quale “elemento che tecnicamente collega l'operazione economica, cui il negozio dà vita, intesa nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori” (*ivi*, 143).

²³⁰ Si deve ricordare come, nell'ambito dell'approfondimento della nozione di causa concreta, vi è stata una parte della dottrina che ha ritenuto di attribuire alla causa del negozio il compito - forse più modesto o più essenziale – di “giustificare di fronte all'ordinamento i movimenti dei beni da un individuo all'altro” (cfr. M. GIORGIANNI, voce *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 573).

confirmatoria che le è propria; se così non fosse, si perderebbe di vista l'operazione economica nel suo complesso e, allo stesso tempo, si finirebbe per considerare il ruolo svolto dalla *traditio* in maniera del tutto astratta e isolata, mentre quest'ultima – lo si ripete – va compresa e collocata in un orizzonte di più ampio respiro, costituito propriamente dal futuro contratto cui la caparra confirmatoria dovrà accedere e il cui adempimento dovrà garantire.

In altre parole, al fine della sussunzione sotto l'art. 1385 c.c. del versamento di denaro effettuato precedentemente alla stipulazione del contratto cui questo pagamento è preordinato e che, nelle intenzioni del *tradens* e dell'*accipiens*, dovrebbe, da un lato, assicurare l'adempimento delle obbligazioni dallo stesso discendenti e, dall'altro, costituire una preventiva e forfettaria determinazione del danno nel caso di inadempimento, il criterio che dovrebbe guidare l'interprete risiede nella verifica della congruità dell'elemento causale caratterizzante la fattispecie concreta rispetto alla funzione tipica del negozio astratto; il che comporta, come conseguenza ulteriore, la valutazione circa l'idoneità del patto di caparra così costituito a svolgere la propria complessa e composita funzione confirmatoria.

La dottrina più risalente – anche sulla scorta dell'impostazione già adottata nel diritto romano classico e giustiniano, dove era riconosciuta e ammessa la figura dell'*arrha pacto imperfecto data* (distinguendola dall'*arrha pacto perfecto data*)²³¹ - consentiva senza remore la possibilità della dazione di una somma a titolo di caparra confirmatoria prima della stipulazione contrattuale, sulla base della semplice constatazione che la mancata conclusione del contratto principale non era per ciò stesso idonea a privare la caparra del suo scopo, individuato esattamente nella finalità di rendere certa la futura conclusione del contratto medesimo²³². In questa prospettiva, ciò che rileva sono soltanto il mantenimento e la conservazione della funzione confirmatoria, nonostante il contratto principale, che certamente costituisce necessario presupposto logico, ancora prima che giuridico, del patto di caparra, non sia ancora venuto ad esistenza, ma la cui stipulazione è prefigurata dalle parti come successiva tappa nell'ambito della formazione progressiva del vincolo contrattuale. Si tratterebbe, insomma, di un contratto non ancora in atto ma

²³¹ Cfr., *inter alia*, W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 894.

²³² Cfr. F. SCHUPTEK DA CHILOGGIA, *Il diritto delle obbligazioni*, Padova 1868, 159: “L'arra può essere data prima che la convenzione sia conclusa, *arrha pacto imperfecto data*; e il suo scopo è di rendere in certo modo necessaria cotesta conclusione che per se stessa dipende dall'arbitrio degli interessati. In forza di essa nessuna delle parti può recedere arbitrariamente senza danno; che se pure l'una o l'altra si ritirasse, come ne avrebbe il diritto, perderebbe l'arra quando l'avesse data, o dovrebbe dare il doppio quando l'avesse ricevuta”.

solo in potenza, in vista del quale, tuttavia, le parti di comune accordo decidono di rafforzarne anticipatamente la (futura) conclusione nonché l'adempimento (anch'esso futuro), attraverso il meccanismo delineato dall'art. 1385 c.c. Nonostante quest'ultimo ricorra alla formulazione «al momento della conclusione del contratto», che sembrerebbe non lasciare spazio a letture alternative, è stato tuttavia osservato che sarebbe opportuno considerarla quale una locuzione con “valore meramente indicativo”²³³, la quale, così come non esclude l'eventualità - generalmente ammessa - di una caparra confirmatoria successiva all'avvenuta sottoscrizione del contratto, analogamente non precluderebbe la possibilità del versamento del denaro o delle *res* fungibili in un momento anteriore²³⁴. L'opinione contraria, che fa leva sia sul dato testuale, sia sull'impossibilità per la caparra di svolgere la funzione confirmatoria che le è propria in assenza di un contratto già perfezionatosi, parte dal presupposto che la *traditio* effettuata nell'ambito delle trattative o comunque anteriormente alla conclusione del contratto non sia sorretta da un'adeguata e sufficiente ragione giustificatrice, situandosi in un momento caratterizzato dall'assenza di qualunque tipo di vincolo giuridico, che invece costituisce - come si è avuto modo di analizzare nei paragrafi precedenti - necessario presupposto per la valida costituzione del negozio di caparra confirmatoria, la quale strutturalmente richiede la sussistenza di un contratto giuridicamente vincolante e produttivo di effetti, il cui adempimento è, se non assicurato, quanto meno rafforzato e sostenuto proprio attraverso il versamento della somma oggetto della caparra. Questo convincimento, tuttavia, si mostra, ad un'analisi più attenta, errato nella sua premessa di fondo perché si basa su un assunto - l'assenza di vincolatività delle trattative - la cui validità deve essere non aprioristicamente accettata bensì

²³³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 368. Dello stesso avviso anche W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., 895, il quale, nel sottolineare la centralità e l'assoluta rilevanza dell'accordo delle parti nel senso di costituire una caparra, pena la qualificazione della dazione come mero acconto, sottolinea che il fatto che questo accordo “avvenga contemporaneamente o non al contratto, non monta”. E aggiunge che nonostante “nelle fonti romane si legge di un patto *in continenti* e nell'art. 1385 c.c. si parla della conclusione della convenzione, ciò non significa che la contemporaneità tra le due convenzioni sia carattere essenziale per l'efficacia della clausola accessoria” (*ibidem*). Sostanzialmente si esprime negli stessi termini anche N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., 1374, per il quale la contemporaneità o meno tra la convenzione di caparra e il contratto principale non ha carattere essenziale per l'efficacia della prima. Favorevole alla dazione della caparra “prima del completamento del processo di formazione del contratto” anche V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 194.

²³⁴ Con riferimento alla non necessarietà della contestualità tra consegna e conclusione del contratto, v. anche la riflessione di A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 347, che, sebbene con riferimento alla più ampia categoria dei contratti reali, rileva come spesso questi due atti “appartengono ad una vicenda temporalmente unitaria” ma “la unità temporale e spaziale vuole essere il frutto di un'evenienza occasionale, che peraltro può non trovare riscontro in singole ipotesi, ma del resto, anche quando abbia luogo, non vuole esprimere di certo un principio di giuridica necessità ossia una costante giuridica del fenomeno che ne condizioni la identificazione sul piano giuridico e la possibilità di impiego effettivo”.

necessariamente dimostrata e che, a ben vedere, nasconde una dinamica più complessa di rapporti e situazioni, tali da suscitare l'interrogativo se sia possibile per le parti, in questa fase prodromica alla conclusione del contratto principale, assumere un impegno vincolante limitatamente al negozio di caparra²³⁵. Lo stadio delle trattative, infatti, nel quale si condensa l'intenso "lavorio preparatorio"²³⁶ delle parti in vista del contenuto contrattuale, può essere idealmente scomposto in una molteplicità di momenti che, complessivamente considerati, sono strutturati e indirizzati al raggiungimento dell'accordo, ma che singolarmente presi constano di una serie di atti giuridici, tra i quali ben può essere annoverato il versamento di una caparra confirmatoria, sulla base della comune intenzione delle parti contraenti²³⁷.

Ciò che sembra determinante ai fini della validità del patto di caparra in assenza dell'avvenuto perfezionamento del contratto risiede proprio nel riconoscimento, da un lato, della volontà del *tradens* e dell'*accipiens* di costituire una fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. e, dall'altro, della funzionalizzazione del versamento avvenuto a titolo di caparra confirmatoria al perfezionamento del contratto principale ovvero al rafforzamento delle obbligazioni dallo stesso derivanti, una volta che questo sarà concluso²³⁸. È infatti possibile e frequente

²³⁵ La costituzione di accordi vincolanti nel periodo delle trattative è testimoniata dalla possibile presenza, in questa fase, dei c.d. rapporti giuridici preparatori (detti anche negozi giuridici preparatori) ai quali vanno ricondotti i patti di opzione, il contratto preliminare, il patto di prelazione e i contratti normativi (tra cui le convenzioni sulla forma), i quali, tuttavia, sono figure a sé stanti e vengono pertanto qualificate con la denominazione di intese (per tenerle distinte dai meri accordi preparatori, quali la puntuazione e la minuta, non aventi carattere vincolante). Ciò che si vuole dimostrare, tuttavia, è la possibile costituzione, a latere di tali figure, di un accordo di caparra ai sensi dell'art. 1385 c.c. con valore vincolante e, da questo punto di vista, assimilato a tali intese per quanto concerne la vincolatività e la (relativa) definitività.

²³⁶ L. ROVELLI, *Responsabilità precontrattuale in caso di mancata conclusione del contratto. Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, II, Torino 2000, 238.

²³⁷ Come sottolinea V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 179, poiché la fase delle trattative è composta di una molteplicità di momenti intermedi, è necessario che di questi se ne ricostruisca la funzione, "nella prospettiva di comprenderne l'idoneità a produrre effetti giuridicamente apprezzabili, che potranno apparire ora finalizzati alla definizione dell'assetto di interessi voluti dalle parti, che si avrà solo con la regola contrattuale; ora essi stessi definitivi, configurandosi così, quel momento, a ben vedere, solo apparentemente intermedio, ma in realtà, secondo la ricostruzione della volontà delle parti, riconducibile a una fattispecie negoziale che, per struttura e funzione, ben si presenti con i caratteri della definitività e della completezza di un regolamento contrattuale".

²³⁸ Nel primo caso, peraltro, la caparra si avvicina in qualche modo al meccanismo del contratto preliminare, in quanto la *datio* intervenuta tra le parti costituisce la premessa necessaria e antecedente, nonché vincolante, per pervenire alla sottoscrizione del negozio principale. L'avvenuto perfezionamento del patto di caparra, analogamente a quanto previsto in tema di preliminare, obbliga le parti alla conclusione del definitivo, e del preliminare condivide la c.d. funzione normativa, in quanto ha la capacità di obbligare "alla creazione di un ordinamento definitivo del singolo rapporto, fonte degli effetti progettati nell'intesa meramente programmatica" (R. CALVO, *Il contratto preliminare. Art. 1351*, in *Il Codice Civile: commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano 2016, 5). L'ammissibilità della caparra in assenza di un contratto già concluso si coordina, peraltro, con quanto sostenuto da quella dottrina che ammette la validità di una caparra per una promessa di contratto, "sul presupposto che se la promessa è stata accettata e la caparra ricevuta c'è sostanzialmente un contratto preliminare, da cui deriva l'obbligo di concludere il definitivo" (A. FERRARA, *Appunti sulla caparra*, in *Dir. e giur.*, 1957, 5).

osservare che, in occasione della formazione progressiva del contratto, nella quale “la strada del contratto viene percorsa a tappe”²³⁹, le parti, nel tentativo di dare concreta rilevanza all'operazione economica dalle stesse perseguita, si discostino dallo schema tradizionale per il perfezionamento del vincolo negoziale ma, nell'ambito e in forza della loro autonomia contrattuale, diano vita ad una sequenza alternativa, atipica - analogamente a quanto avviene con la creazione della fattispecie negoziali atipiche - la quale è caratterizzata dalla corresponsione di una somma a titolo di caparra confirmatoria, proprio al fine, da una parte, di testimoniare la serietà dell'impegno che intendono assumere con il futuro contratto e, dall'altra, di indurre all'adempimento, intendendosi per quest'ultimo non solo, in un'accezione più ampia, il perfezionamento del contratto principale, ma anche l'adempimento *stricto sensu* delle obbligazioni derivanti da quest'ultimo (come previsto dall'art. 1385 c.c.), in vista della tutela della parte diligente del rapporto per il caso di inadempimento²⁴⁰.

²³⁹ F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, cit., 315. Sempre in relazione al fenomeno della formazione progressiva della fattispecie contrattuale, cfr. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1974, 7 ss., che ricorrerebbe “quando il perfezionamento del contratto non avviene per mezzo della semplice e immediata congruenza di una dichiarazione di accettazione con quella di proposta, ma per effetto di una più complessa sequenza di atti, scaglionati nel tempo”. Lo stesso Autore, peraltro, ritiene frutto di una confusione concettuale la mancata differenziazione tra la nozione di formazione progressiva del contenuto contrattuale e quello della formazione progressiva della fattispecie, la quale, pertanto, si riflette nell'equiparazione, sotto la categoria unitaria di negozi preparatori, di figure quali i c.d. accordi preliminari (minute, punteggiamenti, *pactum de tractando*), da un lato, e il vero e proprio contratto preliminare (con le figure della proposta irrevocabile, della prelazione e dell'opzione), dall'altro. Secondo questa ricostruzione, una tale parificazione risulta “palesamente inaccettabile” poiché, se è vero che gli accordi preliminari sono un utile strumento al fine della fissazione su alcuni punti del contratto, idonei a suscitare nelle parti una “fondata attesa” sulla possibilità di trovare un futuro accordo su quei punti rimasti, invece, ancora oggetto di discussione, tale aspettativa, tuttavia, è tutelabile solo alla luce dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative, *ex art. 1337 c.c.* Mentre qualora la fondata attesa venga recepita in un contratto preliminare (ovvero sia formalizzata in un patto di opzione, in un diritto di prelazione ovvero sia contenuta in una proposta irrevocabile), questa certamente godrà di un diverso e più intenso grado di protezione; pertanto, conclude l'Autore, non ha senso “accunare in una categoria unitaria fattispecie che danno luogo a situazioni diversamente tutelate e, quindi, strutturalmente differenti” (*ivi*, 9).

²⁴⁰ In tema di autonomia privata è interessante la riflessione di E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II ed., Milano 2006, 43 ss., il quale, anche in considerazione della crescente rilevanza della *lex mercatoria* nel diritto degli affari, da un lato, e dell'evoluzione del diritto europeo, dall'altro, suggerisce un'interpretazione della nozione non in un'ottica statica, come ha sempre fatto la dottrina tradizionale, ma in un'ottica dinamica e relazionale, ponendola a confronto con la nozione di operazione economica, intendendosi per quest'ultima come una nuova categoria del diritto dei contratti, che “identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e degli altri comportamenti si collocano”. Partendo dalla considerazione che il moderno diritto dei contratti richiede che l'interpretazione del contratto sia quanto più globale e completa, al fine di coglierne la complessità e la molteplicità di interessi – spesso tra loro confliggenti - che ne sono alla base, si giunge ad affermare che l'operazione economica è “lo schema logico-concettuale idoneo di cogliere nella sua interezza e globalità l'essenza dell'affare stesso”. Questa modalità di approccio alla realtà negoziale ci pare del tutto corretta e si ritiene vada applicata alla fattispecie in esame, dal momento che solo attraverso la categoria dell'operazione economica è possibile riconoscere ulteriormente giuridica rilevanza a quel versamento di caparra intervenuto nella fase delle trattative,

La tesi che rifiuta l'ammissibilità di una caparra confirmatoria costituita in un periodo antecedente a quello della stipulazione del contratto è innanzitutto frutto di un errato convincimento circa l'assoluta non vincolatività delle trattative, in quanto non ritiene possibile la creazione di un vincolo giuridico *a latere* di quello che sorgerà dal contratto principale, confondendo la meta con le tappe necessarie per raggiungerla: se si seguisse questa impostazione, non sarebbe nemmeno ammissibile la configurabilità di una responsabilità precontrattuale nella fase della trattative come conseguenza della violazione del principio di buona fede (fatto ritenuto idoneo dall'ordinamento per il sorgere di obbligazioni a carico di entrambi i contraenti)²⁴¹, la quale notoriamente si colloca in un contesto caratterizzato dall'assenza del contratto e, tuttavia, è idonea a far sorgere un vincolo giuridico dal quale non solo discendono specifici obblighi suscettibili di adempimento ma che è anche fonte di responsabilità per il caso di sua violazione²⁴². In secondo luogo, la suddetta tesi è sostenibile solo se non è stata correttamente intesa la funzione propria della caparra confirmatoria né tanto meno la sua struttura - quale negozio autonomo sorretto da una causa diversa e altra rispetto a quella sottesa al contratto principale: l'inquadramento dell'art. 1385 c.c. all'interno della categoria del negozio giuridico, in luogo della sua classificazione come mero atto materiale o come semplice clausola accessoria, comporta infatti l'ontologica autonomia della fattispecie, nonostante il necessario collegamento con il negozio principale²⁴³.

in un momento segnato dall'inesistenza del contratto *tout court* eppure funzionalmente preordinato al perfezionamento dello stesso. Riconosce la validità dell'autonomia logica-concettuale della nozione di contratto quale operazione economica anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 73, per contrapporla a quella di contratto come concetto giuridico, ritenendole inoltre non sovrapponibili, essendo il secondo "l'involucro o la veste esteriore" del primo, con il risultato che "il contratto concetto-giuridico risulta strumentale al contratto operazione-economica".

²⁴¹ Cfr. M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 70 ss., il quale, nel sottolineare l'abbandono della vecchia impostazione contenuta nell'art. 1907 del codice del 1865 (che riproponeva la quadripartizione del sistema francese, delineando così uno schema rigido nell'elencazione delle fonti delle obbligazioni), ritiene che "il carattere del tutto elastico" dell'art. 1173 c.c. consenta anche a quelle ipotesi - considerate "zone di confine" ovvero un *tertium genus* tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale - di responsabilità *in contrahendo* di essere ascritte alla categoria del contratto o dell'atto illecito quali fonti di obbligazioni. Il superamento del sistema rigido del codice abrogato, infatti, attraverso l'abbandono del riferimento alla legge quale fonte di obbligazioni bensì all'ordinamento giuridico, comporta che a quest'ultimo sia riservato il giudizio di idoneità di ogni singolo atto o fatto (come la buona fede, appunto) ad assurgere al rango di fonte di obbligazioni, avvicinandosi così all'approccio adottato dal sistema del BGB, che rifiuta ogni elencazione delle fonti delle obbligazioni.

²⁴² Per le riflessioni in tema di responsabilità precontrattuale, più approfonditamente *infra*, p. 123 ss.

²⁴³ Anche la giurisprudenza cade nell'errore nel momento in cui afferma che "la pattuizione della caparra, in quanto costituisce convenzione accessoria, è ipotizzabile solo se il contratto principale, al quale la caparra accede, e che ne rappresenta il necessario presupposto oggettivo, sia stato validamente concluso" e pertanto "se ne deve escludere la configurabilità e ritenere che la dazione della somma sia stata eseguita a titolo di acconto o anticipo sul prezzo già verbalmente pattuito, se la dazione stessa abbia suggellato la conclusione di mere trattative verbali intercorse ai fini della compravendita di immobili" (Trib. Napoli, 12 maggio 1966, in *Nuovo dir.*, 1968, con nota di A. MALINCONICO, *Responsabilità precontrattuale e caparra confirmatoria*). In questa ricostruzione,

Si deve pertanto riconoscere alle parti, anche alla luce del principio dell'autonomia privata, il potere di costituire una caparra confirmatoria in una fase antecedente il perfezionamento del contratto principale, purché venga esplicitata la volontà di assoggettarsi alla disciplina e agli effetti previsti dall'art. 1385 c.c., pena la qualificazione della *datio* come cauzione, deposito o acconto per le ragioni esposte *supra*²⁴⁴; l'intesa così raggiunta va considerata valida ed efficace innanzitutto sulla base di una interpretazione non letterale della norma, in cui l'avverbio «contestualmente» non deve essere inteso come limitativo della possibilità di una caparra confirmatoria anteriore o successiva alla creazione del vincolo contrattuale, ma semplicemente come indicativo dell'ipotesi più comune e frequente di versamento della somma a titolo di caparra, che dunque non esclude altre situazioni concrete, seppur meno ricorrenti nella prassi²⁴⁵. In secondo luogo, l'argomento decisivo e più convincente a sostegno della possibilità della valida costituzione di una caparra confirmatoria cronologicamente precedente il contratto al quale accederà, si rinviene nell'affermazione che l'anticipazione della *traditio* a titolo di caparra confirmatoria non ne altera l'elemento causale, il quale rimane costante e si rivela idoneo a svolgere la funzione che gli è propria, come previsto dall'art. 1385 c.c. Questo approccio, infine, sembra anche l'unico conforme alla moderna configurazione della causa in concreto del contratto e, conseguentemente, il solo in grado di cogliere la realtà delle contrattazioni poiché, collocandosi al di là dei rigidi schemi formali, si mostra atto a valutare e ad attribuire la corretta importanza all'operazione economica nel suo complesso (e quindi, di riflesso, anche alle concrete esigenze perseguite dalle parti, per l'ipotesi in cui decidano di frazionare l'*iter* diretto alla formazione del vincolo contrattuale); negare rilevanza

si esclude a priori che la caparra possa validamente costituirsi proprio al termine di quelle trattative, il cui oggetto di discussione è limitato al versamento della caparra stessa, confermando in maniera tangibile l'intesa raggiunta, in vista del contratto principale avente ad oggetto un diritto immobiliare (nel caso di specie, dichiarato oltretutto nullo per mancanza della forma scritta richiesta *ad substantiam*). Si potrebbe affermare che, come con lo strumento del contratto preliminare le parti raggiungono l'intesa su alcuni punti, peraltro di carattere essenziale, dell'accordo contrattuale, così attraverso la *traditio* prevista dall'art. 1385 c.c. le parti pongono un primo ma rilevante segno - produttivo di effetti vincolanti a carattere bilaterale - nella direzione che conduce alla sottoscrizione del negozio principale.

²⁴⁴ La caparra confirmatoria, quale contratto reale, del resto, presuppone per la sua esistenza giuridica la sussistenza di due elementi: innanzitutto la consegna, richiesta per il perfezionamento del contratto e, quindi, *quoad constitutionem*; e, secondariamente, il consenso, quale elemento imprescindibile di tutti i contratti e che, in quelli consensuali, è di per sé sufficiente ai fini della sussistenza del contratto (*sufficet consisse*) (cfr. N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., 518 ss.)

²⁴⁵ Con riferimento alla possibilità di costituire un contratto reale tramite un versamento anticipato, cfr. Cass. 28 luglio 1943, n. 1955, in *Riv. dir. comm.*, 1945, II, 63, dove è stata ritenuta non necessaria, ai fini del perfezionamento di un contratto di mutuo, la contemporanea materiale dazione del denaro al mutuatario, potendo la consegna essere anteriore alla stipulazione dell'atto ed essere persino fatta non direttamente al mutuatario bensì un terzo per suo conto.

al versamento effettuato dal *tradens* all'*accipiens*, avente la specifica funzione, in maniera alternativa, di indurre alla conclusione del contratto principale o all'adempimento delle obbligazioni da quest'ultimo derivanti, significa abbracciare inevitabilmente un'impostazione rigida e dunque insufficiente a comprendere la realtà economica sottesa tanto al patto di caparra confirmatoria (non valorizzandone adeguatamente il ruolo nell'ambito della fattispecie negoziale alla quale accede) e al contratto principale da stipularsi, singolarmente considerati, quanto alla fattispecie complessa derivante dal collegamento tra i due negozi, con l'ulteriore inevitabile conseguenza di non attribuire giusto valore agli interessi valutati rilevanti dalle parti medesime²⁴⁶.

Una simile ricostruzione non solo si rivela perfettamente compatibile con la struttura propria della fattispecie di caparra confirmatoria, della quale mantiene e preserva l'elemento causale, ma si dimostra anche del tutto idonea a spiegare l'atteggiamento spesso tenuto dalle parti nella prassi della contrattazione (in modo particolare quella del settore immobiliare), che si traduce nella precisa volontà di rimandare - per le più varie ragioni - la stipulazione formale del contratto in un momento successivo, nonostante i contraenti siano già concordi nel volere instaurare tra loro un vincolo giuridico produttivo *ex nunc* di effetti per entrambi²⁴⁷. Per comprendere ancora meglio l'importanza della possibilità di concludere un patto di caparra confirmatoria in un momento antecedente alla conclusione del contratto principale, nonché i rapporti intercorrenti tra i due negozi, anche in considerazione dell'estensione delle prescrizioni formali eventualmente gravanti sul secondo, si pensi all'ipotesi nella quale si assiste alla valida costituzione di una caparra confirmatoria sebbene in assenza e precedentemente al perfezionamento del contratto principale, dal momento che quest'ultimo non riveste la forma scritta

²⁴⁶ Se così non fosse, si rischierebbe di perdere di vista l'operazione giuridica nel suo complesso, la cui struttura si compone, come noto, di due distinti negozi giuridici, tra loro connessi e collegati; a questo proposito, si deve notare che l'impiego della summenzionata categoria dell'operazione giuridica (cfr. nt. 102) si rivela oltremodo utile per cogliere l'unità funzionale del contratto in presenza di una pluralità di contratti: "l'operazione economica, infatti, quale schema unificante l'intero assetto di interessi disegnato dall'autonomia privata, penetra all'interno delle singole cause che compongono il collegamento negoziale, qualificandole in concreto, a prescindere dalla causa tipica dei singoli schemi negoziali" (E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 102).

²⁴⁷ A proposito, G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 20, prende come esempio l'intervenuto accordo, relativo ad un contratto di compravendita immobiliare, verbalmente intervenuto tra le parti, "le quali abbiano stabilito di vedersi successivamente davanti a un notaio per la stipula del relativo contratto, e nel frattempo, per dare concreta rilevanza all'accordo raggiunto, pongano in essere una caparra". In questa ipotesi certamente non può dirsi che si sia costituito un contratto di compravendita eppure "non v'è motivo di disconoscere validità alla caparra, dato che questa può egualmente perseguire la sua funzione confirmatoria: è, cioè, idonea ad assicurare la regolare esecuzione delle obbligazioni assunte dalle parti, mentre rappresenta la prova (*signum*) dell'accordo raggiunto dai contraenti" (*ibidem*).

imposta dalla legge ai fini della sua validità ma è stato unicamente concluso in forma orale, in forza di meri accordi verbali intervenuti tra le parti. Si comprende immediatamente che la ricorrenza di una tale fattispecie concreta nella pratica degli affari costringe l'operatore giuridico ad ampliare la riflessione sulla caparra confirmatoria e merita dunque una trattazione a sé, che verrà svolta nei paragrafi a seguire.

5.3 Le compravendite immobiliari e il ruolo del mediatore

Le riflessioni svolte fino a questo momento richiedono un'ulteriore analisi qualora si passi a considerare la caparra confirmatoria in quello che sembra ragionevolmente essere il suo terreno d'elezione e l'ambito nel quale viene impiegata con maggiore frequenza, ossia la realtà delle contrattazioni immobiliari. Nonostante la fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. non sia sorta in origine per svolgere precipuamente la funzione di prova o garanzia dell'adempimento di contratti aventi ad oggetto diritti reali immobiliari, nel diritto contemporaneo è indubbio che, quando si parli di caparra confirmatoria, nella maggior parte dei casi si è di fronte ad un contratto traslativo di immobili²⁴⁸. Alcuni tra gli aspetti più rilevanti emergenti dalla prassi delle contrattazioni consistono, da un lato, nella corretta qualificazione dei versamenti effettuati dal soggetto interessato all'acquisto del bene immobile nella fase iniziale del processo di formazione del contratto e che si conclude al momento della sottoscrizione dell'atto pubblico di fronte al notaio; dall'altro, nella valutazione della validità e dell'efficacia di una convenzione di caparra che sia strutturalmente collegata a un contratto di vendita immobiliare concluso in forma orale, nonostante esso sia una delle principali ipotesi compresa nell'elencazione di cui all'art. 1350 c.c., per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*: è agevole comprendere che in quest'ultima particolare ipotesi si pone in maniera quanto mai evidente un problema di coordinamento tra caparra confirmatoria e negozio principale al quale la stessa inerisce. Poiché nella prassi delle contrattazioni spesso si registra una formazione a tappe del vincolo

²⁴⁸ Non è escluso che l'impiego del meccanismo di cui all'art. 1385 c.c. possa essere impiegato anche nei contratti di locazione, per i quali si pone tuttavia il problema della forma scritta *ad substantiam* sono nel caso in cui abbiano una durata superiore a nove anni, come stabilito dall'art. 1350, n. 9, c.c. Anche la dottrina registra lo scarso utilizzo nei contratti di locazione della caparra confirmatoria, "la cui funzione è, di solito, collegata con contratti ad esecuzione istantanea o differita, e non a quelli ad esecuzione continuata" (A. TABET, *La locuzione-conduzione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXV, Milano 1972, 346). Semmai, potrebbero rinvenirsi ipotesi in cui la caparra confirmatoria accede a un preliminare di locazione, "che infatti realizza un tipo di contratto ad esecuzione istantanea, ancorché differita, e per il quale è concepibile la forma di rafforzamento costituita dalla caparra" (*ibidem*).

contrattuale e il raggiungimento di un'intesa meramente verbale relativamente al contratto principale, parallelamente al versamento di una somma a titolo di caparra confirmatoria e sulla base dell'ulteriore accordo di rimandare la formalizzazione a un momento successivo, il fulcro della riflessione, come si può immediatamente intuire, coinvolge lo scollamento tra la forma orale nella quale si condensa il contratto principale (e, conseguentemente, anche l'accordo relativo alla caparra confirmatoria) e la forma, necessariamente scritta, richiesta per la validità del futuro contratto; qualora nella prassi si riscontri una tale fattispecie concreta, l'interprete è dunque chiamato a qualificare il pagamento che sia stato effettuato in base agli accordi verbali e a valutarne l'efficacia in relazione al contratto da stipularsi, per poter rispondere al quesito se il requisito formale di quest'ultimo condizioni anche la dazione di denaro effettuata tra le parti in sede di trattative.

A una prima e superficiale considerazione, infatti, la somma eventualmente versata tra due soggetti, ovvero da uno dei paciscenti a un terzo (solitamente il mediatore immobiliare, impropriamente definito agente immobiliare)²⁴⁹ sembrerebbe collocarsi nel vuoto giuridico, in quanto mancante del requisito formale richiesto a pena di nullità per il contratto in funzione del quale è stata convenuta tra le parti e in quanto priva – in senso lato - del contratto principale, che come noto ne costituisce la ragion d'essere, al quale è funzionalmente e strutturalmente collegata, non essendo tale contratto ancora concluso.

Per comprendere adeguatamente il fenomeno, è necessario che il discorso prenda avvio dall'analisi della struttura tipica di un contratto di compravendita immobiliare concluso attraverso l'intermediazione delle c.d. agenzie immobiliari (che da tempo rivestono un ruolo di primo piano nelle contrattazioni immobiliari); tale tipo contrattuale è stato oggetto di un specifico intervento da parte del legislatore con la l. n. 39/1989, la quale ha regolato compiutamente la figura del mediatore immobiliare²⁵⁰. Dall'analisi dell'attuale prassi immobiliare si rileva che

²⁴⁹ Il contratto di agenzia è definito dall'art. 1742 c.c. come quel contratto con cui «una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata». Come è stato notato dalla dottrina, è dallo stesso dato normativo che «emerge, con forza e univocità il carattere della stabilità che, da un lato, caratterizza il contratto di agenzia, e che dall'altro, costituisce il principale elemento di differenziazione rispetto alla mediazione» (M. BLANDINI - M. DE COSTANZO, *La mediazione nella giurisprudenza*, Milano 2007, 258). Mentre il mediatore, infatti, «si adopera per la conclusione di singoli affari, l'agente collabora stabilmente con l'imprenditore al fine di incrementare la sua attività, con la conclusione di tutti gli affari che si rendano possibili e convenienti in una determinata zona e per tutta la durata del contratto» (*ibidem*). Per quanto concerne la giurisprudenza, cfr. Cass. 16 febbraio 1993, n. 1916, in *Giust. civ.*, 1993, 12, 1, 3013.

²⁵⁰ La legge 3 febbraio 1989, n. 39 intitolata «La disciplina della professione mediatoria» ha svolto una funzione di raccordo e di coordinamento con le norme del codice civile in tema di contratto di mediazione, inserendo inoltre delle specifiche previsioni che riflettessero le peculiarità proprie del mercato e della contrattazione immobiliare. Ne è conseguito, «da un lato, l'affinamento di quelle

questa è solita articolarsi in tre ovvero in quattro fasi (la sostanza non cambia), che inevitabilmente conducono verso una “frantumazione del principio consensualistico”²⁵¹: nella prima fase il soggetto intenzionato a vendere conferisce

obbligazioni che, in termini generali, incombono su qualsivoglia mediatore, dall'altro, e di conseguenza, la messa a punto di modelli contrattuali volti a mitigare i costi dei sempre maggiori oneri posti a carico di detti mediatori” (E. GIACOBBE, *Il contratto di mediazione*, in *Trattato di diritto privato*, XIV, Torino 2015, 291). L'art. 2 n. 2 della stessa legge prevedeva, inoltre, l'iscrizione degli agenti immobiliari in un'apposita sezione (la prima) dell'albo degli agenti di affari in mediazione, non solo per coloro che svolgano l'attività in modo continuato ma anche per coloro che la esercitino in modo occasionale o discontinuo, purché a titolo oneroso (art. 2, comma quarto). Il ruolo di cui al suddetto articolo, tuttavia, è stato soppresso dall'art. 73 del d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59 e sostituito dall'iscrizione nel registro delle imprese oppure nel c.d. REA (repertorio delle notizie economiche e amministrative). Non è mancato chi ha sottolineato come la l. 39/1989 ricorra all'espressione atecnica di “mandato di mediazione”, dal momento che “in diritto civile, il mediatore è terzo rispetto all'affare oggetto di intermediazione, il mandatario con rappresentanza è parte formale, mentre il mandatario senza rappresentanza è parte sostanziale con l'obbligo di riversare gli effetti del negozio nel patrimonio del mandante. Si osservi come il mediatore eserciti attività materiale, laddove il mandatario è chiamato allo svolgimento di attività giuridica” (A. DONZELLA CAMPANA, *La responsabilità del mediatore in ipotesi di intermediazione immobiliare*, in *Vita not.*, I, 2000, 138). Il tema si connette direttamente al problema del confine tra il ruolo di mediatore e quello di mandatario, che spesso viene superato per il particolare contenuto di alcune clausole contenute nei moduli prestampati forniti dagli stessi agenti immobiliari, le quali “sembrano talora superare i confini del rapporto mediatorio per entrare in altri territori contrattuali” (G. DI CHIO, voce *Mediazione e mediatori*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IX, Torino 1993, 394). In questi moduli, infatti, si prevede che il mediatore, “oltre alle attività di messa in relazione, compia uno o più atti giuridici per conto del cliente; con essi, non di rado l'agente immobiliare viene autorizzato a redigere e far sottoscrivere dalle controparti proposte di acquisto o di vendita: [...] si tratta di stabilire se nei casi in cui il mediatore viene autorizzato, una volta esauritasi l'attività di messa in relazione, a rappresentare il cliente per la conclusione del contratto così procurato, si abbia un patto del contratto di mediazione o un contratto misto di mediazione e mandato” (A. LUMINOSO, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, II ed., Milano 2006, 187). La risposta corretta necessiterebbe di un'ulteriore distinzione, individuando un primo modello, più semplice, nel quale, nonostante il cliente venga definito “mandante” e conferisca al mediatore un incarico (a sua volta definito “mandato”), in questo caso “del mandato non vi è traccia alcuna” poiché “l'agente immobiliare svolge un'attività esclusivamente mediatoria, mettendo in relazione chi gli ha conferito l'incarico con la controparte ricercata sul mercato [...] la sua è una mera attività materiale il cui contenuto è quello tipico dell'interposizione mediatoria, mettere cioè in relazione due parti perché concludano un determinato affare” (G. DI CHIO, *Mediazione e mediatori*, cit., 394). Il secondo modello che può essere fatto sottoscrivere al cliente dalle società di intermediazione, al contrario, è più complesso ma prevede appunto la possibilità per il mediatore di compiere uno o più atti giuridici per conto e nell'interesse del cliente, in particolare eseguendo servizi (es. attività di *marketing*, impostazione della campagna pubblicitaria): in questa ipotesi, pertanto, “l'agenzia immobiliare svolge indubbiamente attività di mediazione ma opera anche in qualità di mandataria (senza rappresentanza) di chi le ha conferito l'incarico. Lo schema negoziale voluto dalle parti rifletterà allora la struttura di un contratto misto di mediazione e di mandato” (*ibidem*, 395). Secondo altri autori, invece, dovrebbe configurarsi un distinto contratto (collegato) di mandato che si affianca a quello di mediazione, comportando inevitabilmente “un concorso di discipline” (cfr. A. LUMINOSO, *La mediazione*, cit., 187).

²⁵¹ M. BERNARDINI, *Proposte e preliminare di contratto nei modelli dei mediatori*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, I, Torino 1995, 115. Come nota F. TASSINARI, *Dalle proposte di acquisto al preliminare: analisi di una prassi immobiliare*, in *Quaderni del Notariato*, Milano 1995, 20 ss., “l'analisi della prassi immobiliare dischiude una nuova prospettiva, da approfondire attentamente, incentrata sulla valutazione del trasferimento immobiliare come un procedimento complesso in cui le diverse fasi sono preordinate all'assolvimento di un'unica funzione economico-sociale, esattamente come accade negli ordinamenti che conoscono, come fase dello stesso procedimento, la promessa di vendita”. Dello stesso parere anche P. RESCIGNO, *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale: analisi di una prassi immobiliare*, in *Quaderni del Notariato*, Milano 1995, 154, “la prassi delle vendite immobiliari rompe l'unità e la semplicità del sistema. Innanzitutto si riscontrano ipotesi sempre più frequenti di contratti che vengono a esistenza attraverso una progrediente formazione, descritti ora con il ricorso alla nozione di fattispecie a formazione progressiva, quasi a significare una sequenza

ad un soggetto terzo, l'agente immobiliare, un incarico esclusivo ed irrevocabile, avente solitamente una durata espressamente stabilita, di mediazione finalizzato a procurare la vendita dell'immobile oggetto del (futuro) contratto²⁵²; in questo modo, si conclude un contratto di mediazione tra venditore e agente. Nella seconda fase, il mediatore immobiliare va alla ricerca dei potenziali acquirenti i quali, una volta presa visione dell'immobile, ciascuno singolarmente, sottoscrivono una «proposta irrevocabile di acquisto»²⁵³ (contenuta in un documento dal contenuto più o meno standardizzato) indirizzata al possibile venditore; in questo modo vengono conferiti al mediatore tanti incarichi di mediazione finalizzati a procurare l'acquisto dell'immobile quanti sono i soggetti intenzionati all'acquisto reperiti sul mercato²⁵⁴. Nella normale pratica degli affari, al momento della sottoscrizione della proposta di acquisto dell'immobile, il potenziale acquirente versa a mani del mediatore una somma di denaro, “spesso impropriamente denominat[a] deposito cauzionale”²⁵⁵, e questi si obbliga a trasferirla al venditore, trasformandola così in caparra confirmatoria. La terza fase vede il mediatore sottoporre all'attenzione del potenziale venditore le proposte di acquisto che si è procurato e sollecita l'accettazione in calce al modulo di quella ritenuta più conveniente: questo è propriamente il momento in cui vi è l'accettazione della proposta ai sensi dell'art.

di atti verso un esito finale, ora con il vocabolo (mutuato da altri settori dell'esperienza giuridica) di procedimento, che pure indica il concorso di fatti e il loro cospirare verso un punto di approdo che realizza gli interessi per cui l'operazione economica viene compiuta”.

²⁵² A proposito dell'incarico di mediazione, sempre M. BERNARDINI, *Proposte e preliminare di contratto nei modelli dei mediatori*, cit., 122, sottolinea che “l'incarico dato al mediatore viene qualificato come irrevocabile ed esclusivo; sorge, cioè, immediatamente, un patto che limita la libertà delle parti, e, in particolare, dell'intermediario, di recedere dal rapporto, di concludere direttamente l'affare, o di avvalersi dell'opera di altri mediatori”.

²⁵³ L'aggettivo irrevocabile con riferimento alla proposta d'acquisto discende dalla considerazione che l'incarico di mediazione, conferito attraverso la sottoscrizione della proposta, è nell'interesse dello stesso intermediario, ai sensi dell'art. 1723, comma 2, c.c. In verità nei moduli predisposti dalle agenzie, non si configura mai una irrevocabilità assoluta bensì meramente obbligatoria, nel senso che “la revoca è in ogni caso efficace ma comporta una pena pecuniaria a carico dell'autore” (G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Quaderni del Notariato*, Milano 1995, 127).

²⁵⁴ Come bene evidenzia G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi*, cit., 126, con la sottoscrizione dei moduli da parte dei soggetti interessati ad acquistare, “al mandato originario, normalmente già esistente di chi vuole vendere, si affianca quindi, in questa fase, quello conferito da chi vuole comprare. Non può nemmeno porsi, tuttavia, per la limitatezza del secondo incarico, una questione di compatibilità fra i due mandati”.

²⁵⁵ Cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 134, il quale correttamente nota che tale definizione è imprecisa, perché non tiene conto dei diversi titoli in forza dei quali può essere effettuato il pagamento; in primo luogo, può avvenire, come appena indicato, a titolo di deposito vincolato destinato a trasformarsi in caparra confirmatoria; alternativamente, può anche avvenire “a titolo di cauzione a garanzia del pagamento della provvigione ovvero del risarcimento del danno, forfettariamente predeterminato per il tramite della clausola penale, per l'inadempimento del contratto principale, oppure a titolo di caparra penitenziale qualora all'acquirente sia stato convenzionalmente attribuito il diritto di recesso da tale contratto”.

1326 c.c. e, pertanto, il momento in cui si conclude il contratto²⁵⁶. L'ultima fase, infine, si svolge dinnanzi a un notaio di fiducia di entrambe le parti (in caso di disaccordo, di fiducia del compratore) per pervenire alla stipula di un contratto preliminare – definito anche «compromesso» – il quale definisce compiutamente il regolamento contrattuale tra le parti e che, da una parte, consente al venditore di incassare il deposito cauzionale versato dal potenziale acquirente al mediatore e di riscuotere un ulteriore acconto di prezzo e, dall'altra, fa sorgere in capo al mediatore medesimo il diritto alla provvigione. Questa suddivisione della vicenda contrattuale in tre/quattro fasi è stata per lo più il frutto della creatività degli intermediari i quali, per rispondere a evidenti esigenze pratiche, hanno sviluppato nel corso dei decenni una prassi parallela e alternativa al binomio contratto preliminare-contratto definitivo previsto e ricavabile dall'impianto normativo del codice civile, aggiungendo di fatto un pre-preliminare al preliminare vero e proprio²⁵⁷. Attraverso la sottoscrizione in calce della proposta d'acquisto, infatti, non solo il venditore esprime la propria disponibilità alla conclusione dell'affare ma si sancisce il raggiungimento di un'intesa giuridicamente idonea a concludere il c.d. preliminare aperto, con il quale, da un lato, le parti concordano solo gli elementi essenziali dell'affare e, dall'altro, si obbligano reciprocamente a rinviare a un momento successivo la definizione degli elementi di dettaglio della futura compravendita, “nella consapevolezza che, in difetto [di accordo], troveranno applicazione le fonti di integrazione eteronoma previste dall'art. 1374 c.c.”²⁵⁸.

Tale contratto si caratterizza, dunque, oltre che per il particolare contenuto

²⁵⁶ Nella prassi si registra il ricorso alla predisposizione, da parte del mediatore, di moduli – di acquisto o di vendita – contenenti l'indicazione delle condizioni dell'affare e che vengono consegnati al cliente al fine di ottenerne l'accettazione formale. Di solito è previsto che il proponente (sottoscrittore della proposta) si impegni a mantenere ferma per un determinato periodo di tempo tale proposta, ai sensi dell'art. 1329 c.c. Negli ultimi tempi, peraltro, il sempre maggiore impiego delle proposte d'acquisto, parallelamente all'abbandono del tradizionale contratto di mediazione predisposto dal mediatore, si spiega con il considerevole contenzioso giudiziario sorto a causa dei sospetti di nullità e vessatorietà che avevano colpito alcune delle clausole inserite negli incarichi di mediazione. Per questo motivo, a tutela del cliente, la prassi degli ultimi tempi si caratterizza per la centralità assunta dalla «Proposta (irrevocabile) di acquisto», contenuta all'interno di un unico formulario, nel quale si indicano il prezzo della futura vendita, modalità di pagamento del corrispettivo e di redazione del contratto preliminare e del definitivo, nonché l'obbligo del proponente di versare all'agente (di solito al momento della comunicazione dell'accettazione della proposta) una determinata somma a titolo di provvigione. In alcuni casi, i mediatori immobiliari fanno sottoscrivere due distinti formulari, l'uno relativo alla proposta irrevocabile di acquisto e l'altro all'incarico di mediazione vero e proprio, che si sostanzia in una pura e semplice promessa di pagamento (cfr. A. LUMINOSO, *La mediazione*, cit., 195 ss.)

²⁵⁷ Il sintagma preliminare di preliminare è, peraltro, ritenuto improprio poiché “il primo accordo, in verità, non sembra essere un contratto preliminare vero e proprio, bensì si avvicina più che altro ad un contratto atipico; o meglio, si deve verificare se tale accordo costituisca già esso stesso un preliminare” (V. BRIZZOLARI, *Il preliminare di preliminare: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 6, 2015, 560).

²⁵⁸ M. BELLANTE, *Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediante agenzia*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 3, 964.

(suscettibile di ulteriore integrazione), per l'esplicita previsione di “obbligarsi ad obbligarsi”, avendo come effetti pratici e immediati sia la possibilità di bloccare l'affare, di tenerlo fermo per un determinato periodo di tempo, sia il rendere ancora più parcellizzate le trattative, in quanto viene concluso un primo e parziale accordo, cui seguirà il c.d. preliminare chiuso (contratto preliminare vero e proprio, prodromico alla stipulazione del definitivo). La validità della figura del preliminare di preliminare – spesso definito anche preliminare aperto - è stata formalmente riconosciuta, dopo un *iter* piuttosto lungo e travagliato, che aveva diviso dottrina e giurisprudenza, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, con la sentenza 6 marzo 2015, n. 4628, le quali hanno modificato il costante orientamento giurisprudenziale precedente e hanno sancito la definitiva legittimità di tali intese precontrattuali²⁵⁹, ponendo al centro della valutazione di legittimità delle diverse tipologie di intese precontrattuali l'interesse delle parti e, conseguentemente, la valorizzazione della teoria della causa concreta²⁶⁰. La procedimentalizzazione delle fasi contrattuali così

²⁵⁹ L'impostazione tradizionale, tanto della dottrina quanto della giurisprudenza, a lungo aveva negato l'ammissibilità di un preliminare di preliminare, sulla base della considerazione che questo sarebbe nullo per difetto di causa, costituendo “un inutile *bis in idem* e comportando la duplicazione del momento obbligatorio, senza presentare alcuna differente funzione rispetto al preliminare c.d. chiuso” (v. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 131; cfr. F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, III ed., Torino 2010, 50 ss.). Dello stesso avviso anche la giurisprudenza maggioritaria: cfr. Trib. Napoli 23 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 283, dove si rileva, tra l'altro, che tale nullità è rilevabile d'ufficio dal giudice; Trib. Napoli 21 febbraio 1985, in *Dir. e giust.*, 1986, I, 725: “Il contratto con cui le parti si impegnano a stipulare un futuro contratto preliminare (c.d. preliminare di preliminare) è nullo per mancanza di causa e la relativa nullità ben può essere dichiarata d'ufficio dal giudice”; Trib. Napoli 22 marzo 2003, n. 3877, in *Dir. e giust.*, 2004, 68, con nota di V. DE CASAMASSIMI, *Contrattazione immobiliare e “preliminare di preliminare”*. In particolare, si ricordano le pronunce di Cass. 2 aprile 2009, n. 8038 e Cass. 10 ottobre 2009, n. 19557, le quali avevano ribadito la contrarietà alla formulazione della categoria del preliminare di preliminare, dal quale deriverebbe un'inutile superfetazione, senza alcun reale vantaggio pratico, in quanto limitarsi a promettere per il futuro non avrebbe alcun senso.

²⁶⁰ Questa categoria dogmatica, infatti, è ontologicamente deputata alla valorizzazione degli interessi e delle esigenze perseguite dalle parti e consente al giudice di valutare, caso per caso, la meritevolezza degli stessi e la loro ricorrenza nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione; secondo la Cassazione, in altri termini, è necessario sgombrare la questione da ogni considerazione aprioristica e rigorosa, per abbracciare un'impostazione elastica e dinamica dell'operazione economica posta in essere dalle parti e valutare se, nel caso specifico, ci sia l'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto, che si parcellizzi nella sotto-fase rappresentata dal preliminare di preliminare, il quale “non può dirsi né nullo né valido in termini generali e di principio, rimanendo affidato al giudice del merito valutare se esso costituisca un contratto valido e suscettibile di esecuzione specifica, oppure produca se non altro effetti obbligatori” (V. BRIZZOLARI, *Il preliminare di preliminare: l'intervento delle Sezioni Unite*, cit., 556). In altri termini, l'obiettivo perseguito dalla Suprema Corte è stato duplice: in primo luogo, separare nettamente le intese preliminari (minute, puntualizzazioni, lettere d'intenti), prive di valore vincolante, dal pre-preliminare vero e proprio; secondariamente, rintracciare – se possibile – una causa adeguata al preliminare aperto, che emerga dal complesso delle disposizioni contrattuali e sia tale da giustificare l'impiego nella prassi commerciale. Come chiaramente indica G.E. NAPOLI, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 5, 1263, “l'interrogativo è se il preliminare aggiunga giuridicamente qualcosa in più rispetto alla tipica sequenza preliminare-definitivo”. Tale causa concreta, se è facilmente individuabile sotto un profilo puramente economico (quale la necessità di bloccare l'affare, iniziando a fissare gli elementi essenziali del contratto, ovvero di assumere ulteriori e adeguate informazioni sulla controparte, nonché verificare con esattezza lo stato della *res* oggetto del trasferimento e la situazione

come emergente dall'evoluzione della contrattazione immobiliare e dall'attività di mediazione professionale, infatti, “non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde a un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale”²⁶¹: è dunque necessario andare alla ricerca della concreta utilità di un simile smembramento in due *tranches* della formazione del contratto, e questa potrebbe ragionevolmente consistere, in primo luogo, nell'esigenza di vincolare subito le parti e di impegnarle alla sottoscrizione del futuro contratto, che sarà certamente più organico e completo del preliminare aperto²⁶²; secondariamente, l'utilità e la praticità di una simile frammentazione del procedimento di conclusione del contratto andrebbero rintracciate nella volontaria dilatazione della tempistica contrattuale da parte dei contraenti, così che nel periodo di tempo intercorrente tra i due preliminari si potrebbero assicurare l'opportunità di valutare la complessiva convenienza economica dell'affare, nonché la sua praticabilità sotto il profilo giuridico²⁶³. Lo scopo nonché la validità del preliminare aperto è dunque rintracciabile nell'esigenza delle parti di segmentare il procedimento formativo del contratto in modo conforme ai loro interessi – nonché a quelli del mediatore – dal momento che questo strumento negoziale consente loro sia di “fermare l'affare” (per usare le parole della Suprema Corte), sia di assicurarsi una prova scritta dell'accordo intervenuto²⁶⁴.

urbanistica), deve essere precisata anche a livello giuridico. Dalle parole dei giudici delle Sezioni Unite si comprende che l'interesse effettivo, nella sequenza preliminare aperto-preliminare chiuso, va rintracciato nell'utilità del primo, il quale non può dunque limitarsi a prevedere un obbligo a produrre un contratto identico ma, per contenere una causa concreta, deve avere un contenuto diverso rispetto al preliminare vero e proprio.

²⁶¹ Cass. SS.UU. 6 marzo 2015, n. 4628, in *Riv. not.*, I, 2015, 607, con nota di C. CICERO, *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto “a tutele crescenti”*.

²⁶² Si tratta del divieto di *bis in idem*, affrontato anni prima da A. RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Quaderni di Notariato*, Milano 1995, 112 ss., il quale già ammetteva la validità e l'utilità della sequenza preliminare aperto – preliminare chiuso, a condizione che “si postuli una funzione e un contenuto diverso fra i due contratti”: che altro non è se non il divieto di *bis in idem* già affermato dalla Cassazione con la sentenza 8038/2009 e accolto dalla Sezioni Unite. L'identità di contenuto tra primo e secondo contratto è facilmente aggirabile, tuttavia, nel momento in cui “le parti sono disposte al mutamento del contenuto del contratto, al cambiamento di esso” (Cass. SS.UU. 6 marzo 2015, n. 4628, cit., 605).

²⁶³ Le Sezioni Unite individuano alcuni punti particolarmente rilevanti sui quali si sofferma sovente l'attenzione delle parti, quali l'assunzione di elementi di conoscenza sulla persona della controparte (al fine di comprendere meglio se sia solvibile nonché per escludere vicinanze mafiose), la verifica dello stato della cosa, la verifica della situazione urbanistica e l'adempimento delle visure e delle altre ricerche ritenute necessarie.

²⁶⁴ Come sottolinea M. BERNARDINI, *Proposte e preliminare di contratto nei modelli dei mediatori*, cit., 110 ss., la predisposizione della modulistica da parte dei mediatori immobiliari risponde ad una duplice esigenza, rintracciabile sia nell'obiettivo di avere soluzioni quanto più uniformi e standardizzate (nonostante la complessità e la varietà della prassi delle contrattazioni), sia nella necessità per gli stessi agenti immobiliari di “racchiudere in una (semplice e certa) prova scritta preconstituita, in una parola in un documento (o in una coppia di documenti) i momenti del conferimento dell'incarico, dell'efficienza causale e della stessa conclusione dell'affare”. In questo senso anche P. VITUCCI, *Mediazione e proposta contrattuale*, cit., 100, il quale, con riferimento ai formulari, afferma che “la preoccupazione che li ispira è di non lasciare senza compenso l'opera

Il preliminare aperto – sebbene non sia propriamente un contratto²⁶⁵ - riveste in ogni caso un valore e un'importanza fondamentali all'interno della formazione progressiva del contratto, in quanto rappresenta l'intesa raggiunta tra venditore e acquirente in forza della quale sorge un'obbligazione avente per oggetto non il contrarre (come dovrebbe avvenire in occasione della stipula di un contratto preliminare *tout court*) bensì il contrattare²⁶⁶ (ossia a proseguire le trattative) ed è, pertanto, giuridicamente vincolante, in quanto contempla un regolamento definitivo del rapporto giuridico-patrimoniale che dunque deve essere tenuto distinto da quelli che sono genericamente definiti “accordi preparatori”, quali le minute e le punteggiature, aventi unicamente lo scopo di attestare l'avanzamento della trattativa e di ripartire eventuali responsabilità nel caso di rottura della stessa²⁶⁷.

svolta dall'intermediario: in particolare, di non lasciarla senza compenso per l'ipotesi del ripensamento, comunque denominato (revoca della proposta, mancata accettazione, rifiuto di stipulare, rinuncia all'acquisto)”. Di questo avviso anche M. BELLANTE, *Il preliminare di preliminare*, cit., 964, il quale nota che il mediatore avrebbe la scelta tra comunicare immediatamente l'accettazione del venditore all'acquirente, facendo sì che il preliminare si concluda secondo lo schema previsto dall'art. 1326 c.c., “ovvero potrebbe direttamente convocare le parti per la stipula del primo e unico preliminare”; tuttavia, proprio perché egli ha interesse a determinare subito la conclusione del contratto, al fine di assicurarsi quanto prima la maturazione del diritto alla provvigione, “tra le suddette modalità di conclusione egli presceglie quella più rapida, quella cioè consistente nel notiziare il proponente dell'avvenuta accettazione da parte dell'oblato ai sensi dell'art. 1326 c.c., atteso che la contestuale sottoscrizione del medesimo documento che contiene il preliminare, di regola, richiede tempi più lunghi sia per la predisposizione del contratto sia per la convocazione delle parti”.

²⁶⁵ Ciò si ricava da quanto espressamente affermato nella sentenza delle Sezioni Unite, ove si legge, con riferimento all'eventualità di una mancata stipulazione del contratto preliminare chiuso, che il diniego della parte “se immotivato e contrario a buona fede, [può] dar luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto e non propriamente *ex contractu*” (Cass. SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628, cit., 606). Sul punto si innesta l'analisi critica di C. CICERO, *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto “a tutele crescenti”*, cit., 611, il quale correttamente sottolinea come ci si trovi di fronte ad una “dichiarazione preliminare d'obbligo” che non è propriamente un contratto preliminare, al punto da non godere della tutela *ex art.* 2932 c.c. bensì solo di quella risarcitoria, come affermato dalle stesse Sezioni Unite. Posto che “il preliminare non è per certo oramai una figura unitaria” (*ibidem*), risulta oltremodo difficile distinguere il pre-preliminare dalla molteplicità di accordi preliminari che si affiancano al preliminare tradizionale, quali notoriamente la proposta irrevocabile, l'opzione, la prelazione, che tuttavia danno luogo a un vero e proprio diritto al contratto.

²⁶⁶ Questa è l'espressione impiegata dalle Sezioni unite nella sentenza citata ma l'affermazione non è tuttavia pacifica, dal momento che parte della dottrina ha avuto modo di notare come spesso la proposta d'acquisto sia già compiutamente definita nel suo contenuto e non vi sia bisogno di un'ulteriore contrattazione sugli elementi, tanto principali quanto secondari, della compravendita; in questi casi, pertanto, il preliminare chiuso si limiterà a riprodurre il contenuto del preliminare aperto.

²⁶⁷ Questo spiega perché le Sezioni Unite, nella sentenza più volte citata, per poter giungere al riconoscimento della validità del contratto preliminare di preliminare abbia dovuto seguire un percorso logico-argomentativo che prende le mosse dalla necessaria distinzione tra minuta e contratto preliminare: una tale separazione e differenziazione concettuale è infatti imprescindibile sia per la corretta comprensione della volontà delle parti, sia per accogliere o meno la rilevanza giuridica del preliminare aperto. Con l'espressione “mere punteggiature” si fa infatti riferimento ad una situazione in cui “le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative”, che deve essere tenuta distinta dall'ipotesi in cui vi sia “una punteggiatura vincolante sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti” (Cass. SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628, cit., 607). La differenza è rilevante poiché solo il secondo scenario è riconducibile ad una “fase sostanzialmente precontrattuale, in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento” e la violazione dell'intesa così raggiunta “dà luogo a una responsabilità contrattuale

A questo punto si pone un primo interrogativo, ossia la corretta qualificazione del versamento effettuato dal potenziale acquirente al mediatore. Nella maggior parte dei casi il problema è risolto *ex ante*, in quanto i moduli e i formulari dell'agenzia immobiliare contengono l'espressa menzione del fatto che la somma versata al momento della sottoscrizione della proposta di acquisto, qualificata in termini di deposito cauzionale (ma spesso si trovano anche le espressioni «deposito vincolato» ovvero «acconto infruttifero sul prezzo»), si trasformi in caparra confirmatoria solo con l'accettazione della proposta da parte del venditore. Il pagamento effettuato dal *tradens* a favore del potenziale acquirente, per il tramite del mediatore, pertanto, non nasce *ab origine* come caparra confirmatoria ma subisce una sorta di evoluzione nel corso dell'*iter* standardizzato, da semplice deposito in favore del terzo a caparra confirmatoria al momento del perfezionamento del contratto preliminare²⁶⁸; ciò si spiega in considerazione della struttura bilaterale della caparra confirmatoria, nonché della sua apponibilità unicamente a contratti con prestazioni corrispettive dai quali sorgano obbligazioni a carico di entrambi i contraenti, così da poter svolgere la sua peculiare funzione sia di coazione indiretta all'adempimento. Tale finalità potrebbe peraltro realizzarsi solo con riferimento al potenziale venditore, tenuto all'esecuzione dell'obbligazione principale, ma certamente non nell'ambito del rapporto tra potenziale acquirente e mediatore immobiliare, essendo quest'ultimo del tutto estraneo al rapporto principale sottostante e limitandosi a svolgere, secondo quanto stabilito dall'art. 1754 c.c., un'attività di messa in relazione delle parti ai fini della conclusione dell'affare²⁶⁹. Ciò è ulteriormente testimoniato dal fatto che una delle caratteristiche

da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento" (*ibidem*).

²⁶⁸ Cfr. Cass. 1 aprile 1995, n. 3823, cit., 479: "La dazione di una somma di denaro al momento della sottoscrizione di una proposta di acquisto può avere, indubbiamente, diversa natura giuridica. La sua qualificazione come caparra (o acconto sul prezzo d'acquisto) comporta, peraltro, una confusione concettuale, dacché i due istituti rispondono a funzioni diverse [...]. Più adeguatamente si tratta, in tali casi, di deposito cauzionale, da valere quale acconto sul prezzo, una volta che la proposta sia stata accettata, per la quale possono verificarsi due distinte ipotesi: a) che il mediatore riceva la dazione per il destinatario dell'offerta, agendo quale suo rappresentante, essendo nota che la sua autonomia ed imparzialità non impediscono ch'egli rappresenti, per determinati atti, una delle parti; b) che il deposito cauzionale sia versato a sue mani, quale terzo imparziale, fintanto che non si perfezioni il contratto, sia pur esso un contratto preliminare, con l'accettazione della controparte (assumendo i profili del deposito anche nell'interesse di un terzo, di cui all'art. 1773 c.c.). In entrambi i casi il mediatore è tenuto, peraltro, a corrispondere la somma al destinatario, quanto meno allorché, con la sua accettazione, si sia perfezionato il contratto preliminare".

²⁶⁹ Non si può tuttavia escludere *a priori*, come già accennato *supra* (cfr. nt. 249) che l'attività di messa in relazione - sia affiancata da un'attività di prestazione di servizi e, quindi, si configuri anche un distinto e collegato contratto di mandato. Ipotesi che può ricorrere solo ove il modulo contrattuale che conferisce l'incarico al mediatore contenga una o più clausole che lo autorizzino a compiere altre attività, quali la facoltà di risolvere eventuali controversie con le controparti prima della stipulazione del contratto preliminare di compravendita, ovvero sia autorizzato a redigere e a far

tipiche del mediatore è la sua posizione di terzietà (nonché di indipendenza) rispetto all'affare da concludersi, con riferimento al quale “parti sono soltanto i soggetti intermediati, non partecipando, neanche in senso formale, alla sua conclusione il mediatore”²⁷⁰.

La situazione muta radicalmente qualora la contrattazione non si svolga attraverso la modalità standard appena delineata bensì si compia non solo in assenza di una formale proposta di acquisto che espliciti la natura della somma versata, nell'ambito di semplici accordi verbali intercorsi tra le parti, ma il versamento della caparra confirmatoria sia accompagnato dal raggiungimento dell'intesa relativo allo stesso contratto di compravendita, per il quale è notoriamente prevista la forma scritta *ad substantiam* (nella particolare modalità dell'atto pubblico ovvero della scrittura privata autenticata da notaio, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1350, 2699 e 2702 c.c.)²⁷¹.

La fattispecie concreta che si intende analizzare consiste dunque nella stipulazione in forma orale di un contratto di compravendita immobiliare che si caratterizza per la presenza di un soggetto terzo - il mediatore, appunto - al quale il potenziale acquirente si rivolge e al quale viene versata una somma di denaro, come suggello dell'intese intercorse, relative all'individuazione di un immobile con determinate caratteristiche, senza che ciò sia accompagnato dalla formalizzazione per iscritto di quanto appena pattuito. Quella che si sottopone all'attenzione dell'interprete è, pertanto, un'ipotesi particolare nella quale il pagamento effettuato dal soggetto intenzionato ad acquistare non viene direttamente trasmesso a colui che sarebbe titolare del diritto di ricevere il corrispettivo della compravendita bensì ad un soggetto estraneo alla vicenda, che si inserisce come terzo depositario della somma, su cui evidentemente grava l'obbligo di trasmetterla al venditore; l'analisi della fattispecie concreta, e del relativo inquadramento giuridico, è rimandata al

sottoscrivere dalle parti proposte di acquisto o di vendita (cfr. G. DI CHIO, *Mediazione e mediatori*, cit., 395).

²⁷⁰ E. GIACOBBE, *Il contratto di mediazione*, cit., 75.

²⁷¹ E' il caso di sottolineare, come ha fatto la migliore dottrina, che la formulazione dell'art. 1350 c.c. è ambigua, in quanto riconduce sotto la medesima categoria – quella del negozio a forma vincolata – tanto gli atti che debbono farsi per iscritto, tanto quelli che necessitano, ai fini della loro validità, il compimento di un procedimento tipizzato di emissione. In altre parole, il dettato dell'art. 1350 c.c. pone l'accento unicamente sull'elemento della scrittura e così rischia di favorire la tendenza concentrare l'attenzione, per quanto riguarda il formalismo contrattuale, esclusivamente sul carattere documentale che il contenuto del negozio deve assumere. Questa impostazione è ulteriormente incongruente se si considera che nell'art. 1350 c.c. il legislatore fa espresso riferimento al formalismo dell'atto pubblico, che certamente non si esaurisce nel requisito della forma scritta; in definitiva, “il fatto che l'art. 1350 c.c. equipari, sotto la rubrica «atti che devono farsi per iscritto», agli «atti che devono farsi per scrittura privata» quelli che «devono farsi per atto pubblico». Quasi si trattasse di due categorie omogenee, non giova, di certo, alla migliore comprensione del formalismo contrattuale” (A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 56 ss.).

momento - fisiologico - in cui le parti decidano di formalizzare l'intesa raggiunta, ossia quando decidono di presentarsi di fronte al notaio per il perfezionamento del contratto²⁷², poiché solo in questo frangente si pone il problema della corretta qualificazione del pagamento effettuato e, correlativamente, della sua efficacia, essendo avvenuto in un momento in cui il contratto formalmente non poteva ancora dirsi esistente, in quanto mancante della necessaria forma *ad validitatem*.

Per poter correttamente inquadrare la vicenda esposta, si deve premettere che il contratto di mediazione può validamente costituirsi anche per *facta concludentia*, nel momento in cui il potenziale acquirente effettui la *datio* nelle mani del terzo (il quale può essere un soggetto che svolge professionalmente il ruolo di mediatore ovvero, in alternativa, un soggetto che è stato individuato concordemente dalle parti come idoneo a ricoprire tale incarico ma limitatamente al singolo affare, oggetto della contrattazione) e, quindi, in assenza di qualunque tipo di formalizzazione, richiedendosi unicamente il raggiungimento di un accordo bilaterale²⁷³. Al fine di ricondurre questa particolare *traditio* alla fattispecie dell'art. 1385 c.c., non è sufficiente, tuttavia, l'intento unilaterale del *tradens* in tal senso poiché, come si è già argomentato nei paragrafi precedenti, la bilateralità rappresenta un requisito necessario e fondamentale ai fini della valida costituzione di una caparra confirmatoria: è dunque richiesta non solo la successiva accettazione della somma da parte del potenziale venditore (nel momento in cui questa gli sia trasmessa dal mediatore), ma pure la sua consapevolezza e la sua volontà di partecipare al patto di caparra, accettando così gli effetti previsti ai sensi dell'art. 1385 c.c.

Si tratta, insomma, di valutare, da una parte, la rilevanza e la validità di un patto orale di caparra confirmatoria – concluso con la presenza e l'intervento del mediatore immobiliare – contestualmente al raggiungimento dell'intesa, sempre in forma verbale, relativa al contratto di compravendita per il quale è invece richiesta la forma scritta *ad substantiam*, ex art. 1350 c.c. e, dall'altra, di analizzare il profilo patologico della vicenda, qualora si registri il mancato perfezionamento del suddetto contratto, per causa imputabile a uno dei tre soggetti coinvolti nell'operazione e si debba, conseguentemente, valutare il comportamento di questi in termini di responsabilità. Il secondo aspetto, ossia quello relativo alle

²⁷² In verità, l'analisi della fattispecie concreta assume decisiva importanza anche nell'ipotesi patologica dell'inadempimento ovvero del mancato versamento della somma da parte del terzo al potenziale venditore. L'argomento verrà trattato nel paragrafo successivo.

²⁷³ La stipulazione dell'incarico di mediazione che avvenga per *facta concludentia* non richiede uno specifico incarico conferito al mediatore, e ciò si verifica ogni volta che la parte si avvalga consapevolmente dell'attività e dell'opera del mediatore ai fini della conclusione dell'affare: cfr. Cass. 25 maggio 2001, n. 7126, in *Riv. giur. edilizia*, I, 2002, 893. Nello stesso senso anche Cass. 14 aprile 1994, n. 3472, in *Foro it.*, 1994, I, 1722.

conseguenze dell'inadempimento, verrà affrontato nel paragrafo successivo.

Limitandoci per il momento al primo profilo, si deve innanzitutto premettere che il rapporto tra la forma dell'accordo relativo alla caparra confirmatoria e la forma del contratto da stipularsi va evidentemente ricostruito nei termini in cui si è prospettato il collegamento esistente tra patto di caparra e contratto principale, ossia quale collegamento necessario, funzionale e accessorio, alla luce della qualificazione della caparra confirmatoria quale negozio autonomo e retto da un proprio e specifico elemento causale, per quanto teleologicamente strutturato nella direzione dell'adempimento del contratto principale. Si è ulteriormente giunti alla conclusione che il patto di caparra *ex art.1385 c.c.* non necessita di alcuna forma particolare, non essendo sottoposto ad oneri formali ai fini della sua valida costituzione e della produzione degli effetti tipici, richiedendosi unicamente l'esplicita manifestazione della comune volontà delle parti - proveniente sia dal *tradens* sia dall'*accipiens* - nel senso di assoggettarsi alla disciplina prevista dall'art. 1385 c.c., nonché la materiale dazione della somma, che rappresenta requisito imprescindibile ai fini dell'efficacia della fattispecie. L'autonomia funzionale, ancor prima che negoziale, della caparra confirmatoria, in forza della quale ne viene sancita l'aformalità, costituisce, ancora una volta, il punto di partenza nonché il paradigma per una riflessione circa la natura giuridica e il valore da attribuirsi al pagamento di una somma di denaro effettuata nel contesto di una trattativa immobiliare di tipo trilaterale.

Una volta che sia stato escluso che la *datio* monetaria sia riconducibile alle figure affini dell'acconto, della cauzione ovvero della caparra penitenziale, il campo d'indagine è libero per una riflessione che coinvolga la natura e la finalità di un patto di caparra strutturalmente e funzionalmente collegato a un contratto che, in contrasto con il dettato codicistico, riveste la forma del mero accordo verbale, in relazione al quale un giudizio in termini di validità o invalidità può essere formulato solo alla luce di una più ampia valutazione che necessariamente coinvolge la funzione che è chiamata a svolgere lo stesso negozio relativo alla caparra confirmatoria, sebbene privo di qualunque *vestmentum* formale.

Si deve tenere a mente, infatti, che le prescrizioni formali oggetto di una specifica previsione normativa all'interno dell'ordinamento giuridico non sono il frutto di decisioni arbitrarie del legislatore ma, al contrario, costituiscono l'oggetto di un'attenta analisi, valutazione e bilanciamento tra interessi contrapposti e

considerati meritevoli di tutela, anche in termini di costi e benefici²⁷⁴ e, quindi, sono il portato di una precisa scelta di politica legislativa²⁷⁵; in altri termini, le disposizioni in tema di oneri formali rinvenibili tanto nel sistema codicistico quanto nella legislazione *extra codicem*, anche per il fatto di costituire - quando prescritte *ad substantiam* - un limite all'autonomia privata²⁷⁶, sono sempre dettate in vista del

²⁷⁴ Per quanto concerne il rapporto tra formalismo negoziale e costi, nota R. LENER, *Note sul neoformalismo negoziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, 777 ss., “le forme hanno un costo”; costo che si salda, da un lato, all'instabilità delle prescrizioni formali, dal momento che vi è sempre la possibilità che i contraenti, invocando un vizio di forma, si vogliano sottrarre all'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto; come infatti ricorda N. IRTI, *Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio dei valori mobiliari*, in *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano 1986, 114, essendo l'azione di nullità imprescrittibile ed essendo il negozio nullo non convalidabile, “l'instabilità si protrae nel tempo, come una fosca ombra”. Dall'altro lato, il costo del formalismo è dovuto allo stesso “esasperato tecnicismo” delle forme, le quali “lungi dall'agevolare i consumatori, gli inquilini, i lavoratori subordinati, cioè i soggetti passivi dominati” spesso si rivelano di difficile comprensione e, anziché costituire un aiuto al contraente più debole, finiscono per confonderlo ed essere un ostacolo al raggiungimento dell'equilibrio negoziale” (cfr. O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 199).

²⁷⁵ Cfr. V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano 1974, 420, per il quale non si può pensare che “la statuizione di una determinata forma solenne equivalga a un gioco disinteressato che il diritto si diverta a condurre per il gusto di mettere in difficoltà il destinatario della prescrizione normativa”; al contrario, deve sussistere un interesse sociale, anzi, “un interesse della comunità giuridica” (*ibidem*), la cui rilevanza è sottolineata dalla sanzione prevista della legge, ossia la nullità del negozio, che come noto è posta a tutela di un interesse generale dei consociati.

²⁷⁶ Per quanto concerne l'idea che le norme in tema di forma *ad substantiam* stabiliscano “gravi deroghe” all'autonomia privata (e, conseguentemente, debbano considerarsi di stretta interpretazione, non suscettibili di applicazione in via analogica): cfr. M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 1003 ss. Nello stesso senso, anche la tesi di O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, cit., 189 ss., il quale, nel tentativo di reagire ai presunti eccessi formalistici dell'ordinamento, propone una lettura delle norme contenenti prescrizioni formali in via del tutto tassativa e restrittiva, in quanto queste rappresenterebbero un forte limite al principio della libertà di forma, insito nell'art. 41 Cost. e, conseguentemente, all'autonomia privata. Ecco perché sarebbero ammessi limiti al suddetto principio unicamente nelle ipotesi in cui gli atti di autonomia privata fossero in contrasto con l'utilità sociale (*ex art. 41, comma 3, Cost.*); le prescrizioni formali, in altri termini, costituirebbero dei veri e propri oneri, piuttosto che dei limiti, andando anche a scapito della libera iniziativa economica. L'unica via d'uscita da questo angusto panorama, da questa “mentalità formalistica” (espressione già impiegata da M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 996) - la quale peraltro sarebbe al servizio delle “classi dominanti [che] grazie ai loro superiori mezzi economici [...] evitano più facilmente i vizi formali, rafforzando così le loro posizioni di predominio con conseguente riduzione del principio costituzionale di eguaglianza ad un'effimera, anzi meramente vuota formula” - sarebbe l'abbandono, *rectius*, la riduzione al minimo indispensabile, di tutte le forme solenni, ammettendo, al pari del legislatore tedesco, “la sanatoria del negozio nullo con la spontanea e volontaria esecuzione” (M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, 996). Questa rigida impostazione, per quanto apprezzabile nel tentativo di recuperare l'importanza delle norme costituzionali, si rivela non corretta non solo per il suo assolutizzare il principio di libertà delle forme, tale da renderlo quasi un dogma, ma soprattutto si scontra con il dato normativo della legislazione recente, nella quale le forme sono tese alla tutela di quelle che l'Autore chiama “i soggetti passivi dominati”: il formalismo moderno e delle leggi speciali, lungi dall'essere uno strumento nelle mani di pochi a scapito di molti, è concepito come un importante strumento di tutela, per così dire, anticipata e preventiva, che non si limita alla forma scritta ma si arricchisce di ulteriori elementi, così da divenire un vero e proprio procedimento di formazione del contratto. Come nota N. IRTI, *Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio dei valori mobiliari*, cit., 103, quella che viene definita rinascita del formalismo è caratterizzata da un'espansione delle prescrizioni formali, “dai soggetti agli atti, dalle trattative alla conclusione del negozio, già fino all'esecuzione” dove “pressoché nulla è lasciato all'autonomia delle parti: il loro cammino è già tracciato dalla provvidenza legislativa e regolamentare”. Questa impostazione, del resto, ha segnato il cambio di prospettiva dal formalismo di stampo arcaico - tipico del mondo giuridico romano - ad un formalismo di tipo moderno e teso a rivendicare la libertà da ogni genere di imposizione formale,

perseguimento di un scopo determinato e rispondono, di volta in volta, alle diverse e specifiche finalità alle stesse sottese²⁷⁷. È dunque necessario andare alla ricerca di quella che suole definirsi la “ragione sufficiente” di ogni singola prescrizione formale²⁷⁸. Là dove tali previsioni non siano presenti, significa che lo scopo intrinseco e soggiacente al dettato normativo può essere raggiunto anche senza il rispetto di quelle formalità previste altrove, in quanto la fattispecie è in grado di dispiegare i suoi effetti pur in assenza dell'osservanza di una precisa modalità di esternazione della medesima. La forma così intesa, nella sua accezione di “requisito formale”²⁷⁹ e, quindi, requisito ulteriore dell'atto giuridico, è strutturalmente

proprio come reazione ad una mortificazione del potere di autonomia dei privati, ai quali era sottratta “[la] disponibilità della determinazione delle conseguenze degli atti tipici e formali da essi posti in essere” (A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 13). Il formalismo moderno, in sostanza, “sembra essere una tecnica di tutela di ceti o classi di operatori giuridici ritenuti deboli, laddove il vecchio formalismo era semmai preordinato a tutelare la debolezza individuale” (R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, cit., 7).

²⁷⁷ Si tratta, insomma, di “indagare analiticamente, caso per caso, il valore dei vincoli formali” (R. LENER, *op. ult. cit.*, 7) di ogni singola prescrizione in tema di forma, da una parte superando il classico binomio forma *ad substantiam* - forma *ad probationem* e riconoscendo che questo non esaurisce l'intero campo delle forme contrattuali, in quanto “le funzioni delle forma vincolata sono molteplici”: cfr. M. GIORGIANNI, *La forma degli atti*, cit., 999); dall'altra parte, abbandonando la tradizionale contrapposizione tra natura regolare e natura eccezionale delle disposizioni contenenti oneri formali, essendo necessario individuare le specifiche e concrete esigenze e gli interessi sottesi al dettato normativo: cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987, 121 ss.

²⁷⁸ Così P. PERLINGIERI, *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia*, in *La forma degli atti del diritto privato*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli 1988, 579. L'analisi dell'Autore si colloca in un contesto di critica sia alla posizione adottata da Prosperi, sia da Irti, quest'ultima non condivisibile non tanto per il contenuto (in quanto è condivisibile la demolizione dell'*idolum* relativo alla natura eccezionale delle norme in tema di oneri formali), quanto piuttosto per il metodo; secondo Perlingieri, infatti, le previsioni formali non costituiscono un nucleo separato e distinto dal complesso di norme dell'ordinamento, bensì devono essere analizzate in un'ottica relazionale, in quanto “la disciplina della forma non può che essere conosciuta ed applicata nel contesto della disciplina del contenuto dell'atto singolo e dell'ordinamento globalmente considerato” (*ivi*, 577). Il giudizio circa la natura regolare o eccezionale di una disposizione statuente un vincolo formale può essere compiuto solo caso per caso, individuando di volta in volta le esigenze e gli interessi che lo giustificano, che possono schematicamente ricollegarsi a diversi profili (anche cumulativamente) quali (i) la legittimazione, capacità e qualificazione del soggetto; (ii) la funzione negoziale; (iii) l'oggetto. Ciò significa, pertanto, che “ogni forma negoziale ha necessariamente una funzione anche se composita” e un'analisi del problema che si limiti alla fattispecie disciplinata dall'art. 1325, n. 4, c.c. finisce inevitabilmente per rivelarsi parziale e imprecisa, essendo questa solo un “frammento di fattispecie” che può “tutt'al più rappresentare una prima fase nell'approccio logico-conoscitivo” (*ibidem*).

²⁷⁹ Cfr. E. FAZIO, *Dalla forma alle forme*, cit., 11 ss., il quale correttamente distingue tra la categoria di forma *genus* e forma *species*, intendendo per quest'ultima il requisito formale, appunto, contrapposto alla forma quale “sembianza di un atto, il modo in cui questo appare, si manifesta nel mondo del diritto [...] elemento necessario perché l'atto, che ne è materia e contenuto, divenga fenomeno sensibile e come tale conoscibile nell'ambiente sociale in cui si pone”. Il termine forma, infatti, può essere inteso in un'accezione molto ampia, come ciò che “rende possibile l'apparire di un fenomeno in un campo” (R. DE STEFANO, *Il problema del diritto non naturale*, Milano 1955, 108) ma anche in un'accezione più tecnica, intendendo la forma come un elemento della struttura della fattispecie, necessario affinché l'atto assuma rilevanza per il diritto e dispieghi i suoi effetti: cfr. G. OSTI, voce *Forma (negli atti)*, in *Diz. prat.*, III, pt. 1, Milano 1923, 203; M. TALAMACA, *Forma degli atti*, cit., 812; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 286 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 134; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 21 ss.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 992 ss.

connessa a quelle che potrebbero definirsi le scelte di fondo dell'ordinamento giuridico, in quanto rappresenta il segno manifesto dell'intervento legislativo nel dettare una prescrizione aggiuntiva ai fini della validità della fattispecie che, imponendo una sovrastruttura formale, persegue di volta in volta finalità diverse, incidendo tuttavia sulla libertà dei soggetti operanti all'interno dello stesso ordinamento²⁸⁰. Il formalismo negoziale, in altre parole, si presenta sempre come un fenomeno giuridico funzionalizzato al raggiungimento, da parte del legislatore, di un risultato ulteriore rispetto al fine immediato perseguito dal dettato della singola previsione normativa e, pertanto, costituisce una rigida griglia teleologicamente preordinata alla tutela di interessi ritenuti particolarmente meritevoli di tutela e di protezione secondo un giudizio di valore compiuto *ex ante* in sede di creazione della fattispecie²⁸¹. Si deve inoltre sottolineare come vi sia stata una vera e propria evoluzione del sistema delle prescrizioni di forma sotto diversi profili, in primo luogo per quanto concerne l'oggetto, dal momento che all'interno del codice civile queste sono principalmente dettate con riferimento ai beni immobili, al loro valore, alla loro circolazione e, specularmente, all'esigenza di conoscibilità da parte dei terzi delle vicende di cui sono oggetto²⁸²; il formalismo della legislazione speciale, al contrario, è soprattutto un formalismo concernente beni (e valori) mobili, in cui assume un ruolo centrale l'individuazione delle regole formali per assolvere ad una "funzione politica e sociale", consentendo il passaggio da una "forma di efficacia" (limitata al profilo oggettivo dell'atto e alla consistenza degli interessi coinvolti) ad una "forma di protezione", che privilegia il profilo soggettivo, costituendo una modalità per la valorizzazione degli interessi di una determinata classe o categoria di soggetti²⁸³. Da ciò ne consegue, come secondo

²⁸⁰ E. FAZIO, *Dalla forma alle forme*, cit., 41: "La scelta codicistica del vincolo formale, non è però arbitraria, ma risponde ad una precisa logica, quella della gravità e della serietà degli effetti giuridici (ossia dei diritti e degli obblighi che conseguono agli atti vincolati e di cui si vuole che il soggetto sia pienamente consapevole); in tal senso, il ricorso alla forma vincolata trova fondamento e giustificazione solo in una valutazione concreta e complessiva degli effetti stessi, che riguarda non solo i soggetti e l'oggetto della negoziazione, ma anche la durata nel tempo e la consistenza spaziale di essa".

²⁸¹ Secondo l'impostazione tradizionale, l'imposizione della forma *ad substantiam actus* risponde alternativamente a un'esigenza di tutela di un interesse statale (cfr. S. ROMANO, *Autonomia privata*, cit., 116), di un interesse pubblico (cfr. A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 122) ovvero di un generale interesse sociale (cfr. G. OSTI, *Forma*, cit., 201; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 141 ss.).

²⁸² Cfr. N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., 28 ss., aveva messo in luce come l'art. 1350 c.c. delinei un paradigma di formalismo legato alla microeconomia, idealmente contrapposto all'aformalismo della macroeconomia, dominata, al contrario, dalla contrattazione avente ad oggetto i valori mobiliari. Secondo l'Autore, questa antitesi andrebbe dissolvendosi proprio attraverso il progredire del formalismo, attraverso l'individuazione di nuove figure di contratti formali all'interno della legislazione speciale, dove la forma si pone in presa diretta con il contenuto di quest'ultimi.

²⁸³ Le espressioni sono di E. FAZIO, *Dalla forma alle forme*, cit., 84.

aspetto innovativo delle nuove e moderne prescrizioni formali, un ampliamento nelle finalità di tutela, poiché a lato di quelle considerate più tradizionali, quali necessità di certezza dei rapporti giuridici e di garanzia della dichiarazione negoziale, univocità del contenuto dell'atto (perseguibile attraverso la rappresentazione documentale del contenuto del medesimo), nonché serietà della manifestazione negoziale²⁸⁴, si è affiancata (soprattutto per effetto della legislazione di derivazione comunitaria) l'esigenza di protezione di una delle parti contraenti – solitamente quella considerata più debole²⁸⁵. Si comprende che in quest'ottica non si tratta solamente di garantire la circolazione dei beni e della ricchezza e di proteggere l'interesse dei terzi (i quali attraverso il binomio forma scritta-pubblicità dichiarativa sono puntualmente informati sull'atto di autonomia privata), bensì di “tutelare i diretti protagonisti (ovvero anche uno soltanto) sia della contrattazione sia del rapporto scaturito dal contratto”²⁸⁶, attraverso un regime di neo-formalismo negoziale il cui la valorizzazione della forma scritta non è limitata alla riduzione preventiva delle incertezze e del contenzioso tra le parti, ma è in presa diretta con la necessità di informare le parti e di “verificare e soppesare

²⁸⁴ Cfr. A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 48 ss. Il formalismo negoziale può dunque assumere diverse funzioni, che vengono solitamente identificate, in primo luogo, nel richiamare l'attenzione del contraente sulla valenza del negozio posto in essere (cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 145) e, correlativamente, a responsabilizzarlo (cfr. H. KÖTZ - S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano 2006, 152); nel fissare in modo certo e univoco il contenuto della dichiarazione (cfr. A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 73 ss.); nel renderlo facilmente riconoscibile da parte degli autori del negozio medesimo e dei terzi (cfr. G.F. MINNITI, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadrimestre*, 1993, 476). Per usare una formulazione sintetica, si può affermare che il formalismo sia “finalizzato a garantire la serietà della manifestazione negoziale, come consapevolezza del dichiarante riguardo alla rilevanza giuridica dell'atto posto in essere o alla riferibilità di questo ad una figura compresa nella fenomenologia giuridica” (E. FAZIO, *Dalla forma alle forme*, cit. 45).

²⁸⁵ Come nota S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione immobiliare*, in *Contr. imp.*, 1994, I, 44 ss., vi è stata sicuramente, da questo profilo, “una evoluzione del sistema giuridico”, poiché mentre un tempo la forma del contratto era concepita come “uno strumento volto a tutelare i contraenti dai rischi di una decisione non sufficientemente ponderata rispetto a operazioni economiche di una certa entità”, al giorno d'oggi il formalismo delinea “un modello emancipatorio di tutela del contraente debole, attuato mediante la predisposizione di strumenti legislativi di controllo preventivo dell'attività d'impresa e della contrattazione”. Nello stesso senso anche E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova 2006, 33, per il quale una delle funzioni del neoformalismo della legislazione speciale risiede propriamente nella tutela del contraente debole, e i nuovi vincoli formali “sono in gran parte finalizzati alla trasparenza del contratto [avendo] lo scopo di rendere immediatamente conoscibile in contenuto del contratto a vantaggio del contraente che non ha partecipato alla sua predisposizione: la forma scritta funge da veicolo del contratto che materialmente viene messo a disposizione del contraente che vi aderisce”. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla prescrizione di forma di cui alla l. 9 dicembre 1998, n. 431 per i contratti di locazione di immobili adibiti a uso abitativo; al vincolo della forma scritta nei contratti con il consumatore, di cui al Codice del consumo (d.lgs. 206/2005); nonché al requisito di forma scritta nei contratti di vendita di pacchetti turistici, in relazione ai quali l'art. 6, comma primo, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111 (ora art. 85 Codice del consumo) prescrive che il contratto sia «redatto in forma scritta in termini chiari e precisi».

²⁸⁶ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo. III. L'attività e il contratto*, a cura di N. Lipari, Milano 2003, 49.

adeguatamente l'effettiva qualità del contratto²⁸⁷. Ne deriva che i vincoli di forma non siano semplicemente estesi alle diverse fasi del procedimento di formazione del contratto (a partire dalla consegna di un documento informativo redatto per iscritto nella fase precontrattuale, passando attraverso la conclusione del contratto in forma scritta, fino alla consegna di copia scritta del medesimo)²⁸⁸, ma sia lo stesso neo-formalismo ad assumere la veste di un vero e proprio procedimento di formazione del negozio giuridico²⁸⁹, in cui la regola della necessità della forma scritta *ad substantiam* del contratto non si limita ad essere – come all'interno del tradizionale impianto del codice civile – la modalità espressiva delle dichiarazioni dei contraenti bensì acquista una finalità e un valore ulteriori, individuabili nell'emersione degli interessi delle parti, della loro tutela, della certezza della vicenda contrattuale e dello stesso rapporto giuridico, nonché della trasparenza contrattuale²⁹⁰. Come è stato efficacemente notato, la rinascita del formalismo (ovvero dei “formalismi”, volendo impiegare l'espressione al plurale proposta da parte della dottrina)²⁹¹ “non deve essere giudicata come un nostalgico ritorno al passato [ma] piuttosto come una tecnica al servizio di istanze socio-economiche attuali e in sintonia con i valori dell'ordinamento”²⁹².

²⁸⁷ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., 50.

²⁸⁸ Coglie nel segno la riflessione di N. IRTI, *Notazioni esegetiche sulla vendita a domicilio di valori mobiliari*, cit., 114, là dove afferma che nell'ambito del formalismo moderno, “nulla, o pressoché nulla, è lasciato all'autonomia delle parti: il loro cammino è già tracciato dalla provvidenza legislativa e regolamentare. Non meno norme, ma più norme, una tenace ed irriducibile fiducia nelle norme”.

²⁸⁹ Sul punto si veda ancora la riflessione di A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., 50, il quale afferma che “la finalità informativa cui si collega il rispetto di una particolare modalità di esterizzazione dell'atto di autonomia privata non risponde alla tutela della circolazione dei beni e dunque alla posizione di soggetti terzi (in relazione ad un possibile conflitto tra più acquirenti e creditori), ma risponde, in chiave procedurale, ad esigenze di ordine generale che fanno capo contemporaneamente sia ai protagonisti del singolo atto, più esattamente al contraente destinatario principale dell'informazione vale a dire il consumatore, sia alle complessive categorie dei potenziali contraenti in quello specifico settore (operatori economici da un lato, consumatori dall'altro) che danno corpo al relativo mercato”.

²⁹⁰ Per quanto concerne in particolare il tema della trasparenza, è interessante notare come si tratti di una novità del neoformalismo, “in gran parte frutto del recepimento, nel nostro ordinamento giuridico, di norme comunitarie che hanno introdotto l'obbligo di forma scritta in ambiti in cui non era previsto. [...] Sotto questo profilo, la forma scritta funge da veicolo del contenuto del contratto, che materialmente viene messo a disposizione del contraente che vi aderisce. In altre parole, si tratta di una forma scritta che ha lo scopo di rendere immediatamente conoscibile il contenuto del contratto, a vantaggio del contraente che non ha partecipato alla sua predisposizione” (E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto*, cit., 38). La finalità di trasparenza può essere così individuata nella disciplina dei contratti del mercato finanziario (art. 23 d.lgs. 58/1998), dei contratti bancari (art. 117 d.lgs. 385/1993), del contratto di subfornitura (art. 2 l. 192/1998) e del contratto di franchising (art. 3 l. 129/2004).

²⁹¹ Cfr. M. MESSINA, “*Libertà di forma*” e nuove forme negoziali, cit., *passim*.

²⁹² C. CICERO, voce *Formalismo (Rinascita del)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., V, Torino 2010, 687. Con particolare riferimento al neoformalismo di derivazione comunitaria, finalizzato alla tutela del consumatore, si è andati oltre il mero requisito della scrittura perché si tratta ora di garantire la trasparenza dell'oggetto del contratto, anche in considerazione delle rilevanti asimmetrie informative. Per questi motivi, “la forma non è più dunque posta a sola tutela e verifica di una decisione ponderata ma garantisce l'acquisizione da parte del consumatore di uno standard

Così inteso il formalismo negoziale, alla luce delle molteplici funzioni che è chiamato a svolgere nell'ordinamento giuridico, è possibile analizzare le ipotesi nelle quali pare difettare il rispetto dell'onere formale, per poter giungere a una dichiarazione di invalidità o meno dell'atto, che non sia, tuttavia, il portato di una concezione statica delle prescrizioni di forma, bensì di una concezione dinamica e sistematica delle stesse, che sia in grado di collocarle nel panorama più ampio dato dal contesto normativo in cui è inserita la dichiarazione negoziale ma anche dalla fattispecie concretamente esaminata. Questa impostazione consentirebbe, pertanto, non solo di andare oltre le rigidità che naturalmente caratterizzano un sistema formale ma persino di valutare, in determinate ipotesi, se, nonostante il mancato adempimento dell'obbligo formale, la dichiarazione negoziale sia stata idonea alla produzione degli effetti giuridici che le sono propri e che il vincolo di forma intende assicurare²⁹³. Come si è già avuto modo di indicare nei paragrafi precedenti, discorrendo del tema del principio della libertà delle forme e con particolare riferimento al fenomeno del neo-formalismo negoziale, la lettura teleologica e funzionale delle prescrizioni di forma si dimostra l'unica in grado di cogliere la complessità della fattispecie concreta e di conferirle attuale rilevanza, alla luce dell'operazione economica globalmente considerata e degli interessi concretamente perseguiti dalle parti, nel rispetto dell'autenticità del dato normativo e della *ratio* ad esso sottostante, la cui osservanza è garantita ogni volta che l'atto giuridico posto in essere abbia raggiunto gli effetti per i quali è stato predisposto dal legislatore, potendosi eventualmente prescindere dalla stretta osservanza dell'onere formale²⁹⁴.

informativo tale da porlo in condizione di contrattare con consapevolezza” (*ivi*, 691).

²⁹³ Esempio a tal proposito la disciplina dettata dal combinato disposto degli artt. 125, 156 e 160 cod. proc. civ., che delinea un sistema nel quale la nullità dell'atto non può mai essere pronunciata se l'atto stesso ha raggiunto lo scopo per il quale è destinato. L'impianto delle nullità processuali si basa, pertanto, sull'idea che il raggiungimento dello scopo dell'atto costituisca una sanatoria del vizio medesimo, poiché è in grado di “prende[re] il luogo dell'elemento dell'atto il cui vizio o la cui carenza è prevista dalla legge a pena di nullità” (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, VIII ed., Milano 2015, 404). Si deve precisare, tuttavia, che la nozione di raggiungimento dello scopo non va confusa e va tenuta distinta dalla nozione di produzione dell'effetto giuridico, dal momento che taluni effetti giuridici possono prodursi anche e nonostante la nullità dell'atto, fino a quando quest'ultimo non venga rimosso; la sanatoria di cui all'art. 156 c.p.c., pertanto, “consiste nel verificarsi di un evento materiale (e non di un effetto giuridico), la cui realizzazione quel requisito (la cui mancanza è prevista a pena di nullità dall'ordinamento) doveva favorire. [...] Si ha così la convalidazione oggettiva dell'atto nullo” (*ivi*, 405).

²⁹⁴ Si deve tenere a mente, tuttavia, che quando si discorre di interpretazione teleologica delle disposizioni contenenti oneri formali non si intende fare riferimento alla concezione teleologica propria del codice di procedura civile, quale emerge dal combinato disposto degli artt. 125 e 163, comma 3, cod. proc. civ., laddove la forma non è considerata in sé, ma unicamente quale mezzo per il raggiungimento di uno scopo; come scrive N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., 86, “adottare una forma è, dunque, compiere un'azione diretta ad un fine”. Questa impostazione si contrappone nettamente a quella propria del codice civile che, al contrario, adotta un approccio strutturalista, nel senso che la forma, come si è già avuto modo di precisare nei paragrafi precedenti, costituisce uno dei requisiti del contratto, senza il quale il contratto non è. *L'interpretatio sub finem*, pertanto, propria del codice di rito, comporta che lo scopo sia il *prius* logico dell'analisi, mentre la

Ragionando *a contrariis*, i vincoli formali non potranno considerarsi necessari laddove le finalità indicate *supra* non siano riscontrabili nella fattispecie concreta, ovvero possano essere soddisfatte senza che sia necessario il ricorso alla costruzione formale, la quale costituisce, come si è avuto modo di dimostrare, una deroga alla regola generale della libertà delle forme, assumendosi che l'ordinamento sia tendenzialmente e naturalmente in grado di raggiungere i propri scopi prescindendo dagli oneri formali.

Tale approccio fornisce inoltre una solida base giuridica e argomentativa per rispondere alla domanda se si possa ricorrere all'estensione delle prescrizioni formali - dettate per il negozio principale - al patto di caparra confirmatoria, dal momento che dottrina e giurisprudenza spesso dilatano la portata applicativa dell'art. 1350 c.c. in ipotesi di contratti, negozi e atti collegati ovvero connessi ai contratti solenni²⁹⁵. Anche in questo caso, la corretta qualificazione dell'elemento causale relativo all'art. 1385 c.c. offre la soluzione - negativa - alla domanda poiché, come si è già avuto modo di approfondire, la funzione propria della caparra *ex art.* 1385 c.c. non è identificabile con il trasferimento immobiliare, il quale semmai si pone come obiettivo perseguibile in via mediata e indiretta attraverso la finalità di rafforzamento del vincolo negoziale. In via diretta, al contrario, il negozio di caparra si caratterizza per la sua autonomia causale, individuabile in quel carattere confirmatorio che assomma in sé una molteplicità di profili e di funzioni, tra loro concorrenti a determinare la fattispecie nel suo complesso e, ovviamente, anche il suo elemento causale, che si sostanzia nella creazione di un vincolo (di carattere reale) tra il *tradens* e l'*accipiens* affinché il contratto principale, quale che siano le obbligazioni dallo stesso derivanti, sia correttamente adempiuto, pena la perdita della somma versata (ovvero l'obbligo di corrispondere il *duplum*).

Alla luce delle considerazioni che precedono, la fattispecie concreta nella quale si vengano a trovare i soggetti coinvolti in una compravendita immobiliare

sussistenza della forma dell'atto sia solo accertata *ex post*, essendo un elemento non necessario ma di rilevanza secondaria.

²⁹⁵ Le applicazioni più rilevanti di tale interpretazione si individuano nelle fattispecie del mandato senza rappresentanza ad alienare beni immobili e del negozio fiduciario relativo a traslazioni immobiliari. Nella prima ipotesi, la giurisprudenza giunge generalmente ad impiegare l'interpretazione estensiva dell'art. 1350 c.c. per affermare la sussistenza della necessità della forma scritta, a pena di nullità, anche per il mandato senza rappresentanza da cui discenda l'obbligo di trasferire un bene immobile: cfr., *ex multis*, Cass. 12 gennaio 1991, n. 256; Cass. 18 luglio 1991, n. 7985; Cass. 17 giugno 1992, n. 7453. Con riferimento alla seconda ipotesi, la giurisprudenza è giunta ad affermare la necessità della forma scritta *ad validitatem* sia per il negozio fiduciario relativo a traslazioni immobiliari (poiché per effetto del *pactum fiduciae* il fiduciario si obbliga a ritrasferire il bene immobile al fiduciante): cfr., *ex multis*, Cass. 18 ottobre 1988, n. 5663; Cass. 29 maggio 1993, n. 6024; sia per la ratifica del contratto, di per sé solenne, stipulato dal *falsus procurator* (cfr. Cass. 11 marzo 1997, n. 2174).

che sia preceduta dal versamento di una somma a mani del mediatore contestualmente alla conclusione in forma orale del contratto, richiede all'operatore giuridico di valutarne la validità in un'ottica relazionale e funzionale, la quale è l'unica in grado di cogliere il fine dell'operazione economica posta in essere dalle parti; ciò non significa, evidentemente, che il richiamo alla lettura teleologica della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c., la valorizzazione della nozione di causa concreta nonché l'interpretazione funzionale delle prescrizioni formali possano costituire una sorta di *passe-partout* per aggirare ovvero forzare il dato normativo, ovvero per giungere a esiti contrastanti con le scelte compiute dal legislatore in una materia, quale quella della contrattazione immobiliare, ritenuta particolarmente meritevole di tutela in considerazione dell'importanza economica del bene considerato²⁹⁶. Un approccio metodologicamente e giuridicamente corretto comporta, pertanto, che il percorso dell'interprete prenda avvio dall'analisi della fattispecie concreta, con l'impiego delle categorie logiche e giuridiche che consentano di ricondurla alla fattispecie astratta e, solo in un secondo momento, questi possa compiere una valutazione complessiva e globale della vicenda sottoposta alla sua attenzione, attraverso il ricorso alla nozione di causa concreta e all'interpretazione funzionale e teleologica, unicamente al fine di non lasciare senza risposta gli interessi delle parti ritenuti meritevoli di tutela, che altrimenti rischierebbero di rimanere senza adeguata protezione.

Nessun ostacolo sussiste, dunque, né di ordine giuridico né di ordine logico, alla possibilità di qualificare come caparra confirmatoria la somma che sia versata dal potenziale acquirente al potenziale venditore, per il tramite del mediatore immobiliare, sul quale grava l'obbligo di effettuare il trasferimento dal primo al secondo; trasferimento che risulta necessario proprio perché il pagamento si trasformi, da deposito cauzionale, in caparra confirmatoria vera e propria, ossia in un negozio giuridico a carattere bilaterale, gravante sia sul *tradens* sia sull'*accipiens* (ossia il soggetto intenzionato a procedere alla vendita dell'immobile). L'ammissibilità della sussunzione nella fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. si deduce da un triplice ordine di ragioni: innanzitutto, il postulato in base al quale patto di caparra confirmatoria non soggiace ad alcun onere formale non viene meno per il

²⁹⁶ Come nota anche M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 1005, i contratti che trasferiscono la proprietà dei beni immobili "costituiscono indubbiamente il campo più importante in cui opera la forma *ad substantiam*". Peraltro è stato correttamente sottolineato che l'impostazione codicistica, nella quale l'imposizione della forma si connette alle funzioni della responsabilizzazione delle parti, al conferimento di certezza all'atto e al conferimento di correttezza e trasparenza al traffico giuridico immobiliare, è evidentemente "legata ad una concezione della ricchezza prevalentemente immobiliare, concezione che oramai da tempo appare quantomeno discutibile" (R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, cit., 75).

fatto che esso sia collegato ad un contratto formale. Se di vera aformalità si tratta – come si è avuto modo di dimostrare - questa deve, *a fortiori*, essere rispettata nel momento in cui la caparra confirmatoria acceda ad uno dei negozi indicati dall'art. 1350 c.c., quale appunto il contratto traslativo di diritti reali immobiliari; la struttura e la finalità di cui all'art. 1385 c.c. sono ugualmente preservate e mantenute sebbene la costituzione della caparra avvenga senza il rispetto di particolari oneri formali e contestualmente al raggiungimento di un (ulteriore) accordo informale relativo al contratto principale, mancante della forma scritta *ad substantiam*.

In secondo luogo, la non contestualità della *datio* rispetto al momento perfezionativo vero e proprio del contratto principale (ossia la redazione nella forma della scrittura privata o dell'atto pubblico) non rileva ai fini della valida costituzione della caparra, in quanto la sua funzione confirmatoria non viene meno a causa della mera anteriorità cronologica del versamento ed è comunque in grado tanto di rafforzare l'adempimento del contratto principale, tutelando la parte diligente del rapporto - attraverso il noto meccanismo del recesso e del pagamento del *duplum* - quanto di costituire un anticipo della prestazione nel caso di adempimento. L'approdo a tali conclusioni è il naturale sviluppo delle riflessioni svolte nei paragrafi precedenti con riferimento sia alla nozione di causa concreta nell'ordinamento giuridico, sia all'interpretazione funzionale delle prescrizioni legali in tema di forma. L'inquadramento sistematico della fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. entro questi due poli dialettici permette di analizzare adeguatamente e correttamente quelle ipotesi di pagamento di somme avvenute a titolo di caparra confirmatoria in base a semplici accordi verbali intercorsi tra le parti e strutturalmente preordinate alla stipulazione di un contratto solenne e, quindi, di affermarne la riconducibilità all'art. 1385 c.c., in quanto solo la valutazione, da un lato, dell'operazione economica nel suo complesso e della meritevolezza degli interessi concretamente perseguiti dalle parti e, dall'altro, dell'avvenuto raggiungimento degli obiettivi posti dal legislatore alla base delle prescrizioni in tema di compravendita immobiliare, consente di considerarla complessivamente valida ed efficace, nonché in armonia con l'ordinamento giuridico.

Questo giudizio viene evidentemente svolto *ex post*, alternativamente in sede di stipulazione del contratto principale – quindi, di fronte al notaio – ovvero in sede contenziosa, qualora tale sottoscrizione sia mancata per fatto imputabile a una delle tre parti coinvolte nella vicenda. Nel primo caso, si potrebbe dire fisiologico, emerge la rilevanza della *traditio* di denaro poiché venditore e acquirente si trovano ad ultimare il processo di formazione del contratto, che era idealmente iniziato con

le trattative e con la corresponsione al terzo di una somma a titolo di caparra, e che ora si conclude con la redazione in forma di atto pubblico del contratto di compravendita, pena la sua nullità e l'impossibilità di trascriverlo nei registri immobiliari. Si tratta, dunque, di comprendere quale valore attribuire ad un tale passaggio di denaro e di qualificarlo eventualmente, al verificarsi delle condizioni descritte *supra*, come caparra confirmatoria; è un lavoro interpretativo che l'operatore giuridico compie quando viene posto – per così dire - dinnanzi al fatto compiuto, e che deve essere svolto in considerazione dell'obiettivo perseguito dalle parti, ossia la sottoscrizione di una compravendita immobiliare. Nel secondo caso, al contrario, l'interprete si accinge ad analizzare una situazione patologica, dal momento che non si è giunti alla stipulazione del contratto, vuoi per fatto imputabile al potenziale acquirente, al potenziale venditore o al mediatore immobiliare. La vicenda merita, pertanto, un ulteriore e autonomo approfondimento, che verrà svolto nel paragrafo a seguire.

6. Le conseguenze dell'inadempimento

6.1 La responsabilità del mediatore immobiliare

Si è detto che la prassi della moderna contrattazione immobiliare è strutturata attraverso un rapporto trilaterale, che vede coinvolti il potenziale acquirente e il potenziale venditore per il tramite di un soggetto terzo - il mediatore - con il quale si instaurano due distinti rapporti di mediazione che fanno capo, rispettivamente, al soggetto intenzionato a vendere l'immobile e ai soggetti intenzionati ad acquistarlo. Si è osservato, inoltre, che la pratica degli affari è caratterizzata dal versamento di una somma di denaro – qualificata in termini di cauzione - a favore del mediatore al momento della sottoscrizione di quella che viene definita proposta d'acquisto e che assumerà la veste di caparra confirmatoria vera e propria solo al momento della conoscenza dell'accettazione della proposta da parte dell'acquirente (art. 1326 c.c.), ovvero, più frequentemente, quando sia concluso il contratto preliminare (si intende qui il c.d. preliminare chiuso, e non il preliminare di preliminare). Ricostruita la fattispecie da un punto di vista fisiologico, si deve ora proseguire la ricerca analizzando il profilo patologico, relativo agli esiti che derivano dalla mancata sottoscrizione del contratto di compravendita pur in presenza dell'avvenuto versamento della somma a titolo di caparra confirmatoria a mani dell'agente immobiliare e di un accordo orale relativo allo stesso contratto, entrambi non formalizzati durante la fase delle trattative. La frustrazione dell'interesse della parte non inadempiente alla stipulazione del contratto principale costituisce il punto di

partenza per la presente indagine, volta a individuare le conseguenze in termini di attribuzione della responsabilità, dal momento che in tale ipotesi il soggetto interessato alla vendita o all'acquisto dell'immobile non ha potuto concludere l'operazione economica sperata e prospettata.

Essendo tre i soggetti coinvolti, ciascuno di essi, secondo modalità differenti, potrebbe essere individuato come responsabile del mancato perfezionamento della compravendita ed è compito dell'interprete valutare caso per caso quale sia la misura della colpa eventualmente attribuibile, nonché quale sia la natura della responsabilità che causi l'impossibilità di pervenire alla sottoscrizione del contratto.

Per quanto concerne il mediatore immobiliare, si deve considerare l'ipotesi in cui sussista un contratto di mediazione concluso attraverso la sottoscrizione, tanto da parte del venditore quanto dell'acquirente, dell'incarico esclusivo ed irrevocabile finalizzato, rispettivamente, alla ricerca dell'immobile ovvero dei potenziali compratori: si tratta della c.d. proposta irrevocabile d'acquisto, la quale si concreta in un incarico di mediazione, “il cui contenuto, ridotto all'essenziale, si esaurisce in una pura e semplice promessa di pagamento”²⁹⁷. La responsabilità del mediatore sussiste, pertanto, qualora egli si sia inadempiente rispetto al parametro di diligenza professionale impostagli, violando le obbligazioni incombenti su di lui che sono genericamente individuabili nell'attività di cura (ossia la messa in relazione delle parti), e nell'obbligo di informazione *ex art.* 1759 c.c., comprensivo di “tutte le circostanze, sia esse tali da dissuadere le parti dalla conclusione del contratto, da indurle a contrarre a condizioni diverse, o a favorire la conclusione del contratto medesimo”²⁹⁸. La mancata sottoscrizione del contratto, al contrario, non costituisce *ipso facto* inadempimento del mediatore e perciò non produce immediatamente la sua responsabilità, “potendo rappresentare, eventualmente, il danno subito dal soggetto intermediato ove la mancata conclusione sia dipesa da fatto imputabile al mediatore”²⁹⁹.

²⁹⁷ A. LUMINOSO, *La mediazione*, cit., 197.

²⁹⁸ M. BLANDINI – M. DE COSTANZO, *La mediazione nella giurisprudenza*, cit., 209. In realtà l'obbligo di informazione si declina ulteriormente nell'obbligo di informazione con riferimento allo stato di capacità e stato di insolvenza di uno dei contraenti (art. 1764, commi secondo e terzo, c.c.); ad esso, e all'obbligo di mettere in relazione le parti, si affiancano, peraltro, una serie di c.d. obblighi eventuali, così che il “contenuto minimo [del contratto di mediazione] può arricchirsi di ulteriori elementi grazie all'esplicazione dell'autonomia contrattuale che il comma 1 art. 1322 c.c. riserva alle parti proprio nel contesto del contratto tipico” (E. GIACOBBE, *Il contratto di mediazione*, cit., 171). Si vedano, ad esempio, l'attività di c.d. *nunciatio*, ovvero l'attività di rappresentanza da parte del mediatore, cui vanno aggiunti i specifici obblighi del mediatore professionale, quali quelli previsti dalla l. 39/1989 (tra cui l'iscrizione obbligatoria nell'apposita sezione dell'albo).

²⁹⁹ E. GIACOBBE, *op. cit.*, 236, che aggiunge come l'onere probatorio graverà sul soggetto che lamenta il danno subito per la mancata conclusione dell'affare, del quale dovrà dare dimostrazione

Potrebbe configurarsi, tuttavia, una diversa fattispecie concreta, nella quale il mediatore non comunica al potenziale acquirente l'avvenuta accettazione della proposta d'acquisto da parte del venditore: in questo caso si configura certamente in capo all'agente immobiliare un comportamento scorretto che viola la buona fede, la fiducia, l'aspettativa e l'affidamento del promittente acquirente; ricorrendo una tale ipotesi, il mediatore è obbligato alla restituzione della somma versata ma non nell'ammontare del doppio, in quanto formalmente il contratto non si è concluso e la cauzione non si è ancora trasformata in caparra confirmatoria³⁰⁰.

Qualora, invece, il mediatore non comunichi l'accettazione al fine di mantenere l'immobile sul mercato e, nel frattempo, ricercare altre offerte più vantaggiose, che gli consentirebbero di ottenere una provvigione più elevata, è necessario distinguere l'ipotesi in cui il promittente acquirente sia stato avvisato dell'esistenza di una sorta di “gara al rialzo” e, pertanto, nessuna restituzione è dovuta né si configura alcuna responsabilità in capo all'agente immobiliare, perché egli ha tenuto un comportamento che è oggettivamente lecito (seppur sostanzialmente scorretto) nella prassi della contrattazione, dall'ipotesi in cui, al contrario, il potenziale acquirente non sia stato informato di tali circostanze e finisca per vedere frustrato il suo interesse all'acquisto, in quanto l'immobile viene venduto ad un altro soggetto. In quest'ultimo caso, evidentemente non può che configurarsi una responsabilità contrattuale del mediatore nei confronti del primo potenziale acquirente per violazione dei doveri di correttezza e buona fede *ex art.* 1759, comma 1, c.c. (oltre all'obbligo di restituzione della somma ricevuta)³⁰¹; la sottoscrizione della proposta di acquisto, infatti, è il documento con cui un soggetto – potenziale acquirente – perfeziona il contratto di mediazione con l'intermediario³⁰².

Ad un esame più approfondito si comprende, tuttavia, che la risposta non

secondo quanto disposto dagli artt. 1218, 1453 e 2697 c.c.

³⁰⁰ Cfr. G.E. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2010, 83 ss., il quale sottolinea come nella prassi della contrattazione immobiliare, essendoci un innegabile “scambio dei ruoli tra l'effettivo proponente e l'effettivo oblato” (con conseguente rischio di un abuso, da parte del mediatore, della propria posizione privilegiata), “questo sistema possa pregiudicare l'affidamento del potenziale acquirente, il quale resta del tutto estraneo [...] al gioco economico attuato dalla potenziale controparte e dell'intermediario, a tutto vantaggio di colui che intende vendere, sperando di ottenere condizioni più favorevoli, e del mediatore, che cerca di trarre dall'affare una maggiore provvigione”. Tuttavia, “nella misura in cui i limiti posti dall'ordinamento non siano valicati, deve ritenersi legittimo un comportamento di questo tipo” proprio a causa della particolare “modulazione del percorso formativo dell'accordo contrattuale” (*ivi*, 84).

³⁰¹ Per queste riflessioni, ancora G.E. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., 84.

³⁰² Cfr. G. GABRIELLI, *Compravendita immobiliare in tre fasi*, cit., 126: “Tutti i moduli, invero, sembrano avere una duplice valenza giuridica: non solo di proposta di compera, ma altresì di conferimento all'intermediario dell'incarico di portare a conoscenza dell'altra parte, direttamente o indirettamente individuata, tale proposta”.

sarebbe dissimile nell'ipotesi in cui manchi la formale predisposizione di un contratto di mediazione ma si sia pervenuti al suo perfezionamento per semplici fatti concludenti: in un tale circostanza, infatti, qualora si riesca a dare prova che la mancata stipulazione del contratto di compravendita immobiliare è stata causata dall'inadempimento dell'intermediario (il quale sarà inevitabilmente ritenuto responsabile ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1218 c.c., in quanto il contratto di mediazione è perfetto e vincolante), il *tradens* non potrà invocare l'art. 1385 c.c., secondo comma, ma potrà unicamente agire contro il mediatore secondo le normali regole in tema di inadempimento contrattuale, con particolare riferimento sia alla rilevanza dell'inadempimento - art. 1455 c.c. - sia alla quantificazione del danno subito (essendo fuori gioco il meccanismo del *duplum*)³⁰³.

È possibile, inoltre, che ricorra la particolare ipotesi in cui il l'agente immobiliare, una volta incassato il deposito cauzionale da parte del soggetto interessato all'acquisto dell'immobile, non proceda con il trasferimento del medesimo a favore del potenziale venditore, bensì trattenga la somma per sé ovvero la versi a un altro soggetto estraneo alla vicenda: la fattispecie non solo costituirebbe un'ulteriore manifesta violazione degli obblighi di diligente esecuzione delle obbligazioni incombenti sul mediatore (con conseguente responsabilità, come già detto *supra*, ai sensi degli artt. 1218 ss. e 1453 ss. c.c.), ma andrebbe anche ad integrare la fattispecie di reato di appropriazione indebita, come disciplinata dall'art. 646 c.p., in forza del quale viene punito chi, per procurare sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria del denaro o della cosa mobile altrui, avendone il possesso a qualsiasi titolo³⁰⁴.

Nell'eventualità ulteriore in cui si verifichi il trasferimento della somma, da

³⁰³ Come sottolinea E. GIACOBBE, *Il contratto di mediazione*, cit., 62, a proposito della conclusione della mediazione per *facta concludentia*: “Fin dal primo contatto con uno dei soggetti intermediati [...] il mediatore è mediatore, parte di un contratto perfetto e vincolante, l'inadempimento del quale ingenererà una responsabilità *ex art. 1218 c.c.* e non già *ex art. 1337 c.c.*”

³⁰⁴ Cfr. Cass. pen., sez. II, 13 aprile 2007, n. 15118, in *Cass. pen.*, 2008, 5, 537: “Integra il delitto di appropriazione indebita la condotta del mediatore in una compravendita immobiliare che trattenga, a titolo di provvigione, prima che l'affare possa dirsi concluso con la stipulazione, necessariamente in forma scritta, del contratto - anche preliminare - di compravendita, parte della somma di denaro datagli dal potenziale acquirente per la consegna, a titolo di caparra confirmatoria, al potenziale venditore”. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, 29 ottobre 1985, n. 11780, CED 171294: “Colui che, agendo come mediatore immobiliare e maturando per la sua attività la provvigione, acquisti la proprietà delle somme riscosse dagli aspiranti compratori, commette il reato di appropriazione indebita, in quanto ha verso tali somme un preciso obbligo di consegna ai rispettivi mandanti”; Cass. pen., sez. II, 3 marzo 1989, n. 11628, in *Cass. pen.*, 1991, I, 58: “Pertanto si è ritenuto che il divieto di utilizzazione del denaro, versato a titolo di anticipo sul prezzo di immobili, imposto dall'agente immobiliare agli acquirenti, implichi il passaggio del possesso disgiunto della proprietà; commette, dunque, appropriazione indebita l'agente immobiliare che ometta di consegnare le somme incassate ai venditori, destinatari delle somme predette, essendo in possesso delle somme in via temporanea e con esplicito divieto di utilizzazione delle stesse”.

parte del mediatore, a un soggetto terzo diverso dal soggetto intenzionato a vendere e che gli ha conferito l'incarico, quest'ultimo potrà agire in sede civile nei confronti dell'*accipiens* ai sensi dell'art. 2041 c.c., in quanto il terzo è un soggetto non titolato a detenere il versamento di denaro³⁰⁵.

Qualora ricorra, tuttavia, una diversa fattispecie concreta, nella quale manchi la predisposizione per iscritto, da parte del mediatore, dell'incarico a vendere ovvero ad acquistare, bensì si sia semplicemente in presenza di un pagamento effettuato, da parte del soggetto intenzionato all'acquisto, a mani di un soggetto terzo, contestualmente alla conclusione del contratto di compravendita immobiliare (in forza di semplici accordi verbali), evidentemente la situazione è molto più complessa. In questo caso non si esclude che il contratto di mediazione si sia perfezionato per *facta concludentia* ma, una volta che ciò sia stato eventualmente dimostrato, occorre attribuire una qualificazione al passaggio di denaro, in assenza dell'esplicitazione che invece viene solitamente fornita dal contenuto della proposta d'acquisto. Il *discrimen* su cui basare la valutazione dovrebbe risiedere nella ricerca della comune volontà delle parti contraenti: in altri termini, la scelta in favore della qualificazione giuridica del versamento di denaro come caparra confirmatoria, piuttosto che come cauzione, acconto o caparra penitenziale è la conseguenza della ricostruzione dell'intenzione dei soggetti interessati alla trattativa immobiliare sia nel senso di considerare un soggetto terzo quale mediatore ai fini della compravendita, sia di procedere alla costituzione di una convenzione di caparra³⁰⁶; come si è già avuto modo di indicare, infatti, l'art. 1385 c.c. richiede la necessaria

³⁰⁵ In questo caso si rientrerebbe, infatti, nell'ipotesi di un atto di disposizione di beni altrui che, se effettuato in malafede, implica l'obbligo di risarcire gli eventuali danni mentre se effettuato in buona fede comporta unicamente l'obbligo di devolvere il corrispettivo ricevuto (conclusione a cui si giunge argomentando *a contrariis* dall'art. 535 c.c., in forza del quale chi aliena beni ereditari in buona fede è tenuto solo a devolvere il prezzo; in maniera analoga dispone anche l'art. 1176 c.c.). Qualora poi si consideri l'eventualità che l'alienazione avvenga a titolo gratuito, il terzo acquirente sarà soggetto all'azione di responsabilità *ex art.* 2038 c.c., limitatamente all'arricchimento, ma solo a condizione che “si ammetta in conformità dell'insegnamento della dottrina dominante l'operatività della regola possesso vale titolo anche in materia di atti a titolo gratuito” (P. GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano 2003, 72).

³⁰⁶ Il termine attorno al quale ruota la riflessione circa il perfezionamento del contratto di mediazione *per facta concludentia* è: consapevolezza. La necessità o meno di questo elemento è ciò su cui sostanzialmente si fonda la divisione dottrinale tra contrattualisti e anticontrattualisti (con riferimento alla mediazione stessa), dal momento che per i primi “il rapporto di mediazione non può sorgere qualora le parti, pur avendo concluso l'affare grazie all'opera del mediatore, non siano state messe in grado di conoscere [...] l'opera di intermediazione svolta dallo stesso”, mentre per i secondi “il realizzarsi della fattispecie mediatoria prescinde, di massima, da tale elemento ed è unicamente legato all'obbiettivo svolgimento dell'attività di mediazione in favore dei possibili contraenti” (A. LUMINOSO, *La mediazione*, cit., 35). La riflessione circa il ruolo di un tale elemento soggettivo comporta, inoltre, l'interrogativo se “la semplice (proprio in quanto consapevole) utilizzazione dell'attività del mediatore debba essere senz'altro intesa come accettazione tacita o *per facta concludentia* di una proposta contrattuale (di mediazione) proveniente da quest'ultimo” (*ibidem*).

manifestazione di volontà delle parti nel senso di dare vita alla suddetta fattispecie, al fine precipuo di distinguere la *traditio* che le è propria dalla realtà che caratterizza altre figure affini, tanto che, in assenza di un'esplicita dichiarazione al riguardo, si deve propendere per l'esclusione della ricorrenza di una caparra confirmatoria. Questi due aspetti, pertanto, si dimostrano intimamente connessi nel momento in cui, per l'ipotesi patologica di mancata formalizzazione del contratto di compravendita, si debba qualificare il pagamento effettuato nei termini prospettati, ossia in assenza della sottoscrizione della proposta d'acquisto e in forza di (presunti) accordi verbali tra le parti, dal momento che tale *datio* non può essere lasciata nel vuoto giuridico: sembra che tutto si riduca, in sintesi, alla dimostrazione, sul piano probatorio, della consistenza e dell'ampiezza delle intese intervenute tra l'acquirente, il venditore ed, eventualmente, il terzo, sia per quanto concerne il riconoscimento a quest'ultimo della qualifica di mediatore in senso stretto, ai fini della conclusione dell'affare, sia per quanto riguarda la volontà di intendere la somma a questi consegnata come costitutiva di una caparra confirmatoria. La responsabilità del mediatore si sostanzia, infatti, nella mancata conclusione dell'affare, che peraltro costituisce il presupposto necessario e sufficiente ai fini della maturazione del diritto alla provvigione³⁰⁷.

Al fine della corretta ricostruzione dell'intenzione dei soggetti coinvolti nella vicenda - nonché dei concreti interessi perseguiti dai medesimi - un aiuto importante potrebbe giungere, se presenti, dai c.d. accordi preparatori, che svolgono una funzione ricognitiva dei propositi, degli obiettivi e delle finalità manifestati dalle parti nella fase delle trattative e non solo costituiscono una rappresentazione dell'avanzamento delle medesime nell'ambito della formazione progressiva del contratto, bensì sono anche un utile strumento di allocazione della responsabilità in caso di mancata stipulazione del contratto³⁰⁸. La redazione ad opera delle parti di

³⁰⁷ La nozione di «affare concluso» ha una rilevanza determinante e centrale nell'ambito del contratto di mediazione, in quanto l'unica obbligazione derivante da quest'ultima è quella avente ad oggetto il pagamento della provvigione, a condizione, tuttavia, che l'affare sia stato concluso, appunto (art. 1755, primo comma, c.c.). Al fine della delimitazione del concetto, la giurisprudenza normalmente intende per «affare» qualsiasi operazione economica generatrice di un rapporto obbligatorio tra le parti: cfr. Cass. 16 giugno 1992, n. 7400; Cass. 16 dicembre 1987, n. 9348, in *Arch. civ.*, 1988, 285; Cass. 18 maggio 1977, n. 2030; Cass. 22 gennaio 1977, n. 330. L'affare, in ogni caso, “implica la necessità di un'intesa tra (almeno) due soggetti - anche se non concretantesi in un accordo in senso tecnico - dal momento che l'opera del mediatore non può consistere se non nel mettere in relazione due o più parti (art. 1754)” (A. LUMINOSO, *op. cit.*, 94). Come ulteriormente statuito dalla Suprema Corte nelle sue pronunce, l'affare può considerarsi concluso, ai fini del sorgere del diritto alla provvigione, quando tra le parti, che siano state messe in relazione dal mediatore, si sia costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna di esse ad agire per l'adempimento: cfr. Cass. 9 aprile 1984, n. 2277; Cass. 13 gennaio 1982, n. 186; Cass. 19 febbraio 2004, n. 3323. In dottrina, cfr. A. CAUTADELLA, *Mediazione*, cit., 10; G. DI CHIO, *La mediazione*, cit., 623.

³⁰⁸ Si è dibattuto in dottrina a proposito dell'esistenza della categoria degli “accordi preparatori o “intese”, distinguendoli dai “contratti preparatori” (contratto preliminare e opzione), dove questi

minute, punteggiamenti ovvero di qualsiasi altro documento relativo alla vicenda contrattuale *in itinere* costituirebbe, senza dubbio, un prezioso indice al fine della ricerca di possibili accordi con riferimento alla costituzione di un patto di caparra confirmatoria nonché al ruolo eventualmente assunto dal soggetto terzo, quale mediatore cui versare una certa somma e vincolarla allo scopo stabilito congiuntamente da venditore e acquirente³⁰⁹.

In assenza di tali accordi preparatori, tuttavia, la responsabilità del mediatore andrà comunque ricondotta all'ambito della responsabilità per inadempimento del contratto di mediazione, a condizione che si dimostri, quanto meno, l'avvenuta conclusione del rapporto medesimo per *facta concludentia*, mancando la sottoscrizione dello specifico incarico normalmente recante la forma scritta. La ricostruzione *ex post* della reale volontà del potenziale acquirente e del potenziale venditore è, in definitiva, una *questio facti* che grava sull'interprete nel momento in

ultimi indicherebbero delle “vere e proprie intese” con cui le parti diano vita a “un regolamento contrattuale, più o meno dettagliato, destinato a valere per la conclusione di futuri eventuali contratti tra di loro o anche nei riguardi dei terzi” (A. DI MAJO, *Vincoli, unilaterali e bilaterali nella formazione del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino 1997, 563), mentre i primi si limiterebbero a qualificare “quelle ipotesi in cui le parti, al fine di agevolare le trattative, precludendosi di tornare su alcuni punti già fissati, puntualizzano i singoli aspetti sui quali già si registra un accordo [...] che tuttavia per assurgere a regolamento contrattuale finale necessita di ulteriori elementi e pattuizioni” (V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 183). Il maggiore dubbio riguarda l'utilità che possa svolgere in concreto una tale categoria, in quanto potrebbe essere ricondotta alla nozione di rapporto giuridico preparatorio una pluralità eterogenea di fenomeni “tutti caratterizzati dalla difficoltà di rinvenire tra le varie fattispecie ad essa potenzialmente riconducibili un nucleo comune, che vada al di là di una generica funzione preparatoria” (F. REALMONTE, *Introduzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, Milano 1996, XI ss.); si deve considerare, peraltro, che il nostro sistema (stando alla lettera dell'art. 1321 c.c.) sembra propendere per una netta separazione tra la situazione in cui un contratto c'è e quella in cui un contratto ancora non possa dirsi venuto ancora ad esistenza, dovendosi necessariamente confinare tutte le ipotesi che si situino nell'area grigia tra contratto e assenza di contratto alla fase delle trattative. La dottrina più attenta, tuttavia, prendendo (correttamente) avvio dall'inquadramento della responsabilità precontrattuale all'area della responsabilità contrattuale, è giunta a considerare l'autonomia e la validità concettuale della categoria dell'intese preparatorie, le quali costituirebbero una specificazione e integrazione del generale e generico principio di buona fede durante la fase delle trattative. In altre parole, tali intese sarebbero in grado di “specificare (rispetto alla clausola generale) la regolamentazione delle trattative e dell'intera fase precontrattuale, potendo risultare affidati alla (più puntuale) fonte convenzionale il comportamento da assumere e l'intensità dell'affidamento perseguiti in concreto dalle parti” (F. REALMONTE, *Introduzione*, cit., XX); non si tratterebbe soltanto di obblighi legati alla buona fede ma di fattispecie complesse nelle quali “la volontà delle parti interviene a formalizzare la fase precontrattuale, senza generare obblighi al contratto ma integrando e specificando il contenuto degli obblighi legali stessi; fino a giungere a intese preparatorie che all'effetto comune tipico di ciascuna di esse aggiungono, quale dato ulteriore, la creazione di un vero e proprio diritto (potestativo o di credito) al contratto” (*ibidem*). Nello stesso senso anche U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali, I, La formazione dei contratti*, Padova 1984, 55, per il quale le intese preparatorie hanno la funzione di “ispessire il contenuto dell'obbligo di negoziare in buona fede articolandolo in comportamenti specificamente voluti dalle parti”.

³⁰⁹ Le minute e punteggiamenti, quali *species* all'interno del *genus* accordi preparatori, indicano “quei documenti che hanno solo una funzione storica o probatoria della fase delle trattative precontrattuali, in quanto con essi le parti intendono solo documentare l'intesa raggiunta solo su alcuni punti, rinviando la conclusione del contratto al momento successivo nel quale avranno raggiunto l'accordo anche sugli altri” (M. EROLI, *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, cit., 77, nt. 41).

cui uno dei due soggetti lamenti il danno sofferto in conseguenza del mancato perfezionamento della compravendita per fatto imputabile all'agente immobiliare e avanzi una pretesa risarcitoria in riparazione del pregiudizio causato da quest'ultimo.

6.2 La mancata conclusione del contratto per fatto imputabile a una delle parti

Nella diversa ipotesi in cui si verifichi la mancata sottoscrizione del contratto per fatto imputabile, rispettivamente, al potenziale venditore o al potenziale all'acquirente, i quali siano venuti meno all'impegno assunto - in forma orale - durante la fase delle trattative, ulteriormente rafforzato dal versamento della caparra confirmatoria a mani del terzo mediatore, la questione deve essere esaminata sotto una diversa prospettiva.

Come considerazione preliminare, si è già avuto modo di osservare che nella prassi delle contrattazioni i formulari predisposti dalle agenzie immobiliari prevedono che, al momento della sottoscrizione della c.d. proposta di acquisto, venga anche corrisposta una somma a vario titolo (alle volte definita deposito vincolato, altre deposito cauzionale) da parte del potenziale acquirente, così che, nell'ipotesi di rinuncia all'acquisto o di rifiuto di sottoscrivere il preliminare, il denaro sia trattenuto dall'intermediario, il quale è pertanto “posto al riparo dai ripensamenti, che non incideranno sulla futura remunerazione della sua attività”³¹⁰. Ciò premesso, bisogna ulteriormente distinguere tra il comportamento del promittente acquirente e quello del venditore; nel primo caso, infatti, si deve considerare che attraverso la sottoscrizione della proposta di acquisto, il promittente acquirente è vincolato alla propria dichiarazione così espressa, in quanto, una volta consegnata nelle mani del mediatore, può solo che attendere una conferma da parte del venditore³¹¹. In realtà non è escluso che il soggetto intenzionato all'acquisto - nel periodo di tempo in cui deve ancora avere notizia della conoscenza dell'accettazione da parte del venditore³¹² - abbia un ripensamento sulla convenienza dell'affare e decida così di ritirare la proposta, la quale è irrevocabile

³¹⁰ P. VITUCCI, *Impegni assunti con il mediatore e proposta contrattuale*, in *Vita not.*, 1994, 96.

³¹¹ Cfr. M. BELLANTE, *Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediante agenzia*, cit., 959: “La proposta di acquisto sottoscritta dal compratore, d'altra parte, è dotata di contenuto completo, oltre che diretta al proprietario dell'immobile, sicché l'accettazione tempestiva e conforme del venditore, ove notiziata al proponente, comporta inevitabilmente la conclusione del contratto ai sensi dell'art. 1326 c.c.”.

³¹² È bene precisare che spesso l'acquirente non ha mai contatti diretti con il venditore e, pertanto, l'unica modalità per venire a conoscenza dell'accettazione da parte di quest'ultimo è l'avviso di convocazione (previsto alle volte in maniera esplicita nei formulari) da parte del mediatore immobiliare, al fine di presentarsi di fronte al notaio per sottoscrivere il contratto (il preliminare chiuso ovvero il contratto definitivo). Ciò vale, in maniera speculare, per il venditore.

non in termini assoluti ma obbligatori: il *contrarius actus* è concesso ma, al fine di tutelare l'opera svolta dal mediatore, ha un costo, un prezzo, che viene individuato nella somma già versata a titolo di deposito e idealmente destinata a trasformarsi in caparra confirmatoria solo al momento della sottoscrizione del preliminare³¹³. La rinuncia all'acquisto – tanto per l'acquirente quanto per il venditore – è giustificata solo ove vi siano fatti sopravvenuti (quali, a titolo esemplificativo, la scoperta di vizi relativi al bene oggetto della compravendita, vuoi perché taciuti dal venditore, vuoi perché manifestatisi solo in un secondo momento) e in questo caso nessun corrispettivo è dovuto all'intermediario immobiliare.

Il ripensamento del potenziale acquirente potrebbe tuttavia intervenire una volta che si sia perfezionato il c.d. preliminare aperto, ossia in seguito all'apposizione della sottoscrizione da parte del venditore in calce alla proposta d'acquisto ovvero vi sia un vero e proprio rifiuto di stipulare il preliminare chiuso, come previsto nella suddetta proposta³¹⁴. L'accettazione della proposta da parte del venditore - nonostante sia alle volte configurata quasi come un “atto transitorio”³¹⁵ in vista della stipulazione del successivo preliminare (dal contenuto più completo e dettagliato) - inserendosi all'interno del procedimento di formazione progressiva del contratto costituisce in realtà una tappa necessaria ai fini del perfezionamento del medesimo e non può che avere un effetto vincolante verso il promittente acquirente, al punto da essere qualificata dalla Cassazione in termini di dovere di contrattare e da essere ricondotta all'art. 1173 c.c.: il preliminare aperto, pertanto, sebbene non possa essere qualificato come un vero e proprio contratto, è tuttavia un atto ritenuto idoneo a produrre un'obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico, in maniera del tutto analoga al ruolo svolto dalla buona fede all'interno

³¹³ In proposito, ricorda P. VITUCCI, *Impegni assunti con il mediatore e proposta contrattuale*, cit., 96, che una delle funzioni del versamento iniziale di tale somma è la tutela del soggetto intermediario il quale, nonostante il promittente acquirente dovesse cambiare idea e rinunciare all'acquisto ovvero rifiutarsi di sottoscrivere il preliminare, ha il diritto di trattenerla ed è così “posto al riparo dai ripensamenti, che non incideranno sulla remunerazione della sua attività”.

³¹⁴ Non sembra condividere questa posizione P. VITUCCI, *op. cit.*, 99, il quale sostiene che “la configurazione della proposta d'acquisto quale proposta contrattuale in senso tecnico, anche se non trova ostacoli di ordine teorico, resta completamente priva di conseguenze concrete, nel rapporto fra autore e destinatario di essa. Quest'ultimo, lungi dal ricevere la dichiarazione contenente la proposta dell'altra parte, riceverà anche lui una convocazione, presso l'intermediario o presso il notaio”; e ancora definisce “sterile” la dichiarazione contenuta nella proposta di acquisto “perché non raggiungerà mai l'indirizzo del destinatario, come occorrerebbe affinché divenisse produttiva di effetti, e cioè suscettibile di accettazione” (*ivi*, 100). Questa ricostruzione non ci sembra accettabile: da un lato, gli incarichi di vendita prevedono espressamente, con riferimento all'accettazione, “un obbligo dell'agente immobiliare di portarla a conoscenza senza ritardi dell'acquirente”; dall'altro, le proposte d'acquisto (in particolare, quelle elaborate dalla F.I.A.I.P.) sono indirizzate direttamente al proprietario (che si presume debba coincidere con il venditore)” (A. RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, cit., 108 ss.).

³¹⁵ G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, 42.

dei rapporti contrattuali³¹⁶.

Ecco perché la logica conseguenza di una tale costruzione teorica è l'affermazione in base alla quale l'affidamento del venditore va necessariamente tutelato, da un lato, sotto il profilo della responsabilità precontrattuale, dalla quale deriva l'obbligo di risarcimento dell'interesse negativo³¹⁷; dall'altro, consentendogli l'incameramento della somma (ovvero dell'assegno, per ragioni di evidente praticità) già versatagli dal mediatore, tanto che sono gli stessi moduli predisposti dall'agente immobiliare a regolare compiutamente tale meccanismo³¹⁸. Si comprende che questo pagamento costituisce il prezzo del diritto di recesso dall'intervenuto accordo e deve essere qualificato come caparra penitenziale ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1386 c.c. (in quanto il meccanismo proprio della caparra confirmatoria non potrebbe attivarsi prima del perfezionamento del secondo preliminare, il c.d. preliminare chiuso)³¹⁹. Inaccettabile si mostra così la ricostruzione di tale somma

³¹⁶ “La stipulazione di un contratto preliminare di preliminare (nella specie, relativo ad una compravendita immobiliare), ossia di un accordo in virtù del quale le parti si obbligino a concludere un successivo contratto che preveda anche solamente effetti obbligatori (e con l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento) è valido ed efficace, e dunque non è nullo per difetto di causa, ove sia configurabile un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali, e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, è idonea a fondare, per la mancata conclusione del contratto stipulando, una responsabilità contrattuale da inadempimento di una obbligazione specifica sorta nella fase precontrattuale” (Cass. 6 marzo 2016, n. 4628, in *Giust. civ. Mass.*, 2015)

³¹⁷ Nella sentenza delle Sezioni unite si parla precisamente (e, forse, poco correttamente) di “danno negativo in caso di sopravvenuto disaccordo”. Come nota G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit., 55, con riferimento al preliminare aperto, “collocandosi questo accordo nella fase precontrattuale (e, in particolare, nella fase che precede la conclusione del contratto preliminare), la violazione degli impegni con esso assunti non comporta il diritto dell'altra parte ad un risarcimento del danno rapportato alla lesione dell'interesse positivo, ma solo quello che può eventualmente lamentarsi sotto il profilo del c.d. interesse negativo”. Nello stesso senso anche F. TRONCONE, *Il diritto alla provvigione del mediatore immobiliare in caso di preliminare del preliminare. Brevi riflessioni a seguito di Cass. Civ. Sez. Un., 6 marzo 2016, n. 4628*, in *Studium Iuris*, 2015, 10, 1138 ss., il quale ricorda che la funzione del preliminare aperto consiste ed è limitata a bloccare l'affare ma non ad “ottenere il risarcimento del danno da inadempimento rispetto al contratto finale, nella specie di compravendita di immobile, che non è stato ancora stipulato, rimanendo la sua tutela [del promittente acquirente] nella mera sfera della responsabilità precontrattuale. Dal che, peraltro, consegue che l'ammontare del risarcimento danni ottenibile non comprende l'interesse positivo, dovendosi limitare a quello negativo”.

³¹⁸ Come sottolinea L. MALAGUTI, *Rilievi, nell'ottica del proponente l'acquisto, su alcune clausole contenute nelle c.d. “proposte di acquisto”*, in *Riv. not.*, 1-2, 1994, 45 ss. nei documenti predisposti dalle agenzie immobiliari sono spesso contenute clausole che prevedono espressamente la perdita della cauzione in caso di mancata sottoscrizione del preliminare (*rectius*, di rifiuto) da parte del proponente; questo perché la proposta d'acquisto deve essere correttamente qualificata come “proposta di preliminare di preliminare [e] la cauzione verrebbe a svolgere la funzione di caparra in tale preliminare di preliminare in modo che se colui che l'ha versata sia inadempiente [...] l'altro ha il diritto di recedere ritenendo la somma versata; qualora invece il proponente adempia la propria obbligazione e quindi proceda alla stipulazione del preliminare, la cauzione-caparra versata sarà imputata alla prestazione dovuta e cioè al versamento della caparra (del contratto preliminare) ovvero al pagamento anticipato del prezzo, il tutto secondo lo schema dell'art. 1385 c.c.”.

³¹⁹ Di questo avviso anche G. GABRIELLI, *Compravendita immobiliare in tre fasi*, cit., 130, per il quale “la revoca da parte del proponente non soltanto è efficace ma anche lecita, comportando la perdita di quanto anticipato a garanzia dell'impegno”. Così anche M. BERNARDINI, *Proposte e*

come clausola penale di cui all'art. 1382 c.c. che, come noto, costituisce una preventiva e forfettaria quantificazione per i danni derivanti dall'inadempimento di una o più obbligazioni – specificatamente individuate - che le parti, in una valutazione *ex ante*, considerano come imprescindibili e fondamentali ai fini del mantenimento del vincolo negoziale³²⁰. In questo caso non si tratta, infatti, come risulta chiaramente, di un inadempimento bensì di una facoltà di recesso che interviene prima dell'accettazione della proposta contrattuale; come considerazione ulteriore, si ricordi che la clausola penale si limita a quantificare in via preventiva l'ammontare dei danni e rappresenta, pertanto, una modalità di contenimento del risarcimento, mentre la caparra penitenziale è in ogni caso una caparra, cioè è una somma che viene già versata al momento della conclusione del contratto, in assenza della quale non si potrebbero produrre gli effetti di cui all'art. 1386 c.c.

Si deve peraltro aggiungere che alcune proposte prevedono espressamente che tale somma sarà suddivisa anche con il mediatore, nel senso che dall'ammontare del deposito cauzionale verrà dedotta una percentuale (es. 2%) più IVA sul prezzo offerto, proprio al fine di remunerare l'attività svolta dall'agenzia immobiliare.

Per quanto concerne la posizione del venditore, si è già potuto osservare come l'intera vicenda afferente la trattativa immobiliare prenda avvio con il conferimento di un incarico irrevocabile di vendita da parte di un soggetto intenzionato a vendere l'immobile di proprietà³²¹: anche in questo caso le agenzie immobiliari provvedono a redigere dei formulari con clausole standard da far sottoscrivere al soggetto intenzionato a vendere, nei quali è espressamente disciplinato il comportamento inadempiente di quest'ultimo³²². Si prevede infatti che nel caso in cui (i) il

preliminare di contratto nei modelli dei mediatori, cit., 125, il quale ricorda che la revoca della proposta c.d. irrevocabile comporta la semplice perdita del deposito cauzionale secondo le regole della caparra penitenziale (art. 1386 c.c.); in altre parole, il proponente può recedere senza altro onere che la perdita del deposito; e quindi la controparte dovrà prendere atto del recesso, senza poter domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto – né l'ulteriore risarcimento del danno – come potrebbe fare, in alternativa, nel caso di caparra confirmatoria (art. 1385, terzo comma, c.c.)”.

³²⁰ Non sembra condivisibile, pertanto, la ricostruzione proposta da M. BELLANTE, *Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediante agenzia*, cit., 957, quando in particolare afferma che la clausola contenuta nei formulari predisposti dall'agente immobiliare che obbliga alla stipula di un successivo contratto per la definizione degli elementi di dettaglio sia, da una parte, una clausola penale, per quanto concerne l'aspetto di liquidazione forfettaria del danno derivante dal rifiuto di una delle parti di procedere in tal senso; dall'altra, tale clausola svolga anche la funzione di caparra confirmatoria ovvero, a seconda dell'interpretazione adottata, anche di caparra penitenziale. Non si comprende davvero come una stessa clausola possa essere ricondotta, in maniera del tutto libera, vuoi all'art. 1382 c.c., vuoi all'art. 1385 c.c. ovvero all'art. 1386 c.c.

³²¹ L'irrevocabilità qui si giustifica, a differenza di quanto non si registri in relazione alla proposta di acquisto, solo unitamente all'esclusività dell'incarico - del quale costituisce una sorta di rafforzamento – e che comporta l'impegno, da parte del mediatore, di non delegare a soggetti terzi l'incarico di ricerca del potenziale acquirente, mentre per il venditore significa il divieto di non procedere direttamente con la vendita (al fine di aggirare il pagamento della provvigione).

³²² In relazione alla proposta di vendita, precisa P. VITUCCI, *Impegni assunti con il mediatore e*

promissario venditore rinunci a vendere ai termini e alle condizioni indicate nell'incarico, ovvero (ii) il promissario venditore revochi o receda anticipatamente rispetto alla durata dell'incarico, o ancora (iii) la vendita non venga perfezionata a causa delle gravi ed errate informazioni fornite dal promissario venditore, o per qualunque altro atto o fatto a questi imputabile a titolo di colpa, egli dovrà corrispondere all'agente immobiliare un importo a titolo di clausola penale³²³. Quest'ultima comporta una remunerazione *lato sensu* complessiva dell'attività svolta dall'agente immobiliare, quasi come se l'affare si fosse concluso e, per questo motivo, costituisce un deterrente nei confronti del venditore verso condotte scorrette quale la vendita diretta e autonoma, rendendola del tutto antieconomica³²⁴.

Per quanto concerne invece la posizione del promissario acquirente, è necessario innanzitutto premettere che ogni suo ripensamento relativo alla sottoscrizione del preliminare di preliminare non ha alcuna conseguenza negativa, dal momento che il questi potrebbe legittimamente maturare dubbi afferenti la convenienza dell'affare, decidendo così di non apporre la propria firma in calce alla proposta d'acquisto³²⁵; diverso è invece il rifiuto da parte del promissario acquirente di stipulare il preliminare chiuso, che sarà dunque qualificato - come già accennato nel paragrafo precedente - quale ipotesi di responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento del danno limitato all'interesse negativo³²⁶. Nei modelli F.I.A.I.P. si prevede inoltre che il rifiuto ingiustificato dell'acquirente abbia come conseguenza l'obbligo di pagare in ogni caso la provvigione, per di più in misura doppia³²⁷.

A questo punto rimane da analizzare un'ultima fattispecie concreta - che spesso genera numerosi dubbi e questioni interpretative - e si tratta propriamente dell'ipotesi in cui la trattativa relativa alla vendita immobiliare sia stata condotta in assenza dei documenti sopra menzionati: spetta dunque all'operatore giuridico qualificare il pagamento effettuato dal soggetto intenzionato all'acquisto a favore

proposta contrattuale, cit., 100, che questa “non è proposta in senso tecnico: manca il destinatario di essa, del quale si è anzi alla ricerca”.

³²³ Così anche M. BERNARDINI, *Proposte e preliminare di contratto nei modelli dei mediatori*, cit., 122, il quale ritiene che la responsabilità dell'acquirente e del venditore sia regolata nei moduli attraverso l'espressa previsione di una clausola penale “che la quantifica in misura corrispondente alla doppia provvigione a carico del venditore e a carico del compratore” e che si riferisce “oltre che ad alcuni casi di inadempimento del venditore (errate indicazioni relative all'immobile, mancata consegna di documentazione) [...] anche all'ipotesi che le vendita venga effettuata da lui dopo la scadenza dell'incarico, ma a favore di acquirenti segnalati dal mediatore”.

³²⁴ Cfr. A. RAVAZZONI, *Vincoli del venditore e conclusione del contratto*, cit., 107.

³²⁵ Cfr. G.E. NAPOLI, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare di preliminare*, cit., 1253.

³²⁶ Sul tema, per approfondimenti si veda il paragrafo successivo.

³²⁷ M. BERNARDINI, *Proposte e preliminare di contratto nei modelli dei mediatori*, cit., 122.

del promissario venditore, dovendosi ulteriormente considerare che tale somma di denaro si accompagna all'accordo (raggiunto in forma meramente orale) relativo al contratto principale. Questo lo scenario che viene così a delinearsi: da una parte, la compravendita, mancante della forma prescritta dalla legge ai fini della sua validità ed efficacia, non può propriamente dirsi conclusa; dall'altra, il versamento effettuato dal potenziale acquirente al mediatore sembra trovarsi in una sorta di limbo giuridico, nonostante le parti siano giunte ad un'intesa circa il contenuto negoziale - al punto tale da dimostrare in maniera evidente e tangibile la serietà e la vincolatività del loro accordo attraverso il pagamento della somma di denaro con funzione di caparra confirmatoria - ma il contratto non può dirsi formalmente esistente per l'ordinamento giuridico (in quanto mancante della forma *ad substantiam*) né suscettibile di adempimento. Ciò non significa, tuttavia, che l'accordo così raggiunto non sia idoneo a costituire titolo per il sorgere di altre obbligazioni, diverse dal trasferimento del diritto immobiliare, e questo non tanto in base alla considerazione che, “contrariamente a quanto si suole affermare, l'assenza della forma prescritta a fini costitutivi non sempre è reputata deficienza tanto grave da non consentire la sopravvivenza dell'atto amorfo”³²⁸, quanto

³²⁸ Cfr. L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 68, la quale osserva che attualmente si assiste ad una vera e propria “rivisitazione del dogma dell'assoluta insanabilità della nullità”, al punto che sia la dottrina sia la giurisprudenza sono sempre più propense alla formulazione di interessanti soluzioni che permettano il recupero dell'atto nullo per difetto di forma nell'ipotesi in cui ciò “si giustifichi in base alla *ratio* del divieto” (cfr. S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Padova 2006, 86). Nello stesso senso già P. PERLINGERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., 121 ss., il quale non solo riteneva che il sistema della nullità per difetto di forma fosse strutturalmente più flessibile rispetto alla mancanza degli altri elementi del contratto, ma pure auspicava de iure condendo una riconsiderazione del principio della insanabilità del negozio nullo, alla luce di una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1423 c.c. che, prevedendo un'espressa riserva in riferimento alla possibilità della convalida, potrebbe costituire la norma di apertura per la ricerca, di volta in volta, di “un principio volto ad attuare l'interesse programmato del negozio, qualora rispetto ad esso non soltanto difetti una valutazione negativa di illiceità [...] ma addirittura esso stesso si configuri come un interesse o valore non patrimoniale considerato con favore se non addirittura garantito e tutelato a livello costituzionale”. Per quanto concerne la posizione assunta dalla giurisprudenza sul tema, in particolare, sembra ricorrere a dei veri e propri *escamotages* al fine di compiere l'ardua impresa di recupero dell'atto nullo: proprio per evitare l'eliminazione totale e definitiva dell'atto amorfo, vi sono alcune pronunce, aventi ad oggetto diversi istituti giuridici (dalla donazione, alle convenzioni matrimoniali, al mandato orale, al contratto di locazione), dalle quali traspare chiaramente la tendenza a obliterare la rigorosa applicazione delle regole formali, invocando persino, in rare occasioni, il principio del divieto di *venire contra factum proprium*. In altri termini, il difetto di forma potrebbe essere superato in considerazione della necessità della valorizzazione del principio di buona fede, il quale consentirebbe così di operare il “salvataggio [e il] recupero” del contratto nullo per rispondere alle concrete “esigenze della pratica, a fronte di spostamenti patrimoniali che trovano giustificazione remota o vicina in atti di autonomia privata qualificati come nulli, persuadono i giudici a tenere ferma la situazione che si è determinata” (cfr. P. RESCIGNO, *Presentazione a A. Negri, Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*, Napoli 1981, XII); emblematica la decisione di merito relativa a un contratto di locazione, mancante della firma in calce di uno dei tre conduttori: in questo caso il tribunale non ha giudicato nullo il contratto sulla base della circostanza, provata in giudizio, dell'attiva partecipazione della convenuta (la quale, nonostante il godimento dell'immobile, si era rifiutata di corrispondere il canone, sostenendo la vigenza non di un contratto di locazione bensì di un contratto gratuito di

piuttosto per un altro aspetto, che riguarda il particolare rapporto instauratosi tra promissario venditore e promissario acquirente durante la formazione del contratto, anche attraverso la costituzione della caparra confirmatoria. Come emerge dal dato testuale dell'art. 1350 c.c. e come tradizionalmente insegnano la dottrina e la giurisprudenza, la conclusione di un contratto mancante della forma scritta *ad substantiam* ne comporta la nullità - rilevabile da chiunque vi abbia interesse e anche d'ufficio - e, conseguentemente, la mancata produzione degli effetti giuridici tipicamente connessi con il negozio posto in essere³²⁹; ciò non esclude, tuttavia, che possano prodursi altri effetti, diversi da quelli relativi alla prestazione principale dedotta nel contratto stesso, la cui fonte è proprio il rapporto nato tra le parti nella fase delle trattative, che si caratterizza per essere un rapporto giuridico vincolante idoneo a costituire titolo per il sorgere di obbligazioni. La trattativa quale mero fatto materiale subisce una sorta di trasformazione qualitativa, nel senso che diviene un "fatto giuridico"³³⁰ rilevante per l'ordinamento, grazie alla presenza nel codice

comodato) alle trattative precedenti la stipulazione del contratto medesimo. Secondo il giudice di merito, infatti, la sottoscrizione ad opera di soli due inquilini sarebbe stata eseguita a titolo di gestione di affari altrui c.d. "rappresentativa" ex art. 2031 c.c., valida anche per gli atti formali: cfr. Trib. Roma, 13 luglio 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1937, con nota di D. MAFFEIS, *Forma ad substantiam, gestione di affari e divieto di venire contro il fatto proprio*, dove si sottolinea come in questo caso il Tribunale faccia diretta applicazione del divieto di *venire contra factum proprium* (pur in assenza di un esplicito riferimento in sentenza), impiegandolo come *ratio decidendi* sottesa alla soluzione del caso. Per una più ampia riflessione sul principio *nemo potest contra factum proprium venire*, in particolare sulla sua ricezione, ricostruzione dottrinale e applicazione giurisprudenziale in Italia - anche a confronto con il sistema tedesco e con quello di *common law*, cfr. F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli 2006.

³²⁹ In questa prospettiva, pertanto, il contratto nullo è invalido e, di conseguenza, inefficace, nel senso che non è produttivo degli effetti che normalmente dovrebbe produrre. Questo tipo di inefficacia si definisce rimediabile (in senso ampio, per distinguerla dall'inefficacia rimediabile in senso stretto, che è invece l'inefficacia di un contratto valido, come nelle ipotesi di rescissione e risoluzione del contratto), in quanto è un rimedio offerto dall'ordinamento in presenza di un contratto difettoso che deve essere, per così dire, "bloccato" nella produzione dei suoi effetti, che sarebbero in contrasto con l'interesse della parte pregiudicata ovvero con l'interesse più generale dell'ordinamento (cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 735 ss.). La nullità, in altre parole, è "l'assenza pura e semplice di effetti", poiché il legislatore non riconduce al contratto nullo quegli effetti economico-sociali empiricamente voluti dalle parti, che si producono, al contrario, alla presenza di un contratto valido, nel quale vi è "una corrispondenza strutturale tra la fattispecie sottoposta al giudizio e la previsione normativa che fissa i connotati del contratto" (cfr. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, t. 2, III ed., Torino 1999, 494 ss.). La lettura in un'ottica strutturalista del requisito formale fa sì che sia la dottrina sia la giurisprudenza maggioritarie richiedano la sussistenza della forma prescritta *ad substantiam* al momento perfezionativo del negozio, con la conseguenza che non sarebbe possibile surrogare ex post il difetto di forma con dichiarazioni ricognitive o confessorie redatte in termini formali, compreso anche il negozio di accertamento di un contratto concluso verbalmente (per questa ultima ipotesi, cfr. Trib. Torino, 23 aprile 1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, 591). In questo senso, cfr. A. LISERRE, *La forma degli atti*, cit., 2; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 998; R. SACCO, *Il contratto*, cit., 557.

³³⁰ L'espressione è di F. GALGANO, *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. imp.*, 2008, 94, il quale ritiene che la trattativa precontrattuale, analogamente al contatto sociale, costituisce un fatto giuridico idoneo ad assurgere a fonte di obbligazione e a essere produttivo di responsabilità. Il rapporto tra trattativa e contatto sociale è messo in luce anche da G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova 2002, 89 ss., che, correttamente, definisce i due istituti quali *species* all'interno del medesimo *genus* ma che vanno tenuti nettamente distinti. Nello stesso senso anche la riflessione di F. ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti delle obbligazioni*,

civile di una norma (fortemente innovativa per l'epoca) quale l'art. 1337 c.c., che sancisce espressamente, a carico delle parti, un dovere di comportamento improntato al canone della buona fede durante lo svolgimento delle trattative fino alla formazione del vincolo contrattuale³³¹. L'art. 1337 c.c., in altri termini, rappresenta la positivizzazione dell'istituto della *culpa in contrahendo*, che fin dalla metà del XIX secolo aveva animato il dibattito dottrinale in Germania e che successivamente, nei primi anni del XX secolo, era approdato anche in Italia attraverso lo studio degli autori tedeschi (pur non essendo ancora giunto ad una formulazione completa e organica): il fondamento teorico della nuova fattispecie era (ed è tutt'ora) costituito dall'idea e dalla convinzione che, anche nella fase meramente prodromica al contratto, quando ancora quest'ultimo non possa dirsi perfezionato, le parti non siano totalmente libere ma debbano tenere un comportamento che non rischi di annullare le aspettative dell'altro contraente. In

in *Giur. mer.*, 2007, 4, 582,

Spesso la dottrina ha affermato che la fonte dei doveri precontrattuali risiede nel c.d. contatto sociale instauratosi tra le parti durante la fase delle trattative (cfr. V.M. TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, cit., 9; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. I. Prolegomeni*, Milano 1953, 100). Poiché la nozione di contatto o rapporto sociale rischia di risultare poco chiara, vaga e imprecisa (di questa idea F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1961, 18), altri Autori hanno più correttamente preferito individuare la fonte dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fiducia, nell'affidamento ingenerato da una parte nei confronti dell'altra, in quanto l'affidamento “come elemento essenziale della fattispecie cui è collegato il comando dell'art. 1337 c.c., risulta espressamente dagli artt. 1338 e 1398 c.c., e del resto è implicito nello stesso concetto di buona fede oggettiva, ravvisata appunto come norma volta alla tutela dell'affidamento di un soggetto nella lealtà, probità, nella correttezza di un altro, con cui il primo è entrato in relazione di affari” (L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 370). La categoria del contatto sociale può, semmai, invocarsi in un contesto parzialmente diverso, quale quello che sorga tra un soggetto dotato di specifiche competenze e il soggetto che delle stesse sia sprovvisto, creandosi così una situazione del tutto particolare nella quale l'operatore professionale – per il ruolo che ricopre, per l'attività che svolge - inevitabilmente instaura un legittimo affidamento nella controparte, la quale si affida, appunto, alla qualità e alla capacità professionale di costui, che sarà quindi tenuto, in forza del principio di buona fede, al rispetto di una serie di “obblighi di conservazione” della sfera giuridica altrui (cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano 2006, 482 ss., con particolare riferimento alla responsabilità del medico ma la cui *ratio* sottostante viene anche estesa al rapporto tra precettore e allievo e, ancora, a quello tra intermediari mobiliari e clienti).

³³¹ L'art. 1337 c.c. costituiva un *unicum* nel panorama giuridico europeo del tempo, in quanto in Francia il problema della responsabilità precontrattuale veniva risolto con il riferimento all'ampia formula di cui all'art. 1382 *Code Civil* (secondo la precedente numerazione, adesso art. 1240) in tema di responsabilità aquiliana; in Germania, al contrario, il sistema rigido della tipicità degli illeciti contenuto nel BGB non lasciava spazio per l'operazione ermeneutica francese (cfr. P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 242 ss.) In Italia, prima dell'entrata in vigore del codice del '42, sotto la vigenza del codice del 1865, la dottrina maggioritaria sposava la teoria per la quale il recesso dalla trattativa fosse sempre giustificato, dal momento che era inconcepibile una qualunque forma di responsabilità durante la fase della trattativa, nella quale non sussiste per definizione la volontà di obbligarsi; il recesso, insomma, costituiva solo l'esercizio di un diritto e lo spazio per la responsabilità era concesso solo nelle ipotesi in cui la parte causasse un danno a titolo di illecito extracontrattuale (cfr. G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., 12 ss.). Secondo F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 11, l'introduzione di una norma come l'art. 1337 c.c. “non manca di stupire l'interprete” e la ragione di una tale scelta andrebbe ricercata “nella tendenza volta a dare ampio rilievo alle c.d. clausole generali, le quali conferiscono al codice un'impronta moderna”.

secondo luogo, si ritiene che, accanto e in aggiunta a tale prescrizione avente portata generale, sussistano - in maniera più specifica - dei veri e propri doveri di buona fede, di trasparenza e di correttezza, la cui osservanza è rilevante non solo per il fisiologico sviluppo della trattativa medesima (facendo sì che le parti si trovino in una posizione di ideale parità o, quantomeno, di non evidente disparità), ma soprattutto per quanto concerne il profilo patologico, nel senso che la loro violazione è idonea a generare una responsabilità giuridicamente rilevante³³². Il recepimento di tali ricostruzioni teoriche a livello di diritto positivo ha dunque comportato una vera e propria estensione alla fase precontrattuale dell'obbligo di correttezza previsto all'art. 1175 c.c., configurando l'art. 1337 c.c. come il luogo normativo in cui si concretizza un'applicazione, nello specifico ambito delle trattative, del principio di buona fede oggettiva operante nel diritto dei contratti e delle obbligazioni e richiamato in diverse disposizioni del codice (artt. 1175, 1358, 1366, 1375, 1460, secondo comma, c.c.), così da delineare un sistema imperniato sulla necessaria osservanza di un comportamento leale, corretto, onesto e solidale nei confronti della controparte³³³.

³³² L'elaborazione teorica della *culpa in contrahendo*, come noto, si deve a Jhering il quale, analizzando le fonti romane, aveva notato che vi erano casi in cui nonostante il contratto di compravendita fosse nullo in quanto avente ad oggetto *locus sacer* ovvero *religiosus* (per definizione *extra commercium*), al compratore ignaro della particolare qualificazione del bene era concessa una *actio in factum* al fine di risarcire i danni patiti a causa dell'invalidità del contratto che, tuttavia, era *quasi ex empto*, come se il contratto fosse valido. Sulla base di questa analisi empirica, il grande giurista diede corpo alla sua teoria, la quale faceva perno sul concetto di colpa (di qui, appunto, la formula *culpa in contrahendo*), in quanto si voleva apprestare una tutela al contraente che fosse ignaro della nullità del contratto, addossando così alla controparte la responsabilità per non avere colposamente comunicato tale circostanza prima della stipula del negozio. Il fondamento di tale responsabilità, inoltre, è di tipo contrattuale poiché nelle fattispecie concrete esaminate "il contraente esce in questo preciso momento dalla sfera meramente negativa dei rapporti extra-contrattuali per entrare nell'ambito positivo dei contratti; passa dal dominio della semplice *culpa in faciendo* a quello della *culpa in non faciendo*, della *diligentia* positiva [...]. Non solo i rapporti contrattuali esistenti ma già i rapporti nascenti devono trovarsi sotto la protezione della regola della culpa, in modo che i rapporti contrattuali non siano gravemente compromessi e che ogni contraente non sia abbandonato al pericolo di diventare vittima della negligenza altrui" (cfr. R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nullo o non giunti a perfezione*, traduzione dal tedesco e nota di lettura a cura di F. Procchi, Napoli 2005, 17 ss., in particolare 84 ss.).

³³³ La qualifica di buona fede in senso oggettivo (per distinguerla dalla buona fede in senso soggettivo, ossia lo stato soggettivo di chi ignora di ledere l'altrui diritto) risponde all'obiettivo del legislatore di indicare "una modalità di condotta" (così A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 541) cui le parti debbano conformarsi nella formazione e nella esecuzione dei contratti tra le stesse concluse, che costituisce pertanto un paradigma oggettivo di valutazione del loro comportamento che "niente può avere a che fare con un mero atteggiamento della coscienza" (L. BIGLIAZZI-GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino 1988, 169) e che, se disatteso, è fonte di responsabilità. Dello stesso avviso anche L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 362; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 118 ss. Così preliminarmente intesa la buona fede, si comprende tuttavia che essa, a causa della sua ampia e non ben definita portata, necessita di essere specificata nel suo contenuto che, proprio a causa della sua ampia portata, è sempre difficile individuare attraverso una definizione che sia comprensiva delle molte sfaccettature che la contraddistinguono. Non è un caso, infatti, che la migliore dottrina che abbia, di volta in volta, tentato di proporre una formula che la descrivesse, sia giunta alle locuzioni più diverse, quali "lealtà

Se è dunque corretto affermare che l'istituto della responsabilità precontrattuale si articola, in primo luogo, nella fattispecie di rottura ingiustificata dalle trattative, che al momento della compilazione del codice civile costituiva la principale ipotesi di *culpa in contrahendo* all'interno del contesto dottrinale italiano³³⁴, non si deve trascurare come la rilevanza del canone della buona fede

reciproca di condotta, comportamento leale nei rapporti sociali, causa giustificatrice dell'affidamento" (C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1937, 197); "contegno probo e leale informato a chiarezza" (M. FRAGALI, *Disposizioni preliminari*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Libro delle obbligazioni, 1, Firenze 1948, 237); "coscienziosità, rettitudine, onestà" (SALV. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1969, 684); "impegno di cooperazione", "spirito di lealtà", "rispetto reciproco tra i contraenti" (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 65 ss.); "fedeltà alla parola data, secondo lo spirito e non secondo la lettera, e astensione da ogni contegno che possa sorprendere la fiducia dell'altro soggetto" (G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 630); "principio di solidarietà contrattuale, specificantesi nei due aspetti della lealtà e salvaguardia" (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 166). Secondo l'analisi di G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 166, l'art. 1337 c.c. (letto insieme al successivo art. 1338 c.c.), con il suo riferimento alla buona fede, "prevede un dovere doppiamente limitato: in linea soggettiva, in quanto esso grava sulle parti, intese come le persone che vogliono porre in essere un vincolo giuridico tra loro; in linea oggettiva, in quanto ognuna di loro deve agire lealmente nei riguardi dell'altra fino al punto di comunicare alla controparte ignara l'eventuale causa di nullità del contratto". Per una considerazione sulla clausola della buona fede alla luce dell'assetto costituzionale e del principio fondamentale di solidarietà, cfr. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria sull'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 18 ss.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore, 1*, Milano 1974, 2 ss., dal momento che questa si rivela adatta a costituire il *trait d'union* non solo tra gli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c. e l'art. 2 Cost. bensì con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l'ordinamento. In questo senso anche la riflessione di S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1965, 163, con riferimento alla possibilità che le norme costituzionali possano essere norme lato sensu integrative del dovere di correttezza nell'ambito dei rapporti contrattuali; in maniera analoga anche G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 285 ss., il quale precisa, tuttavia, che la copertura costituzionale alla disciplina del contratto non può trasformarsi in un controllo della meritevolezza delle operazioni economiche poste in essere, pretendendo così di "funzionalizzare l'accordo delle parti al perseguimento di utilità che, esorbitando da quelle prese in considerazione dai singoli, abbiano un risvolto sociale". L'intervento legislativo e giudiziario pertanto, opera solamente "in modo negativo, paralizzando i comportamenti illeciti, immorali o iniqui, ma non può imporre ai consociati [...] di perseguire spontaneamente interessi privati e nel contempo interessi sociali" (*ivi*, 297).

³³⁴ Nonostante l'attenzione di Jhering si fosse limitata alle ipotesi di stipulazione di un contratto invalido, l'elaborazione teorica italiana in tema di responsabilità precontrattuale si sviluppò prevalentemente intorno all'ipotesi della rottura ingiustificata dalla trattativa, e ciò in conseguenza dell'importante studio di G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, III, Napoli 1906, 269 ss.; ID. *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. giur.*, 1909, 127 ss.; ID., *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma 1918, 93 ss., il quale non solo sostenne la possibile sussistenza di una responsabilità nella fase antecedente al contratto, per il caso di una brusca e ingiustificata rottura delle trattative ma che questa avesse natura contrattuale anziché extracontrattuale. Secondo l'Autore il fondamento della responsabilità risiedeva in un accordo tacito concluso tra le parti per iniziare la trattativa; insomma in quelli che erano definiti "periodi della preformazione del vincolo contrattuale" (che secondo l'Autore erano stati ingiustificatamente ignorati e poco studiati) era possibile il sorgere di una responsabilità per la rottura delle trattative ovvero per la revoca della dichiarazione indirizzata al destinatario, sulla base dell'affidamento ingenerato nella controparte, in particolare sulla formazione e conseguente violazione di un accordo tacito concluso tra le parti prima di entrare in trattativa. Nonostante l'acuta intuizione di Faggella, non si può notare che l'idea di un tacito accordo precontrattuale finisca per essere una mera finzione (cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 46), frutto del volontarismo negoziale di inizio XX secolo, che rischia di obliterare la libertà negoziale delle parti, poiché riconoscere l'esistenza di un obbligo di trattare (cosa comunque da dimostrare) non implica

emerge anche dalla fattispecie immediatamente successiva, all'art. 1338 c.c., dove è previsto l'obbligo a carico di ciascun contraente di informare la controparte circa l'esistenza di una causa di invalidità del contratto (c.d. obblighi di comunicazione)³³⁵, in quanto si tratta di un articolo che si limita a regolare espressamente la fattispecie relativa alla mancata comunicazione di una causa di invalidità del futuro contratto da una parte all'altra³³⁶. Non è invece codificata ma costituisce il frutto dell'elaborazione dottrinale una terza figura di responsabilità precontrattuale (accanto alle ipotesi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.), ossia la conclusione di un contratto valido ma pregiudizievole per la parte che abbia subito la condotta contraria a buona fede³³⁷.

automaticamente l'impegno a concludere il contratto né tantomeno l'obbligo di corrispondere alla parte i costi e le spese sostenute (cfr. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 13).

³³⁵ Una delle caratteristiche della fattispecie in esame è sottolineata da L. BIGLIAZZI-GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 178 ss., con riferimento alla natura di responsabilità soggettiva che parrebbe emergere dal testo dell'articolo, che espressamente impiega la locuzione «la parte che, conoscendo o dovendo conoscere»; a differenza dell'art. 1337 c.c., infatti, dove la responsabilità è oggettiva *lato sensu*, in quanto è sufficiente il fatto oggettivo della rottura delle trattative, nell'art. 1338 c.c. sembra «aver trovato esplicita previsione un [...] vero e proprio obbligo di avviso a carico dei contraenti, che il riferimento alla colpa (e, quindi, alla diligenza *ex art. 1176 c.c.*, nel suo riflesso negativo) del reticente parrebbe confermare». Non lascia alcuno spazio a questa lettura L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 363, il quale ritiene di escludere qualunque rilevanza della malafede nella *culpa in contrahendo* proprio a partire dall'analisi dell'art. 1338 c.c. (che costituisce, per l'Autore, una «indiscutibile applicazione» dell'art. 1337 c.c.), dove si ammette la responsabilità anche nell'ipotesi di ignoranza inescusabile. E aggiunge, a sostegno della propria tesi: «la concezione della responsabilità precontrattuale come responsabilità fondata sull'elemento soggettivo della mala fede incontra un ostacolo definitivo nell'art. 1398 c.c., che applica il principio dell'art. 1337 c.c. al *falsus procurator* fondando la responsabilità sul fatto oggettivo della mancata comunicazione del difetto di procura all'altro contraente» (*ibidem*). Un profilo di particolare interesse nell'analisi dell'art. 1338 c.c. è rappresentato dai profili di eventuale colpevolezza o concorso di colpa dell'altro contraente; non c'è spazio per la responsabilità quando quest'ultimo avrebbe potuto avvedersi della causa di invalidità del contratto se avesse tenuto un comportamento diligente. La giurisprudenza ha infatti un approccio piuttosto rigido in tema, in quanto esclude la responsabilità ove l'invalidità derivi dall'ignoranza di una norma imperativa, nel rispetto del principio *ignorantia iuris non excusat*: cfr., *ex multis*, Cass. 26 giugno 1998, n. 6337, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2773. In senso critico C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 173 e P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 654, sull'opportunità di ritenere che l'ignoranza di una norma imperativa escluda in ogni caso l'operatività dell'art. 1338 c.c.; forse dovrebbe adottarsi un approccio che permetta di valutare, di volta in volta, se effettivamente entrambi i contraenti siano stati nella posizione di conoscere la disciplina di carattere imperativo; la questione si pone in maniera particolarmente evidente nelle situazioni di asimmetria contrattuale (per esempio, nei casi di contrattazione tra professionista e consumatore, tra soggetto dotato di specifiche competenze tecniche e soggetto delle stesse sprovvisto), dove non solo vi è uno squilibrio di informazioni ma anche di accesso alle informazioni medesime.

³³⁶ Non vi sono più dubbi sul fatto che la nozione di invalidità sia atta a ricomprendere, oltre all'annullabilità, anche l'inefficacia e l'inesistenza del contratto: cfr. per tutti R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino 1993, I, 512, secondo il quale la formulazione «contratto invalido» deve leggersi come accordo che non produce effetti, mentre ogni ulteriore «spaccatura di capello è inammissibile». Nonostante la scarsa applicazione giurisprudenziale, l'art. 1338 c.c. ha rivestito un ruolo molto importante per l'evoluzione della responsabilità precontrattuale con riferimento all'ampliamento degli obblighi di informazione, anche al di là dei casi in cui queste siano necessarie per la comunicazione dell'invalidità del contratto, bensì ogni volta vi sia una fattispecie dalla quale «sorgano dei doveri di informazione nelle trattative» (A. M. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale* (*culpa in contrahendo*), in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XVII, rist. Torino 2002, 405).

³³⁷ La dottrina maggioritaria non ha dubbi sulla riconducibilità dell'art. 1440 c.c. all'ambito della

Il tratto comune alle diverse fattispecie di *culpa in contrahendo* (rottura ingiustificata delle trattative, stipulazione di un contratto invalido, stipulazione di un contratto a condizioni economiche più sfavorevoli) risiede, pertanto, nella violazione della regola della buona fede quale parametro oggettivo di comportamento della condotta delle parti nella fase anteriore alla conclusione del contratto, nonché degli obblighi precontrattuali ad essa funzionalmente collegati, quali gli obblighi di informazione, di chiarezza, di segreto nonché l'obbligo di compimento degli atti necessari per la validità e l'efficacia del contratto³³⁸, che si basano, in concreto, sulla fiducia e sull'affidamento generati dall'avvio della trattativa, in una situazione che si può correttamente definire come l'occasione di “un progetto di rapporto contrattuale”³³⁹. La buona fede di cui all'art. 1337 c.c., quale “clausola generale per eccellenza”³⁴⁰, costituisce così un parametro elastico sia di valutazione dei comportamenti tenuti dalle parti nella fase antecedente alla stipulazione del contratto sia di sanzione delle condotte sleali e scorrette che contrastino con essa, le quali andranno così qualificate come illecite e

culpa in contrahendo poiché, anche in tale caso, si registra una condotta illecita contraria al canone di buona fede che incide sul contenuto della prestazione dedotta nel contratto: cfr. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 365, nt. 1; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 74; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II ed., Milano 1966, 306 ss., E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, II, 942 ss.; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 110 ss.

³³⁸ Questa la tradizionale tipizzazione che si ritrova in C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 163 ss. Per quanto concerne, in particolare, il dovere di informazione, la dottrina maggioritaria suole affermare che questo non riguarda la convenienza del contratto ma solamente le circostanze che lo rendono invalido, inefficace o inutile: *contra*, G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova 1972, 108. Secondo F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 38 ss., nonostante l'ampia formulazione dell'art. 1337 c.c., i doveri precontrattuali sono riconducibili a due categorie: gli obblighi di informazione e di custodia.

³³⁹ R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., 15. L'affidamento si salda direttamente alla buona fede oggettiva ed è un fatto ritenuto idoneo dall'ordinamento, ai sensi dell'art. 1173 c.c., ad essere fonte di un rapporto obbligatorio che si caratterizza per essere sprovvisto dell'obbligo primario di prestazione: se il *discrimen* tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana risiede propriamente nella preesistenza o meno di obblighi, ciò non significa che, accanto all'obbligo di prestazione, non possano sussistere altri obblighi aventi come oggetto la protezione della sfera di interessi altrui (c.d. obblighi di protezione), che concorrono ad arricchire il contenuto dell'obbligazione principale. La mancanza di una vera e propria pretesa creditoria non vale a sminuire l'importanza di tali obblighi accessori, i quali, come qualunque obbligazione, hanno la funzione di “mettere in una relazione giuridicamente rilevante soggetti prima estranei e tra i quali altrimenti solo a posteriori potrebbe nascere un rapporto obbligatorio [...] imponendo a priori un preciso comportamento tra soggetti determinati, la cui mancanza dà origine a responsabilità” (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 466).

³⁴⁰ Così C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 29. Così anche M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 983 ss., il quale ritiene che la dottrina e la giurisprudenza italiane godano di una “condizione di indiscutibile privilegio” proprio grazie alla presenza di una norma quale l'art. 1337 c.c. al fine della valutazione dei comportamenti tenuti dalle parti nella fase precontrattuale (con particolare riferimento ai casi di rottura ingiustificata della trattativa). Dello stesso parere anche SALV. ROMANO, *Buona fede*, cit., 684 ss., per il quale la clausola di buona fede, con il suo carattere di elasticità, permette di sottoporre a valutazione comportamenti che variano nel tempo e nei differenti ambienti sociali.

obbligheranno coloro che le hanno poste in essere al risarcimento del danni.

Con particolare riferimento al contesto della trattativa immobiliare, la mancata formalizzazione del contratto imputabile per colpa all'acquirente o al venditore sembra debba rientrare a pieno titolo nella principale ipotesi di responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., nonostante, a ben vedere, non si possa parlare di recesso dalla trattativa *stricto sensu* in quanto il contratto, seppur in modo assolutamente aformale e inefficace per l'ordinamento giuridico, è stato in qualche modo concluso; volendo assumere un atteggiamento rigoroso, si dovrebbe infatti sostenere che l'accordo è stato già raggiunto, ma questo difetta solo della forma prescritta dalla legge ai fini della sua validità. Sembrerebbe più corretto parlare, piuttosto, di un "recesso dall'intervenuto accordo", che si situa in una fase nella quale lo stadio delle trattative vere e proprie è stato sicuramente abbandonato e superato, eppure l'intesa così raggiunta, in forma meramente orale, si colloca – come tappa intermedia e antecedente - all'interno dell'*iter* procedimentale che si concluderà con la "formalizzazione del contratto"³⁴¹. Fatta questa doverosa precisazione, non può tuttavia negarsi la riconduzione della fattispecie alla disciplina della *culpa in contrahendo*, dal momento che, nella fattispecie concreta oggetto del presente lavoro di ricerca, ricorrono tutti gli elementi costitutivi di cui all'art. 1337 c.c., ossia l'affidamento della parte nella conclusione del contratto, il recesso senza giusta causa della controparte dalla trattativa e il danno derivante da tale condotta illecita³⁴². Così la giurisprudenza ha individuato, a partire dagli anni

³⁴¹ L'espressione riportata è di A. SODDU, *Forma e formazione del contratto, in particolare della vendita immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 618, il quale considera la fattispecie concreta nella quale le parti, avendo concluso un semplice accordo verbale relativo ad un contratto per il quale la legge prescrive la forma *ad substantiam* - accompagnato dalla corresponsione di una caparra o di un acconto sul prezzo - si rechino dal notaio al fine della redazione dell'atto notarile e in quella sede solo una parte proceda con la sottoscrizione, mentre l'altra (ad esempio, l'iniziale proponente) si rifiuti di apporre la propria firma. In questo caso "il rifiuto non potrebbe più considerarsi revoca della proposta, dato che era intervenuto l'accordo" e, pertanto "la responsabilità di chi compie tale recesso non è quella di chi revoca la proposta, ma quella di chi recede dalle cosiddette trattative, che in realtà sono un accordo verbale concluso in tutti i suoi termini". Una tale ipotesi è analizzata anche da P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, con particolare riferimento alla giurisprudenza, che appunto classifica come recesso ingiustificato dalle trattative la fattispecie in cui, nei contratti che richiedono la forma scritta, le parti abbiano manifestato il loro consenso in via orale e una di queste si rifiuti di recarsi dal notaio presso il quale era già stato fissato l'appuntamento per la redazione dell'atto: cfr. Cass. 28 gennaio 1972, n. 199, in *Foro it.*, 1972, I, 2028.

³⁴² Cfr. Cass. 17 aprile 1953, n. 1028, in *Giust. civ.*, 1953, I, 1276 ss.: "L'azione *ex culpa in contrahendo* deve basarsi sulla prova delle seguenti circostanze di fatto: a) affidamento di uno dei contraenti alla conclusione di un contratto in fieri; b) recesso ingiustificato dalle trattative di detto contraente; c) correlativo danno della controparte, consistente nel cosiddetto interesse negativo". Nello stesso senso Cass. 13 luglio 1968, n. 2521, in *Foro it.*, 1968, I, 2454: "La responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c. può concepirsi tanto in relazione al processo formativo del contratto quanto in rapporto alle semplici trattative, riguardate come qualcosa di diverso da esso, ossia come quella fase anteriore in cui le parti si limitano a manifestare la loro tendenza verso la stipulazione del contratto, senza ancora porre in essere alcuni di quegli atti di proposta e di accettazione che integrano il vero e proprio processo formativo. Se lo svolgimento delle trattative è,

'50, questi tre requisiti dei quali richiede la sussistenza e la prova in via cumulativa ai fini della sussunzione delle fattispecie concrete all'alveo della *culpa in contrahendo* per rottura ingiustificata dalla trattativa, contribuendo a dar corpo e a specificare la clausola generale di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., proprio attraverso l'individuazione di tali criteri di valutazione di tipo oggettivo.

L'accordo relativo al patto di caparra e l'avvenuta *datio* della somma assumono in questo contesto una valenza del tutto particolare in quanto confermano in maniera evidente e tangibile l'avanzamento della trattativa e la serietà della stessa, al punto che le parti avevano concordemente stabilito di ricorrere al meccanismo di cui all'art. 1385 c.c., in funzione certamente rafforzativa del vincolo assunto relativamente al contratto principale; il versamento della caparra confirmatoria, in particolare, costituisce – secondo la giurisprudenza - uno dei principali e più evidenti indici della sussistenza di una “ragionevole sensazione di poter raggiungere l'accordo contrattuale”³⁴³ e concorre a definire la nozione stessa di affidamento, che rischierebbe di rimanere un concetto troppo vago e indeterminato³⁴⁴. L'inizio della trattativa, di per sé, infatti, “non autorizza nessuno

per serietà e concludenza, tale da determinare un affidamento nella stipulazione del contratto, la parte che ne recede senza giusta causa, violando volontariamente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, è tenuta al risarcimento dei danni nei limiti dell'interesse negativo”. V. anche Cass. 14 ottobre 1978, n. 4626, in *Sett. giur.*, 1979, II, 134: “Nel caso di interruzione delle trattative contrattuali, la violazione del principio di buona fede e la conseguente responsabilità precontrattuale si verificano soltanto se l'interruzione risulti priva di ogni ragionevole giustificazione, così da sacrificare arbitrariamente il logico affidamento che la controparte possa aver fatto sulla conclusione del contratto, tenuto conto del modo, della durata e dello stato delle trattative”. V. anche, per una lettura *a contrariis* del problema, Cass. 26 gennaio 1985, n. 399, in *Mass. Foro it.*, 1985: “Allorquando l'interruzione delle trattative contrattuali è fondata su giusta causa, non si ha violazione del principio della buona fede con conseguente responsabilità, a norma dell'art. 1337 c.c., in quanto in tal caso la parte che interrompe le trattative stesse non arreca alcun sacrificio al ragionevole affidamento che la controparte aveva fatto sulla conclusione del contratto”. La giurisprudenza successiva ha riaffermato costantemente tali criteri di valutazione; da ultimo, cfr. Cass. 29 marzo 2007, n. 7768, in *Mass. Foro it.*, 2007: “Perché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale è necessario che tra le parti siano in corso trattative, che le trattative siano giunte a uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei a escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; la verifica della ricorrenza di tutti i suddetti elementi, risolvendosi in un accertamento di fatto, è demandato al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato”. Per una completa rassegna della giurisprudenza sul tema, a partire dagli anni '50, cfr. G. MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, cit., 792, nt. 59.

³⁴³ S.A. RASI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 506.

³⁴⁴ In relazione alla nozione di affidamento, cfr. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. 370, che ne ha proposto una ricostruzione dogmatica, definendolo quale “il fatto a cui la legge ricollega la nascita del rapporto obbligatorio precontrattuale” come logica conseguenza della corretta comprensione della nozione di buona fede oggettiva “ravvisata appunto come norma volta alla tutela dell'affidamento di un soggetto nella lealtà, nella probità, nella correttezza di un altro soggetto, con cui il primo è entrato in una relazione d'affari”. Per quanto concerne la giurisprudenza, piuttosto che tentarne una definizione dogmatica, nelle sue pronunce ha perlopiù finito per ancorarne la sussistenza al presupposto dell'avvenuta valutazione, discussione e decisione, da parte dei contraenti, degli elementi essenziali del contratto stipulando, quali la

a fare assegnamento sul suo esito positivo³⁴⁵, ma diviene giuridicamente rilevante solo qualora progredisca a un punto tale da indurre la parti a ritenere che la stessa avrà un buon fine; e uno dei criteri ai quali fare riferimento per una tale valutazione è propriamente la costituzione di una caparra confirmatoria³⁴⁶.

Si può dunque affermare che durante la fase delle trattative tra il soggetto interessato all'acquisto e il soggetto intenzionato alla vendita del diritto reale immobiliare non sussiste alcun vincolo giuridico relativo al contratto principale, bensì sussiste un rapporto obbligatorio generato dalla buona fede sul presupposto fattuale dell'affidamento, instauratosi a seguito dell'avvio della trattativa stessa; in altri termini, a prescindere dalla stipulazione del successivo contratto, sorge un'obbligazione *ex lege* il cui contenuto è diverso dalle prestazioni eventualmente nascenti dal futuro contratto ed è limitato, per così dire, alla tutela della sfera giuridica altrui, sostanziandosi nell'obbligo di correttezza, nel divieto di tenere un comportamento contraddittorio, nonché nella preservazione degli interessi delle

pattuizione del prezzo e individuazione dell'immobile oggetto della compravendita: cfr. Cass. 22 ottobre 1982, n. 5492, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1199 (nello stesso senso anche Cass. 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Rep. Foro it.*, 1992, I, 1766 ss., con nota di CARINGELLA). Poiché la casistica giurisprudenziale nella ricerca di criteri ulteriori per la specificazione della nozione di affidamento è molto ampia e variegata, si può condividere la valutazione di L. NANNI, *Buona fede contrattuale*, Padova 1988, 6 ss., secondo il quale i giudici, al fine di stabilire se sussista o meno un affidamento, “deducono dai fatti in esame elementi tali da escludere che ciascuna parte dovesse continuare ad assumere interamente il rischio economico della propria iniziativa”. Il tentativo di oggettivare il requisito dell'affidamento, se da un lato è utile al fine del raggiungimento di una soluzione che sia ragionevole e che non tenga conto delle convinzioni personali dei contraenti, tuttavia rischia di spostare l'analisi dalla valutazione della condotta concretamente tenuta dalle parti alla semplice verifica della avvenuta conclusione o meno del contratto; a tal proposito, coglie nel segno la critica di G. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano 1990, 124, per il quale “il vizio di fondo della nozione di affidamento risiede, a nostro avviso, ancora prima che nelle sue sfumature e implicazioni psicologiche, nel suo inesatto riferimento alla conclusione del contratto, anziché al contegno di buona fede del recedente”.

³⁴⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 171, nt. 30.

³⁴⁶ Cfr. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 305, che riporta alcune pronunce giurisprudenziali nelle quali è stata individuata una fattispecie di responsabilità precontrattuale, nella particolare ipotesi di recesso ingiustificato, allorché in materia di vendita immobiliare, il venditore, avendo già ricevuto un anticipo e avesse immesso nel possesso il compratore, si rifiuti di formalizzare l'accordo (Trib. Napoli, 15 novembre 1975, in *Temi*, 1978, 243; App. Roma, 29 ottobre 1986). Nello stesso senso un'altra pronuncia del Tribunale di Napoli, dove, sempre in tema di compravendita immobiliare, in mancanza di una immissione nel possesso a favore del futuro compratore, o del versamento di una caparra (qualificata anche genericamente come anticipo sul prezzo), ovvero ancora della predisposizione di documenti ai fini del perfezionamento degli effetti traslativi, le trattative che dunque non presentino almeno uno di questi elementi ma si limitino alla predeterminazione del prezzo e dell'oggetto del futuro contratto non sono idonee a far sorgere quell'affidamento qualificato che è presupposto necessario ai fini dell'applicazione dei rimedi propri della *culpa in contrahendo*. Così si legge nel corpo della decisione: “In tema di compravendita immobiliare, in mancanza di un'immissione nel possesso del futuro compratore o della corresponsione di una caparra (od anticipo sul prezzo) [...] le trattative consistenti nella sola predeterminazione del prezzo e dell'oggetto dell'eventuale compravendita non fanno sorgere quell'affidamento nella conclusione del contratto che è presupposto primario della *culpa in contrahendo*” (Trib. Napoli, 23 dicembre 1971, in *Giur. merito*, 1973, I, 587, con nota di SANTAGATA, Osservazioni in tema di recesso dalle trattative; App. Napoli, 11 giugno 1968, in *Dir. giur.*, 1970, 324, con nota di ZUCCONI, *Il giusto motivo nel recesso dalle trattative*; Trib. Napoli, 12 maggio 1966, cit.; App. Milano, 23 maggio 1947, in *Temi*, 1947, 519).

parti in relazione alla trattativa (c.d. obblighi di protezione)³⁴⁷. Con particolare riferimento a questi ultimi, ciò che li caratterizza e li contraddistingue è, da un parte, la loro fonte, ossia il dovere di buona fede e, dall'altra, la mancanza di una pretesa creditoria vera e propria, al punto che si può parlare di rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione: la formula può apparire come un ossimoro solo rimanendo ancorati all'antica idea che l'obbligazione coincida sempre con l'obbligo di prestazione; una volta che, al contrario, si sia chiarito che “la qualificazione obbligatoria sia estesa ad altri rapporti, nei quali ciò che rileva non è la pienezza del contenuto ma alla dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra”³⁴⁸, l'idea dell'esistenza di un'obbligazione senza prestazione si rivela in realtà l'unica in grado di sottolineare sia l'autonomia strutturale e funzionale di questi “obblighi altri” rispetto all'obbligo di prestazione, sia la loro riconducibilità all'art. 1173 c.c., in quanto, come qualunque obbligazione, creano un *vinculum iuris*, ponendo in una relazione giuridicamente rilevante soggetti prima estranei³⁴⁹.

³⁴⁷ Cfr. L. MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al falsus procurator*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 118 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Jus*, 1976. Sul tema, cfr. anche C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, I, 2011, 67, il quale sottolinea come tali obblighi accessori siano da qualificare più correttamente come obblighi funzionali, “proprio perché tale funzione accessoria può essere predicata quando vi sia un obbligo di prestazione, che invece, [...] non necessariamente viene alla luce o, quando pure si sia estinto, non comporta l'automatica estinzione degli obblighi c.d. accessori”.

³⁴⁸ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 66.

³⁴⁹ Come già acutamente inteso dalla dottrina tedesca successiva a Jhering, la responsabilità precontrattuale è una responsabilità per violazione di un rapporto obbligatorio caratterizzato da obblighi diversi da quello di prestazione e tuttavia vincolanti ciascuna parte nei confronti dell'altra; pertanto, mentre l'affidamento sorge già nella fase precontrattuale, l'obbligo di prestazione sorge, logicamente e necessariamente solo in un secondo momento: quindi si comprende che “l'obbligazione può prescindere dall'obbligazione principale di prestazione” (cfr. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo*, cit., 8 ss.). La figura del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione è stata linguisticamente coniata da Karl Larenz in Germania ed è del tutto conforme alla ricostruzione teorica della responsabilità precontrattuale operata da Mengoni: in realtà, non è che “l'etichetta dogmatica con la quale, da un certo momento in avanti, la dottrina tedesca ha identificato la responsabilità precontrattuale” (C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2012, 1234). Come sottolinea sempre lo stesso Autore in uno altro suo scritto, “nell'ambito dei rapporti economici la figura si rivela idonea a dare soluzione formalmente adeguata al danno meramente patrimoniale. Da un lato, infatti, la risarcibilità di esso che si intenda perseguire *ex lege Aquilia* finisce in una forzatura della responsabilità extracontrattuale perché la violazione del patrimonio come tale equivarrebbe al ristoro generalizzato di qualunque perdita patrimoniale, ponendo un problema mai risolto di limiti [...]. Dall'altra parte il modello tradizionale dell'obbligazione, al cui inadempimento è stato legato il risarcimento del danno meramente patrimoniale, risulta inadeguato per eccesso, dato che nelle fattispecie di cui discorriamo non vi è traccia di un obbligo di prestazione” (C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, II, 2009, 682). Per quanto riguarda l'accoglimento da parte della Suprema Corte della categoria dell'obbligazione senza prestazione (al fine ultimo di poter qualificare come contrattuale la responsabilità del medico, sulla base dell'esistenza di un “contatto sociale” instauratosi tra quest'ultimo e il paziente), cfr. Cass. 22 gennaio 1989, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332 e, per un commento, A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 446 ss.

La trattativa quale elemento fattuale, imprescindibile e caratterizzante la fattispecie della *culpa in contrahendo* è così idonea a mettere in relazione soggetti prima estranei e a generare un rapporto obbligatorio tra gli stessi che tuttavia è privo dell'obbligo primario di prestazione; essa consente, inoltre, di qualificare la medesima fattispecie come una *species* all'interno della categoria generale dell'obbligazione senza prestazione e ciò consente di fare un passo ulteriore, in relazione alla (dibattuta) natura della responsabilità *ex art. 1337 c.c.*, a lungo considerata dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria come ascrivibile all'art. 2043 c.c.³⁵⁰. Una tale ricostruzione rivela tutta la sua incoerenza e inconsistenza quando si consideri che nell'arco temporale precedente la stipulazione del negozio principale i due soggetti non si trovano più in una situazione di completa e totale indifferenza giuridica, in quanto l'insorgere della trattativa ha fatto sì che entrambi abbandonassero la sfera giuridica regolata dal principio dell'*alterum non laedere* per varcare la soglia di un contesto relazionale, nel quale non si tratta semplicemente di astenersi dal recare pregiudizio ai diritti, alle situazioni giuridiche e agli interessi giuridici altrui, bensì di prendere atto dell'esistenza di un rapporto qualificato (i cui presupposti fattuali sono la trattativa e l'affidamento, mentre il cui presupposto giuridico è la buona fede) giuridicamente idoneo a creare obblighi più specifici e puntuali in capo ad entrambi³⁵¹. La responsabilità precontrattuale,

³⁵⁰ La giurisprudenza è sempre stata monolitica nel ricondurre la responsabilità *ex art. 1337 c.c.* all'alveo della responsabilità extracontrattuale, sulla base della considerazione che, non essendo sorto un contratto ovvero essendo stato stipulato un contratto invalido, non era logicamente possibile riferirsi alla responsabilità c.d. contrattuale che sembra necessariamente richiedere e presupporre un contratto, appunto: cfr., *ex multis*, Cass. 19 aprile 1983, n. 2705, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 4. Di questo avviso anche parte della dottrina, la quale riteneva che la responsabilità precontrattuale “costituisce null'altro che un illecito civile extracontrattuale, specificamente contemplato agli artt. 1337 e 1338 c.c.” (P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 299. Dello stesso parere anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 161; M. BESSONE, *Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno “ingiusto”*, cit., 1165). Recentemente, tuttavia, si è assistito a un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale, in quanto la Suprema Corte ha sposato la teoria della natura contrattuale, contraddicendo così decenni di precedenti pronunce e allineandosi alla dottrina maggioritaria: per la prima volta, infatti, la Cassazione stabilisce, innanzitutto, che l'art. 1337 c.c. disciplina “un rapporto particolare che con la trattativa si istituisce con le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede” e, secondariamente, che si tratta di una “fattispecie ben distinta” rispetto all'art. 2043 c.c., “in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti”, per giungere, infine, ad affermare che la responsabilità ha natura contrattuale “come questa corte è da tempo pervenuta a qualificare la responsabilità da contatto sociale” (Cass. 11 giugno 2010, n. 14056, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 6). Per un commento alla sentenza, cfr. C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1233 ss., il quale sottolinea che nella citata pronuncia la Suprema Corte “ha riveduto e corretto se stessa”, affermando la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, segnando una decisa inversione di rotta rispetto alla giurisprudenza monolitica degli ultimi 50 anni. Secondo l'Autore “il passo che stiamo commentando accresce la coerenza interna del diritto italiano delle obbligazioni, consolidando all'interno della responsabilità contrattuale un'area che si aggiunge a quella originaria derivante dall'inadempimento e coincide con la lesione di obblighi altri da quello di prestazione, e che in pari tempo si sottrae all'area della responsabilità aquiliana” (*ivi*, 1235).

³⁵¹ Come ricorda C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 455 ss., la differenza tra

pertanto, si connota per essere una “responsabilità relazionale”³⁵², in quanto deriva dalla violazione di un rapporto giuridico vincolante che non trova il suo titolo in un contratto e che non consegue alla violazione di un obbligo di prestazione, ma il cui presupposto giuridico è lo stesso canone di buona fede che caratterizza la responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.*³⁵³

Così brevemente delineata la cornice teorico-dogmatica nella quale si inserisce la responsabilità precontrattuale e, in particolare, la fattispecie di interruzione ingiustificata della trattativa, si tratta ora di valutare le conseguenze in

responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale, risiede nel fatto che la prima “è caratterizzata *ab origine* dall'assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di persone determinate”, in quanto “colui che non è vincolato da obblighi è totalmente libero fino a quando non si verifichi la lesione del diritto altrui”, mentre la seconda sorge solo “per la violazione di un obbligo funzionale alla realizzazione del diritto” e, pertanto, “muove dal presupposto dell'esistenza di un obbligo che si assume violato”, senza che si ponga una questione circa l'ingiustizia (ossia la lesione di un diritto soggettivo). Dato questo binomio, la *culpa in contrahendo* si pone evidentemente sulla linea di confine delle due responsabilità: l'instaurarsi della trattativa precontrattuale, infatti, costituisce una “relazione che estrapola determinati soggetti dall'indistinto e dalla distanza ai quali presiede l'*alterum non laedere*, imponendo loro precisi doveri di comportamento” funzionalizzati alla protezione della sfera giuridica altrui (*ivi, passim*). Il riconoscimento della nascita di un *vinculum iuris* che non trae il suo titolo né *ex contractu* né *ex delicto*, bensì dal ritrovarsi le parti in un contesto relazionale, idoneo a creare un affidamento nella controparte per il solo fatto di trovarsi in una trattativa, significa, come fa L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 364, “affermare che la relazione diretta alla stipulazione di un negozio si qualifica come fonte di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti a comportarsi secondo buona fede” perché “quando una norma giuridica (come nel nostro caso l'art. 1337 c.c.) assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è indice sicuro che questa relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione secondo buona fede)” (*ibidem*).

³⁵² Espressione di C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 71 ss., il quale sottolinea come questa locuzione sia “in grado di significare la violazione del rapporto obbligatorio, nasca esso dal contratto o dalla legge, sia che la violazione si riferisca all'obbligo di prestazione sia che si riferisca a uno degli obblighi accessori. [...] Ne consegue che la responsabilità c.d. contrattuale non è più responsabilità per inadempimento ma responsabilità per violazione di una relazione. In questo senso l'intero diritto privato si riconfigura secondo una *summa divisio* tra situazioni relazionali, caratterizzate da obblighi tra le parti e la cui violazione dà appunto origine a responsabilità relazionale alla stregua da responsabilità per inadempimento, e situazioni non relazionali, le quali sul terreno della responsabilità assumono le caratteristiche della responsabilità aquiliana”.

³⁵³ Cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 122 ss., il quale sottolinea che alla base degli artt. 1175 e 1337 c.c. vi è la medesima *ratio*, in quanto entrambe le norme impongono doveri di comunicazione e di custodia ed entrambe “presuppongono un contatto tra due sfere di interessi, il quale esige un atteggiamento particolarmente riguardoso e corretto volto ad evitare eventi dannosi e un impegno di collaborazione per raggiungere lo scopo cui esse tendono: scopo che nell'art. 1337 c.c. è dato dalla conclusione del contratto, e nell'art. 1175 c.c. da una migliore realizzazione del risultato che esse si propongono di conseguire attraverso il rapporto contrattuale”. Da ciò, secondo l'Autore, deriva come inevitabile e logica conseguenza la conclusione che la responsabilità precontrattuale ha natura contrattuale, in quanto deriva dalla violazione dello stesso identico dovere di avviso e di custodia, che originariamente è previsto per la fase di esecuzione del contratto ma che dal legislatore è stato correttamente esteso anche alla fase precedente la stipulazione di quest'ultimo. Per quanto concerne il rapporto tra la nozione di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. e la buona fede di cui all'art. 1337 c.c., la dottrina maggioritaria è concorde nel riconoscere che i due lemmi “esprimano, seppure con terminologia diversa, il medesimo concetto” (L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., 170), quasi a formare un'endiadi: cfr. C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1985, 205; S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 132 ss.; G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, cit., 163; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, 161 ss.

termini di addebito di responsabilità nei confronti della parte che abbia dolosamente o colposamente impedito la conclusione del contratto, *rectius*, che ne abbia impedito la formalizzazione, non compiendo appunto un atto necessario per conferire validità ed efficacia all'accordo raggiunto in forma meramente orale; una tale condotta risulta certamente contraria a buona fede e obbliga la parte inadempiente al risarcimento del danno subito dalla parte che abbia incolpevolmente confidato nel buon esito della stessa trattativa - ingenerato dal comportamento contraddittorio e incoerente tenuto dalla controparte - poiché questa era “giunta ad uno stadio talmente avanzato da far ragionevolmente ritenere altamente probabile la conclusione del contratto”³⁵⁴. Deve trattarsi, in sintesi, di un recesso - per così dire - qualificato, nel senso che, compatibilmente con il principio della libertà contrattuale (la quale si sostanzia, oltre che nella facoltà di poter valutare la convenienza e l'utilità dell'affare da concludersi, anche nel diritto di recedere in ogni momento dalle trattative), tale recesso si presenti in maniera improvvisa e in maniera del tutto incoerente e contraddittoria rispetto al comportamento fino a quel momento tenuto dalla parte recedente, in quanto nulla della sua condotta precedente avrebbe potuto far sorgere il dubbio circa la conclusione del contratto. Ciò non implica, tuttavia, la necessità di dare prova della mancanza di una giusta causa, dal momento che “il comportamento lesivo è presuntivamente colposo in quanto non conforme al modello di diligenza rispetto all'altrui libertà negoziale secondo un criterio di normalità”³⁵⁵; è sufficiente che

³⁵⁴ Questa la posizione della giurisprudenza assolutamente maggioritaria, la quale spesso ricorre, nelle sentenze che hanno affrontato il tema del recesso ingiustificato dalle trattative, al seguente principio di diritto: “Se lo svolgimento delle trattative, per serietà e concludenza, tale da determinare un affidamento nella stipulazione del contratto, la parte che ne receda senza giusta causa, violando volontariamente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, è tenuta al risarcimento dei danni” (Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Danno e resp.*, 2000, 982). Nello stesso senso, *ex multis*: cfr. Cass. 18 giugno 2004, n. 11438, in *Giust. civ. mass.*, 2004; Cass. 18 luglio 2003, n. 11243, *ivi*, 2003; Cass. 14 giugno 1999, n. 5830, in *Giur. it.*, 2000, 11.

³⁵⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 170. Così anche M.L. LOI - F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano 1975, 48. La ricostruzione della fattispecie della *culpa in contrahendo* come modello colposo (o, quanto meno, non necessariamente doloso, sebbene possano ravvisarsi ipotesi in cui un soggetto inizia o prosegue una trattativa pur avendo la specifica intenzione di non concludere il contratto) ciò trova conferma nella giurisprudenza, la quale è solita affermare che “per la sussistenza della responsabilità precontrattuale, a norma dell'art. 1337 c.c., l'obbligo della buona fede nelle trattative deve essere inteso in senso oggettivo, sicché non è necessario un particolare comportamento soggettivo di malafede, ma è sufficiente anche il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte che, senza giusto motivo, ha interrotto le trattative, eludendo così le aspettative di controparte che, confidando nella conclusione del contratto, è stata indotta a sostenere spese o abbia rinunciato ad altre occasioni più favorevoli” (Cass., 17 novembre 1997, n. 11394, in *Mass. Giur. it.*, 1997, I, c. 1128). Sempre con riferimento al tema della prova della giusta causa, afferma F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 47 ss., che un “sindacato sui motivi di recesso” si rivela inammissibile non solo per l'impossibilità di individuare un criterio obiettivo da adottarsi al fine di stabilire quando un recesso sia giusto e quando invece non lo sia, “essendo il giudizio di opportunità dell'affare fondato su elementi squisitamente soggettivi e pertanto rimessi all'esclusivo apprezzamento di chi tratta”, ma anche perché, nella realtà delle contrattazioni, non sussiste mai un dovere di comunicare la causa del

ricorrano gli estremi di un atteggiamento non improntato allo standard di diligenza, di correttezza, di serietà che legittimamente dovrebbe attendersi da un soggetto che abbia intrapreso una trattativa al fine di concludere un contratto, a prescindere dall'effettiva conclusione dello stesso, in quanto la violazione della buona fede quale fonte – atipica – dell'obbligazione instauratasi con la trattativa rileva *ex se* come titolo per domandare il risarcimento del danno subito per la frustrazione dell'interesse alla stipulazione del contratto.

In una fattispecie concreta quale quella oggetto della presente ricerca, caratterizzata dal raggiungimento in via meramente orale dell'accordo relativo al contratto di compravendita, dalla costituzione di una caparra confirmatoria funzionalmente preordinata al rafforzamento delle obbligazioni derivanti dal futuro contratto di compravendita - da redigersi nella forma richiesta dalla legge *ad substantiam* - nonché dalla mancata formalizzazione dell'intesa così raggiunta, il compito dell'interprete consiste, dunque, nella verifica della contestuale ricorrenza dei tre elementi costitutivi la fattispecie di responsabilità precontrattuale per rottura ingiustificata delle trattative. Se l'esito della valutazione risulta positivo, ciò comporta un addebito in termini di responsabilità *ex art. 1337 c.c.* per la parte che abbia tenuto un comportamento colposo durante la fase antecedente la formazione del contratto, causando così l'impossibilità di vedere soddisfatto l'interesse di controparte alla vendita ovvero all'acquisto dell'immobile, che si era prefigurato come naturale esito della trattativa e che era stato ulteriormente rafforzato attraverso il ricorso all'istituto della caparra confirmatoria. La parte diligente sarà

recesso. Dal momento che la trattativa, nel momento stesso in cui prende avvio, si regge sulla fatto che le parti confidano nella sua prosecuzione o nella sua positiva conclusione, la responsabilità *ex art. 1337 c.c.* dovrebbe ravvisarsi ogni volta che la parte continui le trattative “pur sapendo che mai stipulerà il contratto”; in questo modo, viene sia preservata la libertà delle trattative, sia tutelato l'affidamento delle parti, imponendo ai contraenti l'obbligo di “mantenere un atteggiamento rispettoso degli interessi altrui” (*ivi*, 49). In termini analoghi anche A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 125, il quale ritiene che “non diasi luogo a responsabilità del recedente, e che nemmeno sia a discriminarsi *iusta* da *iniusta* causa di recesso”. Così anche M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, cit., 1021, secondo il quale “è pericolosamente indeterminato e scarsamente operativo il criterio di selezione degli interessi riassunto dalla formula della giusta causa del recesso” in quanto “in qualsiasi caso della pratica, un'argomentazione intesa a valutare la causa del recesso finisce per risolversi in un tentativo di ispezionare i motivi della rottura della trattativa, che sospinge ad un'analisi del procedimento di formazione della decisione di recedere, inevitabilmente esposta agli inconvenienti di ogni indagine sulla psicologia degli operatori”. In questo senso, recentemente, anche la riflessione di V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale, tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, Milano 2012, 76, per la quale non si tratta tanto di accertare “la presenza di un evento che possa costituire una giusta causa di recesso, quanto che la parte abbia correttamente condotto la trattativa, tempestivamente palesando all'altra parte le proprie eventuali perplessità in merito alla conclusione del contratto alle condizioni tra loro in discussione o il mancato verificarsi, noto solo ad uno dei trattanti, di circostanze ritenute essenziali per la positiva conclusione dell'affare”. In senso parzialmente difforme G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 70, i quali ritengono, al contrario, che “o al momento del recesso o in sede giudiziale, il recedente deve sempre provare la sussistenza di una giusta causa del recesso, pena l'obbligo di risarcimento del danno”.

così legittimata a domandare il risarcimento del pregiudizio patito, secondo le normali regole previste dagli artt. 1218 ss. c.c.³⁵⁶; e quest'ultima constatazione sposta necessariamente il discorso all'analisi dell'ultimo ideale tassello della ricostruzione compiuta fino a questo momento, e che corrisponde precisamente alla quantificazione del danno sofferto dalla parte diligente, una volta che ne sia stata accertata la sussistenza.

7. La quantificazione del danno

Così chiarito e precisato che la responsabilità per la mancata formalizzazione del contratto di compravendita configura un'ipotesi di *culpa in contrahendo*, l'indagine svolta nei precedenti paragrafi non potrebbe dirsi veramente completa senza aver analizzato un ultimo importantissimo profilo, ossia quello relativo all'eventuale domanda risarcitoria che venisse proposta dalla parte non inadempiente per il danno subito; si tratta, in altri termini, di affrontare il delicato problema della corretta individuazione del *quantum* del risarcimento per le ipotesi di recesso dalla trattativa e di rifiuto di procedere con la stipulazione formale del contratto principale, nonostante l'avvenuto perfezionamento del patto relativo alla caparra.

Quest'ultima considerazione costituisce il punto d'avvio della riflessione: la corretta individuazione e quantificazione del risarcimento del danno da parte dell'interprete non può prescindere da una valutazione globale della fattispecie concreta che, da un lato, tuteli l'interesse all'integrale ristoro del danno subito dalla parte non inadempiente e, dall'altro, rispetti la disciplina normativa propria dell'art. 1385 c.c., una volta che sia accertata la concorde volontà delle parti di qualificare il pagamento (effettuato dal potenziale acquirente a vantaggio del potenziale venditore, per il tramite del mediatore) a titolo di caparra confirmatoria, affinché la somma di denaro possa svolgere quell'ecclettica funzione di rafforzamento del vincolo contrattuale, di predeterminazione forfettaria del danno, di creazione di una coazione indiretta all'adempimento nonché di meccanismo deputato alla risoluzione unilaterale del contratto. Ci si interroga se le conseguenze dell'inadempimento del contratto di compravendita immobiliare, attribuibili (quantomeno) in termini di

³⁵⁶ Secondo F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. imp.*, 1987, 307, "il problema della disciplina dell'onere della prova non suscita particolari problemi" dal momento che la violazione dei doveri precontrattuali di buona fede dà luogo a responsabilità contrattuale, disciplinata dall'art. 1218 c.c.; in conseguenza, "il soggetto offeso deve dimostrare, oltre il danno, la sussistenza del dovere e il suo inadempimento; l'altra parte potrà sottrarsi alla responsabilità, provando o l'inesistenza dell'obbligo (cioè che a stregua di buona fede egli non era tenuto ad osservare un certo comportamento) oppure l'impossibilità non imputabile di rispettare il precetto di buona fede".

colpa ad una delle parti coinvolte nella vicenda (acquirente, venditore o mediatore) possano essere regolate secondo quanto previsto dalla disciplina codicistica della caparra confirmatoria, ai sensi dell'art. 1385, commi secondo e terzo, c.c. La regola principe per l'ipotesi di inadempimento è individuata al secondo comma, là dove si prevede la facoltà per la parte non inadempiente di recedere dal contratto e trattenere la caparra ricevuta ovvero esigere il doppio di quanto versato³⁵⁷. La questione riguarda la facoltà di ricorrere al meccanismo previsto dal secondo capoverso dell'art. 1385 c.c. qualora il potenziale venditore o il potenziale acquirente vedano ingiustificatamente frustrata la loro legittima aspettativa alla conclusione del contratto di compravendita poiché, nonostante la mancata formalizzazione del contratto principale, l'accordo relativo alla caparra non solo è stato raggiunto ma il patto ad essa relativo si è perfezionato ed è produttivo di effetti, così da permettere alle parti – limitatamente al rapporto intercorrente tra le stesse³⁵⁸ - di servirsi dei mezzi di tutela forniti dalla fattispecie.

Nonostante la validità del negozio di caparra, la risposta deve essere negativa: la stipulazione del negozio di compravendita nella forma vincolata prescritta dall'art. 1350 c.c., costituisce, infatti, il presupposto logico e giuridico per l'attivazione del meccanismo di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c., in forza del particolare collegamento esistente tra le due fattispecie. Sebbene la caparra confirmatoria sia dotata di autonomia funzionale (nonché *lato sensu materiale*), consentendo di compiere una cesura tra i due momenti e, quindi, tra i due negozi, che si vanno così a collocare idealmente su due piani separati, la cui sovrapposizione o ricongiunzione è sospensivamente condizionata alla formalizzazione del contratto principale, non si può ignorare né obliterare l'assunto per cui la validità della caparra

³⁵⁷ Si è di fronte, in questo caso, ad un vero e proprio “recesso legale di autotutela, che trova la propria giustificazione nell'altrui inadempimento, attraverso il quale si concede ad una parte di liberarsi da un vincolo che non ha più interesse a mantenere” (S. MAZZARRESE - I. TARDIA, *Caparra*, cit., 244). In altri termini, il recesso rappresenta una forma stragiudiziale di risoluzione, che può essere legittimamente manifestato anche attraverso un atto informale recettizio (cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 162 ss.) ovvero tacitamente, qualora la volontà in tal senso possa desumersi in maniera inequivocabile dal comportamento tenuto dalla parte non inadempiente (cfr. P. CECCHI, *Efficacia, condizione e termine, esecuzione, penale e caparra*, in *Commentario Cendon*, XXV, Torino 2000, 352). In dottrina, analogamente, cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 348; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., 173. Dello stesso avviso anche la giurisprudenza: cfr., *ex multis*, Cass. 14 marzo 1988, n. 2435, in *Foro it.*, 1988, voce *Contratto in genere*, n. 319, dove si legge che “il recesso previsto dal secondo comma dell'art. 1385 c.c. configura uno strumento speciale di risoluzione del contratto, collegato alla pattuizione di un caparra confirmatoria [...] di cui [il contraente] non inadempiente può avvalersi in luogo dell'azione di inadempimento o di quella generale di risoluzione previste dall'art. 1453, comma 1, c.c., ne consegue che, in mancanza di contestazioni del contraente asserito inadempiente circa la sussistenza o l'importanza dell'inadempimento, comporta l'effetto risolutivo indipendentemente dall'adesione del contraente inadempiente”.

³⁵⁸ Per quanto concerne l'inadempimento del mediatore, cfr. supra pp. X.

confirmatoria sussiste in quanto sussiste la validità del contratto principale, cui è funzionalmente collegata: la somma versata andrà dunque restituita, “in guisa da ristabilire l'equilibrio economico delle parti”³⁵⁹, senza che si possa invocare l'attivazione del meccanismo di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c., poiché ciò comporterebbe una totale destrutturazione della caparra confirmatoria e del particolare legame esistente tra questa e il negozio a cui accede³⁶⁰. La nullità di quest'ultimo per difetto di forma travolge *ex tunc* la *traditio*, nel senso che non solo la vendita non potrà dirsi perfezionata (precludendo alle parti di invocare l'adempimento delle obbligazioni in questa dedotte) ma anche la fase antecedente – relativa al versamento della somma – che ha visto coinvolti il potenziale acquirente, il potenziale venditore e il mediatore sarà travolta. La validità del patto di caparra non sopravvive, pertanto, all'inefficacia e all'invalidità del contratto principale perché se è vero che la fattispecie di cui all'art. 1385 c.c., alla luce della ricostruzione dogmatica compiuta nei paragrafi precedenti, va correttamente configurata come un negozio autonomo, con una propria ragione causale e con una propria operatività, idonea a creare effetti giuridici vincolanti per le parti che la pongono in essere, tuttavia tale autonomia non si spinge fino al punto di obliterare la primazia del contratto principale, che si esprime infatti nel particolare tipo di collegamento unilaterale³⁶¹.

³⁵⁹ G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 126. Con particolare riferimento al debito pecuniario di restituzione, questo costituisce un debito di valuta, soggetto al principio nominalistico: cfr. Cass. 16 febbraio 2000, n. 1714, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 352.

³⁶⁰ Consentire alla parte non inadempiente di pretendere l'incameramento ovvero la restituzione del *duplum* sarebbe oltretutto illogico poiché, come nota M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 50, “il risarcimento forfettario pattuito con la caparra si riferisce esclusivamente al danno derivante dall'inadempimento” e non può coprire i danni derivanti da una diversa fattispecie concreta, quale quella derivante dalla mancata formalizzazione del contratto.

³⁶¹ Uno dei tratti essenziali dell'art. 1385 c.c. è rappresentato dalla strumentalità del patto di caparra rispetto al contratto principale che, tuttavia, come si è avuto modo di argomentare, non presuppone una interdipendenza in senso temporale ma, piuttosto, un particolare legale funzionale: sebbene la caparra sia dotata di un proprio elemento causale, è innegabile - ed è connaturato alla sua stessa configurazione giuridica - che essa condivida con il negozio cui accede la tensione al raggiungimento di un comune obiettivo, al punto che la migliore dottrina ha parlato di “unità economica della caparra e del contratto principale”, proprio a sottolineare la speciale “identità teleologica” tra le due figure (G. BAVETTA, *La caparra*, cit., 103 ss.). La funzione eclettica che caratterizza la disciplina dell'art. 1385 c.c., pertanto, in assenza di un contratto valido cui accedere, non avrebbe modo né ragione di realizzarsi, venendo proprio a mancare la *ratio* che giustifica la costituzione di una caparra; per utilizzare le parole dell'Autore, “la costituzione di una caparra, indipendente da un altro contratto, non è concepibile: la fattispecie, ove mancasse un negozio cui riferirsi, non potrebbe espletare alcuna funzione probatoria, né potrebbe rafforzare alcunché, né, ancora potrebbe assicurare l'esecuzione di prestazioni che non esistono. La caparra, insomma, non avrebbe alcuna ragione d'essere: sarebbe nulla, per mancanza di causa” (*ivi*, 106). In maniera sostanzialmente analoga anche una recente pronuncia di merito e di legittimità che, sebbene con riferimento alla nullità del contratto preliminare, impongono la restituzione della caparra una volta che sia stata accertata, con sentenza passata in giudicato, l'invalidità del preliminare, poiché si tratterebbe di una prestazione sine causa, essendo venuto meno il titolo che giustificava il versamento di denaro effettuato dal promissario acquirente: cfr. Trib. Salerno, sez. I, 28 gennaio 2009, in www.plurisonline.it; Cass. 25 febbraio 2008, n. 4801, cit., 293.

Discorso analogo può essere svolto in riferimento al terzo comma dell'art. 1385 c.c. che prevede, in alternativa alla via del recesso con contestuale trattenimento della somma versata o della richiesta del *duplum*, una “facoltà di scelta alternativa”³⁶², per la parte non inadempiente, consistente nella possibilità di domandare l'esecuzione ovvero la risoluzione del contratto, chiedendo il risarcimento del danno secondo le regole generali, ai sensi degli artt. 1223 ss. c.c.³⁶³, abbandonando così quella funzione della caparra confirmatoria quale preventiva e forfettaria modalità di quantificazione del danno subito³⁶⁴. L'operatività di entrambe le prospettive è comunque messa fuori gioco poiché, per quanto concerne la prima ipotesi, si mostra oggettivamente impossibile assecondare la richiesta della parte, in quanto la fattispecie concreta che ha dato luogo all'azione di responsabilità è caratterizzata dalla mancata stipulazione del contratto di cui si discorre, e non semplicemente di inadempimento delle obbligazioni di un contratto già perfezionato. Se si dovesse scegliere di percorrere la seconda via indicata dal terzo comma, parimenti non si potrebbe propriamente parlare di risoluzione del contratto, in quanto non si è giunti, nella fattispecie concreta, alla stipulazione del medesimo, *rectius*, è stato raggiunto un accordo in via meramente informale che per l'ordinamento è irrilevante non in termini assoluti ma quantomeno in termini relativi, precludendo alle parti il diritto di domandarne l'esecuzione, il risarcimento del danno come interesse positivo e di sciogliersi da un vincolo che formalmente non è mai venuto a esistenza³⁶⁵.

L'impossibilità di avvalersi del meccanismo di cui al secondo e terzo comma dell'art. 1385 c.c., tuttavia, non può risolversi in un'assenza di tutela nei confronti della parte non inadempiente; è dunque necessario individuare una modalità alternativa che consenta di ristorare il pregiudizio sofferto da quest'ultima, senza forzare il dettato codicistico e mantenendo la coerenza del sistema. Preclusa la

³⁶² In tal senso già F. CARNELUTTI, *Funzione della caparra nel contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1923, 225 ss.; A. BOZZI, voce *Caparra*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino 1937, 793.

³⁶³ Come sottolinea V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 200, il meccanismo di cui al terzo comma dell'art. 1385 c.c. lascia alla parte non inadempiente la scelta se “recedere dal contratto e accontentarsi della caparra o del doppio, col vantaggio di non dover fornire la prova dell'eventuale danno e di ottenere una spedita liquidazione e con l'eventuale svantaggio di non poter ottenere il risarcimento integrale del danno (se superiore alla caparra); o chiedere l'esecuzione o la risoluzione e in entrambi i casi il risarcimento del danno secondo le regole generali”.

³⁶⁴ Cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 10: “Per effetto dell'anticipato versamento della somma di denaro [...] l'accipiens si giova dell'ulteriore vantaggio di realizzare immediatamente il proprio credito risarcitorio tramite l'incameramento diretto della caparra, non soltanto prevedendo il rischio di incapacienza patrimoniale del debitore, ma facendo venire meno il rischio dell'incapacienza patrimoniale del debitore, ma facendo venire meno la stessa necessità di avvalersi della procedura di esecuzione forzata in caso di mancato pagamento”.

³⁶⁵ Come correttamente sottolinea M. BELLANTE, *op. cit.*, 50, “il diritto alla liquidazione forfettaria del danno convenuto in caparra sorge solo sul presupposto del recesso [...] il quale nel caso di invalidità del contratto non ha luogo”.

strada di recedere dal contratto trattenendo la caparra versata (ovvero chiedendo il doppio), nonché di agire in via giudiziale per domandare tanto l'adempimento quanto la risoluzione, rimane la possibilità di ottenere il risarcimento del danno per rottura ingiustificata della trattativa, ai sensi dell'art. 1337 c.c. Si tratta quindi di comprendere la quantificazione di un pregiudizio ascrivibile all'alveo della *culpa in contrahendo*, che si caratterizza per l'intrinseca finalità di risarcire monetariamente la parte che abbia senza colpa confidato nel buon esito della trattativa e che veda quindi frustrata la legittima aspettativa di positiva conclusione della compravendita – realizzatasi in via meramente orale – attraverso la formalizzazione dell'accordo già raggiunto, rappresentando la tappa finale ma necessaria per la produzione degli effetti giuridici dedotti nel contratto medesimo.

Sul tema, l'insegnamento tradizionale in tema di responsabilità precontrattuale – sempre riconducibile a Jhering - stabilisce che l'aspettativa delusa della parte non inadempiente va risarcita limitatamente al c.d. interesse negativo³⁶⁶, ossia l'interesse a non iniziare le trattative, consistente nel danno subito per aver partecipato alle medesime (rivelatesi poi inutili e infruttuose) e si sostanzia nell'obbligo di riparazione, a titolo di danno emergente, delle spese sostenute e delle energie impiegate invano che siano conseguenza immediata e diretta del comportamento illecito tenuto da controparte. L'interesse negativo, tuttavia, non si limita a questo primo profilo risarcitorio ma è una formula ritenuta idonea a risarcire

³⁶⁶ La prima formulazione della categoria (*negatives Vertragsinteresse*) è infatti attribuibile al teorico della culpa in contrahendo, che la contrapponeva idealmente al concetto di interesse positivo, consistente nel diritto all'esecuzione del contratto, dal momento che per l'Autore la principale ipotesi di responsabilità precontrattuale era quella derivante dalla stipulazione di un contratto invalido (non contemplando la fattispecie di rottura ingiustificata dalla trattative). Come logica conseguenza di questa scelta dogmatica, era semplice distinguere i due tipi di interesse, in quanto quello positivo “ha il proprio fondamento nella validità del contratto, quello [negativo] si fonda sulla nullità del contratto” e la parte non inadempiente “può chiedere l'esecuzione, o quel che ad essa equivale, cioè il proprio interesse all'esecuzione solo se ed in quanto il contratto sia valido” (R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., 33 ss.); nel caso in cui, al contrario si tratti di contratto nullo, colui che ne avesse causato l'invalidità avrebbe dovuto porre la controparte nella stessa situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovata se non avesse stipulato il negozio invalido, chiedendo così la “riparazione del danno cagionatogli dalla apparente conclusione del contratto” (ivi, 34). Si deve anche ricordare che la tendenza a identificare il danno con l'interesse da parte di Jhering (che ha successivamente influenzato non solo la dottrina tedesca ma in certi casi pure quella italiana: cfr. V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 2005, 350, dove, con riferimento al risarcimento del danno precontrattuale usa l'espressione “danno (interesse) negativo”; al contrario, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 175, intende l'interesse negativo quale “l'interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale”), è conseguenza delle riflessioni teoriche di Mommsen il quale, attraverso la tesi della c.d. *Differenztheorie*, per la quale il danno si sostanzierebbe, appunto nell'interesse, “inteso appunto come differenza, in termini di equivalente pecuniario, tra stati di patrimonio in seguito al verificarsi del fatto lesivo; o, meglio [...] come differenza o comparazione (non già fra stato patrimoniale precedente e successivo alla lesione) fra la reale consistenza del patrimonio del danneggiato nel momento conseguente al fatto lesivo e la consistenza ipotetica che tale patrimonio avrebbe avuto, rispetto al medesimo punto di riferimento temporale, ove l'evento pregiudizievole non si fosse realizzato” (C. TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, 168).

a titolo di lucro cessante anche la perdita di eventuali altre opportunità di guadagno che la parte diligente abbia trascurato proprio a causa dell'aver coltivato la trattativa poi non conclusasi ovvero conclusasi con un contratto invalido o economicamente svantaggioso³⁶⁷.

Nonostante l'articolazione dell'interesse negativo nelle due voci di danno tipiche della responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.*, la giurisprudenza è ferma nell'affermare che il primo non può mai essere superiore all'interesse positivo, ossia l'interesse all'esecuzione della prestazione dedotta nel contratto, che naturalmente esula dal perimetro del risarcimento del danno nella fattispecie di *culpa in contrahendo*³⁶⁸. La dottrina, al contrario, mostra da tempo segni di insofferenza verso la rigida definizione di interesse negativo e si avvede delle contraddizioni che ne derivano sul piano del diritto applicato, soprattutto quando la stessa giurisprudenza giunge ad affermare che vada risarcita anche la perdita di analoghe occasioni contrattuali ugualmente o anche più lucrose rispetto al contratto non concluso³⁶⁹. L'evoluzione della riflessione teorica degli Autori sul tema ha pertanto

³⁶⁷ La possibilità di risarcire il mancato guadagno (*entgangener Gewinn*) era, in verità, già ammesso da Jhering, per il quale il risarcimento dell'interesse negativo consta sia del danno emergente, nel quale “rientrano le spese che [il danneggiato] ha sostenuto in ragione della conclusione o dell'esecuzione del contratto”, ma anche del lucro cessante, poiché “l'apparente conclusione del contratto può anche aver avuto come conseguenza la perdita di un guadagno, sia che egli abbia perso un'altra occasione per concludere il medesimo contratto, sia che egli si sia limitato a trascurare la ricerca di un'alternativa in tempo utile” (R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., 42). Fu la dottrina italiana dei primi decenni del XX secolo che limitò il quantum del risarcimento alle spese sostenute per la trattativa interrotta, forse per influenza della teoria faggelliana; ecco perché “solo successivamente, in prossimità della codificazione del 1942, prevalse l'adesione a una nozione più ampia, tale da ricomprendere anche il lucro cessante e sintetizzata nella formula [...] secondo cui l'interesse negativo comprende tutte le perdite che siano diretta e immediata conseguenza del comportamento illecitamente tenuto” (G. MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, cit., 801). La giurisprudenza, infatti, da decenni conferma questa impostazione e individua l'interesse negativo “sia nelle spese inutilmente sostenute nel corso delle trattative, in vista della conclusione del contratto, sia nella perdita di ulteriori occasioni per la mancata conclusione, nei riguardi di altri possibili stipulanti, di un contratto dello stesso oggetto, altrettanto o più vantaggioso di quello non concluso² e, pertanto, può comprendere i “danni che si sarebbero evitati o i vantaggi che sarebbero conseguiti con l'esecuzione del contratto” (Cass. 20 agosto 1980, n. 4942, in *Giust. civ.*, Rep. 1980, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 382).

³⁶⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, 2250, con nota di A. Musy: “Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale i danni sono quelli contenuti nei limiti del cosiddetto interesse negativo, comprendente le spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto nonché delle perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni. La responsabilità precontrattuale non può essere utilizzata per chiedere il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto”. Nello stesso senso, da ultimo, Cass. 30 luglio 2004, n. 14539, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 619 ss., con nota di ROCCA, *Conoscenza e conoscibilità dell'errore. Il danno emergente e il problema del lucro cessante nella responsabilità precontrattuale*, in *Corr. giur.*, 2005, 1099 ss., con nota di MERUZZI, *La quantificazione dell'interesse contrattuale negativo nella responsabilità in contrahendo ex art. 1338 c.c.*

³⁶⁹ Cfr. Cass. 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 12; Cass. 26 ottobre 1994, n. 8778, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1283. In proposito, coglie nel segno la riflessione di P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 638 ss., là dove nota che solo “in situazioni di mercato trasparente e concorrenziale si può presumere che gli affari trascurati siano equivalenti al contratto concluso [ma] quando il

condotto a un sostanziale mutamento di prospettiva, in quanto si è ritenuto di dover ampliare il perimetro dell'interesse risarcibile, oltre i ristretti limiti di una teoria che “non ha fatto alcun progresso da quando fu per la prima volta formulata”³⁷⁰, mantenendosi – forse fin troppo - nel solco della tradizione e rischiando così di divenire una formula sterile e imprecisa, nonché inidonea rispetto alla finalità di garantire un adeguato e integrale risarcimento alla parte diligente³⁷¹. In modo particolare, la questione più dibattuta (nonché già affiorante in talune pronunce che non hanno esitato ad affermare che le alternative opportunità di guadagno possono anche essere superiori rispetto alle utilità che si sarebbero conseguite con il contratto non concluso) è stata quella relativa alla possibilità che l'interesse negativo superi l'interesse positivo, cioè l'utile che la parte lesa avrebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto; a differenza di quanto si registra in altri ordinamenti, dove il legislatore ha espressamente escluso una simile eventualità, gli artt. 1337 e 1338 c.c. non offrono alcun indizio a riguardo³⁷². Una parte degli Autori ha così

mercato è meno trasparente e concorrenziale questa equivalenza viene meno: ogni affare può essere diverso e perciò l'interesse positivo può essere diverso dall'interesse negativo”. Parla di “sorte curiosa” dell'espressione coniata da Jhering G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, cit., 321, la quale non solo ritiene che tale espressione non sia unicamente riferibile al campo della responsabilità precontrattuale ma ritiene che “la valutazione del danno alla stregua di tale criterio [non] presenta divergenze rispetto alla valutazione del danno condotta secondo i principi generali in materia dettati a proposito dell'inadempimento dell'obbligazione”. Dello stesso parere anche R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 212, per il quale, in ambito di responsabilità precontrattuale, non si vede perché “il danno debba determinarsi in modo difforme dai principi”. Per una completa rassegna delle posizioni dottrinali degli ultimi decenni che hanno sollevato dubbi sulla opportunità e sul valore del concetto di interesse negativo, cfr. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 488 ss.

³⁷⁰ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 133.

³⁷¹ La dottrina più attenta, peraltro, aveva già avuto modo di notare come la distinzione tra interesse negativo e interesse positivo sia, per certi aspetti, foriera di dubbi e logicamente scorretta, in quanto “qualunque interesse, in quanto sia tutelato per mezzo di un obbligo, diviene interesse all'adempimento di quest'obbligo; quindi, anche il c.d. interesse negativo è interesse all'adempimento, solo che gli obblighi, al cui adempimento esso si riferisce, sono particolari obblighi, che per determinate caratteristiche si distinguono da tutti quegli altri obblighi, la cui violazione dà luogo al risarcimento del c.d. interesse positivo” (L. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti del preliminare*, Milano 1939, 288, nt. 1). Tale locuzione, pertanto, conserva una sua utilità in senso descrittivo, perché coglie il nucleo della *culpa in contrahendo* che consiste nella responsabilità per il danno nascente dalla violazione dei doveri precontrattuali ma non presenta alcun valore in ordine all'entità di tale danno e dei criteri attraverso cui debba essere specificato, che in ogni caso “va risolto a stregua degli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c., che rappresentano le regole fondamentali per stabilire l'entità dei danni risarcibili tanto nella responsabilità contrattuale quanto in quella aquiliana (art. 2056 c.c.)” (F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., 306). Criticamente anche C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 492 ss., il quale ritiene sia più corretto qualificare l'interesse negativo con la categoria più moderna e più ampia di “interesse di protezione”, dal momento che, nella prassi degli affari, la *culpa in contrahendo* trova il suo terreno di elezione nell'ambito dei rapporti tra professionista e consumatore, ovvero, più genericamente, tra soggetto dotato di specifiche conoscenze e competenze e soggetto che ne sia sprovvisto, e la responsabilità contrattuale nasce proprio dalla violazione di doveri di protezione di informazione gravanti sull'operatore professionale, a tutela dell'affidamento generato nella controparte.

³⁷² Si deve ricordare che lo stesso Jhering aveva già affermato che l'interesse negativo potesse, “in certi casi, innalzarsi fino a coincidere con l'interesse positivo” (R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo*, cit., 43); la questione venne poi risolta in maniera negativa dal legislatore tedesco nei § 122 e 179, comma 2, BGB, dove si prevede che il risarcimento del danno causato dall'invalidità o

sostenuto la tesi positiva, principalmente sulla base della considerazione che gli artt. 1223 e ss. c.c. costituiscono il paradigma per la determinazione dell'entità dei danni risarcibili sia in riferimento alla responsabilità contrattuale quanto a quella aquiliana e, in entrambe le ipotesi, valgono a determinare l'interesse positivo e l'interesse negativo; dalla lettura delle citate norme non si può ulteriormente dedurre che il secondo non possa mai essere maggiore del primo³⁷³. In realtà si tratta di chiarire che, da una parte, nelle fattispecie di *culpa in contrahendo*, il risarcimento del danno non coincide mai con l'interesse positivo, che riguarda sempre l'obbligo di prestazione e che naturalmente esula dal perimetro della responsabilità precontrattuale, costituendo un limite invalicabile sotto un profilo logico e dogmatico, ma non da un punto di vista meramente quantitativo; dall'altra, nessun ostacolo si pone all'inclusione, all'interno della categoria dell'interesse negativo, della voce del lucro cessante (ove ricorra), al fine di ristorare la parte diligente del vantaggio che avrebbe potuto conseguire in assenza della condotta scorretta dell'altra³⁷⁴. La questione della quantificazione del risarcimento del danno precontrattuale finisce, dunque, per coincidere con l'esatta quantificazione del mancato guadagno, sia perché quest'ultimo si rivela più problematico nella sua corretta delimitazione sia perché, rispetto alla voce del danno emergente, esso è strutturalmente idoneo ad aprire la porta a un risarcimento superiore dell'interesse

dall'inefficacia del contratto non possa essere maggiore di quanto si sarebbe ottenuto con l'esecuzione del contratto medesimo. La recente riforma del diritto delle obbligazioni tedesco, tuttavia, ha inserito alcune novità di matrice giurisprudenziale in tema di responsabilità precontrattuale, così che “in caso di violazione dei suddetti doveri precontrattuali, di natura contrattuale, trovano applicazione i normali rimedi previsti in materia di responsabilità contrattuale, con conseguente risarcimento integrale del danno senza più alcuna limitazione di sorta” (P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 499). In Olanda il superamento della rigida impostazione originaria dell'interesse negativo è stata invece raggiunta attraverso il famoso caso Hoge Raad del 1982, con l'esplicito riconoscimento della possibilità di risarcire, in ipotesi di *culpa in contrahendo*, non solo le spese subite ma anche il mancato guadagno (P. GALLO, *op. ult. cit.*, 498).

³⁷³ Sposano la tesi positiva F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 136 ss.; G. STOLFI, *Il principio della buona fede*, cit., 168; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova 1990, 117 ss.; F. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 213; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, 172 ss.; G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 88 ss., i quali inoltre notano che “se il quantum risarcibile venisse limitato, il partner in buona fede sostanzialmente verrebbe a sopportare una parte dei danni, in contrasto con il principio di carattere generale per cui il risarcimento dei danni tende alla soddisfazione integrale dell'interesse leso”. *Contra*, nel senso di limitare il risarcimento del danno precontrattuale al solo interesse negativo, F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 741; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 194; R. SANTAGATA, *Osservazioni in tema di recesso dalle trattative*, cit., 589 ss.; V. SALAFIA, *Brevi considerazioni in tema di responsabilità aquiliana per lesione del credito derivante dalla trattativa contrattuale* (nota a Trib. Milano, 28 settembre 1972, in *Mon. trib.*, 1972, 1059).

³⁷⁴ Precisa inoltre C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano 2007, 341: “Il lucro cessante da *culpa in contrahendo*, non potendo riguardare un'aspettativa (della prestazione) che non c'è, è altro dal lucro cessante conseguente all'inadempimento, ed è in pari tempo lucro cessante da aggressione del patrimonio o già della sfera giuridica altrui, in maniera analoga all'offesa da responsabilità aquiliana”.

positivo.

Ne deriva che si deve accogliere con favore il progressivo e sostanziale superamento di quella tradizionale impostazione che limitava il danno risarcibile al solo interesse negativo, seppur con le dovute precisazioni. In primo luogo, si deve ricordare che l'approdo a una ricostruzione dogmatica dell'interesse negativo che possa essere, in alcune ipotesi, superiore nel *quantum* all'interesse positivo non implica una confusione concettuale con quest'ultimo, che rimane comunque - nella sua definizione teorica - l'interesse all'esatto adempimento dell'obbligazione dedotta nel contratto e, pertanto, qualitativamente diverso³⁷⁵; secondariamente, la tesi della riconfigurazione in termini più elastici dell'interesse negativo è da condividere dal momento che si mostra fino in fondo coerente con il principio generale dell'ordinamento secondo cui il risarcimento del danno deve essere integrale³⁷⁶. Si potrebbe infatti affermare che la strada che conduce alla corretta individuazione del *quantum* risarcitorio in materia precontrattuale si compone di tre tappe, di cui la prima è identificabile con il principio generale dell'integrale

³⁷⁵ Cfr. G. MERUZZI, *La responsabilità per rottura delle trattative*, cit., 809 ss.; *contra*, C. TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo*, cit., 171 ss., il quale, interpretando il pensiero jheringhiano, ritiene che interesse (contrattuale) positivo e interesse (contrattuale) negativo, in quanto aventi entrambi ad oggetto un altrui specifico comportamento diligente, “non si differenziano tanto dal punto di vista qualitativo, quanto e unicamente sotto il rilevato profilo direzionale: nel senso che l'interesse positivo tenderebbe al rispetto della diligenza dovuta in funzione dell'acquisizione del valore e delle utilità inerenti alla prestazione contrattuale cui è tenuta la controparte [...] mentre l'interesse negativo atterrebbe all'osservanza ad opera di ciascun contraente di un comportamento diligente volto (non già alla fruizione della prestazione del contratto invalido o non concluso e di ciò che ad essa inerisce, bensì) a non allacciare una trattativa improduttiva e pregiudizievole, perché sfociata in una stipula invalida o perché interrotta”. Tuttavia la conclusione cui giunge l'Autore, sebbene in un'ottica relazionale, è quella qui condivisa, ossia la necessità dell'integrale riparazione del danno sofferto.

³⁷⁶ In questo contesto assume particolare rilievo la già menzionata decisione della Suprema Corte (Cass. 4 luglio 2004, n. 14539, cit., 619 ss.) ove si afferma esplicitamente che l'interesse negativo “tendenzialmente comprende l'integrale risarcimento del danno sofferto dal contraente ignaro e può venire in rilievo sia sotto il profilo del danno emergente (consistente nelle spese sopportate nel corso delle trattative) sia sotto il profilo del lucro cessante (perdite sofferte dal contraente per la mancata conclusione di altre trattative dalle quali è stato distolto)”. Favorevole a questa impostazione in questo senso anche C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 174 ss., per il quale “la risarcibilità del danno nei limiti dell'interesse negativo non rappresenta un'eccezionale limitazione della pretesa risarcitoria”, poiché “anche in tema di responsabilità precontrattuale il danneggiato ha pur sempre diritto all'integrale risarcimento del danno sofferto” in relazione alla “lesione della sua libertà negoziale” nonché “alla perdita di favorevoli occasioni contrattuali” (*ivi*, 176). Per una corretta comprensione del valore e della portata del suddetto principio nell'ambito dell'ordinamento, cfr. G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli 2012, 170 ss., il quale sottolinea che alla base della necessità di riparare integralmente il danno vi è un “elementare principio di giustizia”, che trova riscontro sia nell'art. 3 sia nell'art. 24 Cost., in quanto l'effettività della tutela giurisdizionale sarebbe seriamente messa a repentaglio ove l'ordinamento non solo non fosse in grado di assicurare l'accesso alla stessa, ma anche non riuscisse ad approntare mezzi di tutela congrui ed efficaci rispetto ai danni cagionati e ai pregiudizi subiti. L'unica limitazione alla riparazione integrale, proprio perché essa deve garantire soluzioni eque e ragionevoli, e quindi il ricorso a criteri di determinazione del danno risarcibile diversi, si ravvisa ogni volta che “l'applicazione di detta regola sia fonte di arbitri e iniquità”.

riparazione del danno³⁷⁷; la seconda si sostanzia, invece, nella convinzione che i criteri per la quantificazione del danno *ex art. 1337 c.c.* siano i normali criteri previsti dal legislatore tanto per la responsabilità contrattuale quanto per quella delittuale; la terza, infine, coincide con il riconoscimento della possibilità concreta che la quantificazione dell'interesse negativo superi l'interesse positivo³⁷⁸.

La mancata formalizzazione del contratto di compravendita per fatto imputabile al potenziale acquirente ovvero al potenziale venditore costituisce dunque un'ipotesi di *culpa in contrahendo* per rottura ingiustificata della trattativa che è titolo, in favore della parte diligente, per domandare il risarcimento del danno precontrattuale nelle due voci del danno emergente e del lucro cessante, al fine di ristorare la parte non inadempiente del pregiudizio sofferto nella sua integralità³⁷⁹.

³⁷⁷ Secondo P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 502, ciò non risponde solo al buon senso, ma pure a ragioni giuseconomiche, perché la mancata integrale riparazione del danno potrebbe “dar adito a sacche di inefficienza nel sistema, vale a dire a esternalità negative; fenomeno che si realizza ogni volta che non ha luogo una internalizzazione integrale del costo dei danni”.

³⁷⁸ Basta ricorrere a un semplice esempio per comprendere come ciò possa verificarsi nella prassi: si pensi a un professionista che inizi una fase di trattativa per l'ottenimento di un particolare incarico e che sostenga spese per un valore pari a 100, mentre il profitto sperato sarebbe pari a 300. Durante la contrattazione, il professionista trascura un'altra opportunità che gli avrebbe fruttato 400. In una simile ipotesi, applicando i parametri di cui normalmente si serve la giurisprudenza, l'interesse positivo sarebbe pari a 300, mentre l'interesse negativo equivalente a 500 (100 di spese e 400 per il diverso incarico): ciò dimostra che il risarcimento a titolo di interesse negativo può essere superiore a quello ottenibile a titolo di interesse positivo (cfr. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., 493). Coglie lo stesso aspetto anche P. PARDOLESI, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale: di paradossi e diacronie*, in *Foro it.*, 2004, I, 3010 ss., il quale riconosce che se ci si limitasse a un'analisi *ex ante* della quantificazione del danno da affidamento, sotto un profilo strettamente razionale e gius-economico, il *quantum* risarcibile non potrà mai essere superiore all'interesse positivo; se si abbandona questa prospettiva, tuttavia, ci si accorge che “la realtà transita attraverso il dipanarsi in fatto del fenomeno contrattuale, dal delinearci del progetto di autonomia sino al rapporto e alla sua eventuale patologia, che approda alla definizione contenziosa attraverso la valutazione del giudice, il quale, all'atto della decisione, disporrà del senno del poi”. Lo sfasamento diacronico tra il prima e il dopo e, quindi, la diversa tempistica di rilevazione del danno, consentono così al giudice di giungere a soluzioni che, nel caso concreto, stabiliscano l'entità dell'interesse negativo fino a farlo coincidere o addirittura superare l'interesse positivo.

³⁷⁹ Si veda in proposito la decisione del Tribunale di Livorno che, in seguito al rifiuto ingiustificato da parte del soggetto individuato come compratore di sottoscrivere il compromesso di vendita, in seguito del raggiungimento di un accordo meramente verbale, ha ritenuto risarcibile il danno per lucro cessante costituito dal mancato guadagno che il venditore avrebbe conseguito rinnovando per l'anno successivo il contratto di noleggio della nave (Trib. Livorno, 30 aprile 1986, *Dir. mar.*, 351).

CAPITOLO III – UNO SGUARDO COMPARATISTICO

Sommario: 1. Le ragioni della comparazione - 2. La fattispecie della caparra nel diritto francese - 3. Il sistema di *common law* - 4. La caparra confirmatoria nello spazio giuridico europeo, tra regole formali, clausole generali e tentativi di armonizzazione

1. Le ragioni della comparazione

Prima di procedere con l'analisi degli ordinamenti stranieri e dei loro istituti, ritrovandosi così *in medias res*, si ritiene doveroso inserire una breve premessa sia sulle motivazioni alla base della decisione di compiere uno studio di diritto comparato all'interno del presente lavoro di ricerca, sia sulle ragioni che hanno condotto a individuare il sistema francese e il sistema anglo-americano come termini di confronto. Per quanto concerne il primo profilo, uno dei motivi che giustificano la volontà di adottare un approccio comparatistico nello studio della caparra confirmatoria e, in particolare, del suo elemento formale, nonché del suo rapporto con i contratti richiedenti la forma scritta *ad substantiam*, è sicuramente la curiosità di conoscere quali siano le soluzioni adottate per il medesimo problema in altri ordinamenti. Si tratta, molto semplicemente, della spinta a indagare se tanto in un sistema giuridico per molti aspetti affine a quello italiano, quale quello francese, quanto in un sistema che tradizionalmente presenta notevoli differenze a livello teorico-concettuale, quale quello di *common law*, sia possibile innanzitutto individuare un istituto assimilabile per struttura e funzioni all'art. 1385 c.c. e, quindi, valutare se anche in quegli ordinamenti si siano presentate all'attenzione degli interpreti problematiche analoghe ovvero - sempre con riferimento al tema della caparra confirmatoria e del formalismo negoziale - vi siano altre questioni giuridiche da approfondire, diverse da quelle tradizionalmente affrontate dai commentatori italiani. Questo primo livello, che si potrebbe definire di conoscenza pura, è necessario ma non sufficiente per compiere un procedimento comparatistico nel significato proprio del termine, in quanto l'erudizione, seppur quale *condicio sine qua non* della comparazione giuridica, si rivela sterile se non presenta un obiettivo ulteriore, che possa spingersi al di là della mera conoscenza dei modelli stranieri, consistente nella volontà di comprendere meglio il diritto dello stato di appartenenza, alla luce delle tecniche e degli espedienti offerti dallo studio di ordinamenti stranieri, anche in vista di una possibile unificazione giuridica. Alla “migliore conoscenza dei modelli”³⁸⁰ deve dunque seguire un secondo livello,

³⁸⁰ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, V ed., Torino 1992, 13.

costituito da uno studio delle differenze - “la cui messa in evidenza costituisce il lavoro consueto della comparazione”³⁸¹ - e delle similitudini rilevate in un'ottica dinamica e non statica, che metta in correlazione le diverse soluzioni analizzate e prese in considerazione, senza limitarsi al sistema giuridico di partenza, cosicché il diritto comparato – che nella sua essenza costituisce un'attività giuridica finalizzata alla comparazione tra istituti riconducibili a ordinamenti diversi - non resti limitato alla conoscenza ovvero all'illustrazione di un singolo diritto positivo, come un mero “correttivo metodologico della dogmatica o della esegesi del singolo diritto positivo”³⁸², ma diventi una scienza giuridica autonoma, caratterizzata da peculiari finalità e non resti confinata alla semplice giustapposizione di fattispecie provenienti da diversi sistemi giuridici. Un simile approccio è possibile solo se l'interprete adotti come metodo e guida della propria ricerca scientifica il principio di funzionalità, il quale sta a significare che il procedimento comparatistico può correttamente svolgersi solo qualora, da un parte, gli istituti ovvero le norme poste come oggetto dell'indagine siano in grado di adempiere ad una medesima funzione, ossia rispondano a bisogni ed esigenze analoghi e, dall'altra, le soluzioni tratte dai diversi ordinamenti siano a loro volta idonee a soddisfare un particolare bisogno giuridico, dopo essere state estrapolate dal contesto dogmatico-concettuale di appartenenza³⁸³. Ciò significa che nel momento in cui l'interprete si accinge ad individuare e delimitare il proprio oggetto di ricerca comparatistica deve sempre tenere a mente quali siano i problemi concreti che si pongono alla sua attenzione, al fine di riscontrare se nel diritto straniero si presentino questioni e problematiche simili, finalizzate a rispondere alle medesime esigenze concrete che sono presenti nell'ordinamento di riferimento³⁸⁴.

³⁸¹ C. CASTRONOVO, *Verso un codice europeo: i Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, in *Vita not.*, I, 2004, 25. Secondo la definizione fornita da A. DIURNI – D. HENRICH, *Percorsi europei di diritto privato comparato*, Milano 2006, 12, la comparazione consiste nel cercare di rintracciare le similitudini e di evidenziare le differenze tra due sistemi giuridici in generale quale macrocomparazione, o, come microcomparazione, in relazione a un oggetto unico, sia esso un istituto, una questione giudiziaria, un problema giuridico o una norma”.

³⁸² M. ROTONDI, voce *Diritto comparato*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino 1960, 822, il quale aggiunge: “Quando poi l'indagine comparativa ha oramai acquistato più largo sviluppo, domina più vasto campo di osservazione, dispone di maggior copia di dati e si profila di conseguenza la possibilità di porre e di risolvere nuovi problemi che trascendono il singolo diritto positivo per abbracciare diversi ordinamenti giuridici ed assurgere alla visione dei loro reciproci rapporti e delle leggi che governano il loro sviluppo, allora essa assume carattere e dignità di una autonoma disciplina scientifica”.

³⁸³ Cfr. K. ZWEIGERT- H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 48 ss., i quali affermano che “il principio metodologico di base di tutto il diritto comparato [...] è quello della funzionalità. Non si può effettuare una comparazione tra elementi che di fatto non possono essere comparati. Nel diritto può essere comparato solamente ciò che adempie allo stesso compito, alla stessa funzione. [...] Tale impostazione si basa soprattutto su di una basilare esperienza per ogni comparatista e cioè che ogni società affida al proprio diritto la soluzione di problemi analoghi, ma che i diversi sistemi giuridici risolvono in modo differente anche se, a volte, i risultati sono gli stessi” (*ivi*, 37).

³⁸⁴ In questo senso si veda la riflessione di M. ANCEL, *Utilità e metodi del diritto comparato*.

Se questo è il corretto approccio metodologico da seguire, ne deriva che nei successivi paragrafi del presente capitolo il discorso verrà elaborato e sviluppato proprio partendo da quella che viene solitamente definita “ipotesi di lavoro”³⁸⁵, in conseguenza dell'adozione del suddetto approccio funzionale: in questo caso, il problema concreto da porre al centro del confronto comparatistico e che costituisce il punto d'avvio per ulteriori riflessioni in tal senso è quello relativo alla forma del patto di caparra collegato con un contratto per il quale la legge prescrive la forma scritta *ad substantiam*, in quanto si ritiene che le soluzioni elaborate nell'ambito del diritto italiano siano, per certi aspetti, insoddisfacenti e incomplete, e che possano essere meglio comprese e ulteriormente approfondite alla luce delle ricostruzioni teoriche proposte – con riferimento alla medesima questione - in un sistema giuridico diverso da quello italiano. In questo modo, si comprende chiaramente che lo studio del diritto straniero è finalizzato all'individuazione e al riscontro di soluzioni formulate in relazione al problema giuridico inizialmente posto, al fine di verificare se in relazione a quest'ultimo siano state impiegati altri istituti aventi tuttavia una finalità analoga, ovvero se sia possibile rintracciare proposte analoghe a quelle elaborate per il diritto italiano³⁸⁶.

Per quanto concerne il tema relativo alla scelta dell'ordinamento francese e di quello anglo-americano come parametri di riferimento per l'indagine comparatistica, nonché come oggetto di studio, le motivazioni che ne sono alla base sono molteplici: si deve menzionare, innanzitutto, la conoscenza della lingua dei due sistemi prescelti; in secondo luogo, si è voluto porre a confronto il sistema di *common law* e quello di *civil law* poiché si è ritenuto che potesse essere

Elementi di introduzione generale allo studio comparato dei diritti, Napoli 1974, 96: “Invece di prendere come punto di partenza, in via astratta, la norma, l'istituto, o anche il sistema, si può partire, più concretamente, da una data situazione concreta. Si fisserà l'attenzione allora in maniera precisa sul problema umano e sociale che si pone e se ne cercherà la soluzione in un certo numero di paesi scelti secondo un dato criterio, avuto riguardo soprattutto ai procedimenti attraverso i quali ciascuno di tali paesi giunge a quella soluzione. [...] Si tratta alla fin fine qui della *law in action* e non della *law in the books*. Perciò tale metodo è detto spesso funzionale”.

³⁸⁵ K. ZWEIGERT- H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 36. Con particolare riferimento all'individuazione del tema di ricerca, sempre in un'ottica di tipo funzionale, secondo A. DIURNI – D. HENRICH, *Percorsi europei di diritto privato comparato*, Milano 2006, 11, “l'individuazione del termine da comparare si opera partendo dalla riflessione su una questione giuridica. Posto il problema, si cerca la soluzione in diversi sistemi giuridici. Fondamentale è la comparabilità dei dati giuridici in relazione a quella questione specifica. La comparazione può riguardare l'aspetto strutturale o quello funzionale. Spesso aiuta individuare l'oggetto della ricerca in quell'elemento giuridico che nell'uno come nell'altro ordinamento serve alla medesima funzione”.

³⁸⁶ Come ricorda G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 933, “il diritto comparato può servire a colmare in sede di interpretazione e sviluppo, le lacune del diritto nostrano. Può servire altresì a correggere certe eccessive tendenze al concettualismo, alle generalizzazioni o astrazioni proprie della nostra dottrina [...]; a darci il senso della relatività di moltissimi dei suoi concetti e quindi il senso del problema storico o concreto; anzi, addirittura a farci scoprire problemi pur vivi, ma ignorati dal concettualista o a meglio porli (eccitamento alla problematica). *Last but not least*, può servire come incitamento a studiare la nostra storia giuridica”.

interessante individuare le peculiarità relative al formalismo negoziale della caparra confirmatoria analizzando due sistemi storicamente e giuridicamente assai diversi e distanti, per quanto concerne in particolare la struttura e l'elaborazione delle categorie, il ruolo della giurisprudenza, l'atteggiamento dei giuristi nei confronti degli istituti di derivazione straniera, nonché per la diversa influenza esercitata sul diritto italiano. Nonostante quest'ultimo e il diritto francese appartengano come noto alla medesima famiglia – quella romanistica – all'interno dei diritti di *civil law* e nonostante l'indiscutibile e innegabile influenza del *Code Napoléon* sul codice civile italiano in numerosi suoi aspetti, negli ultimi decenni si è registrata una sempre maggiore espansione del sistema anglosassone non solo a livello terminologico e linguistico ma pure a livello dogmatico-concettuale, in quanto istituti di *common law* che un tempo sembravano del tutto estranei all'ordinamento italiano si sono lentamente fatti spazio all'interno di quest'ultimo, venendo dapprima riconosciuti quali figure di diritto straniero e poi persino impiegati in maniera equivalente agli istituti di diritto interno, al punto che al giorno d'oggi si assiste ad un vero e proprio trapianto di questi ultimi nel tessuto giuridico italiano³⁸⁷.

Alla luce di queste brevi ma doverose considerazioni introduttive, si può ora procedere con la comparazione vera e propria, partendo dal diritto francese e dalle sue categorie per tentare di esaminare più a fondo la questione relativa alla forma del patto di caparra e del contratto formale cui essa accede, per poi proseguire la presente ricerca con lo studio del diritto anglo-americano.

³⁸⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla nozione di ragionevolezza propria del *common law* (all'interno del quale svolge il ruolo della buona fede in senso oggettivo), la quale “è entrata a fare parte del patrimonio delle categorie civilistiche del diritto italiano sulla spinta di una pluralità di ragioni, tra cui spicca la commistione tra culture di *civil law* e *common law*, realizzatasi negli ultimi decenni e acuita dal processo di armonizzazione dei diritti nazionali, nel quale la ragionevolezza figura quale con stabilità tra i principi cardine del diritto privato europeo” (F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Milano 2015, 381). Secondo la lucida analisi di S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2012, 13, “l'attuale fortuna del concetto in discorso si giustifica, in primo luogo, per l'influenza del *common law* e quindi può considerarsi un effetto della globalizzazione del diritto”, cui va aggiunta “la frequente utilizzazione del termine nei progetti del codice civile europeo, che in misura crescente rappresentano modelli di regolamentazione per i legislatori nazionali e alimentano il dibattito dei civilisti europei”. Si assiste, inoltre, non solo alla diffusione degli istituti propri del diritto anglosassone ma, sempre con maggior frequenza, alla circolazione del modello nordamericano *tout court*, quale metodo di indagine del mondo giuridico e quale modalità di analisi e di studio delle problematiche giuridiche: tale modello si rivela, infatti, più pragmatico e più sensibile alle decisioni giurisprudenziali, quale conseguenza della internazionalizzazione dei commerci, imponendo così alla dottrina continentale di non solo di non ignorare ma di dover inevitabilmente assorbire e familiarizzare con tali modelli e con la prassi statunitense, nonché con un modo diverso di affrontare le problematiche giuridiche: cfr. V. FRANCESCHELLI, *Diritto privato*, Milano 2015, 38 ss. Nello stesso senso anche la riflessione di C. CASTRONOVO, *Verso un codice europeo*, cit., 27, il quale, partendo dall'osservazione della diffusione del concetto di ragionevolezza e del suo recente recepimento nel codice olandese, giunge alla conclusione che “la tendenza a un diritto uniforme è un'esigenza e un modo di manifestarsi della globalizzazione”.

2. La fattispecie della caparra confirmatoria nel diritto francese

2.1 Inquadramento normativo

Nell'impianto del *Code civil* il dato positivo di riferimento per la comprensione dell'istituto della caparra confirmatoria è rappresentato dall'art. 1590, che dispone: «*Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données en les perdant, et celui qui les a reçues en restituant le double*»; e dall'art. 1715, ai sensi del quale «*Si le bail fait sans écrit n'a encore reçue exécution et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins quelque modique qu'en soit le prix et quoiqu'eun alleègue qu'il y a eu des arrhes données*». Si nota subito come in realtà nessuna delle due norme – a differenza del codice civile italiano - fornisca la definizione di caparra confirmatoria ma si limitino entrambe a descriverne il meccanismo operativo in relazione, da un lato, alla promessa di vendita, disciplinata dall'art. 1589 del *Code civil* e, dall'altro, al contratto di locazione concluso senza il rispetto dell'obbligo della forma scritta. È stato così compito della dottrina francese fornire un'astrazione dell'istituto, stabilendo in termini generali che la caparra consiste in una somma di denaro ovvero in un oggetto consegnato da una parte all'altra al momento della conclusione definitiva del contratto³⁸⁸; una definizione più approfondita, proposta da altri Autori, ha inoltre consentito di coglierne anche le differenti funzioni, precisando che la somma di denaro ovvero il bene mobile possono sia permettere alle parti di sciogliersi mutualmente dal contratto; sia fornire la prova della conclusione del contratto; sia, infine, costituire un acconto sul prezzo³⁸⁹. Si comprende subito che anche per il diritto francese la caparra è idonea a svolgere una pluralità di compiti, riconducibili sostanzialmente a due macro aree: da una parte, quella relativa alla funzione confirmatoria (in grado di comprendere la funzione di prova e di acconto), dall'altra, quella afferente alla

³⁸⁸ Cfr. *Traité pratique de droit civil français*, t. 10, *Les contrats civils*, 1932, LGDJ, n. 208.

³⁸⁹ Cfr. *Vocabulaire juridique* Capitant, Parigi 1930, «Arrhes»: “*Somme d'argent ou toute autre chose mobilière remise au moment de la conclusion d'un contrat par l'une des parties à l'autre, soit: 1° pour permettre aux parties qui n'ont pas entendue se lier définitivement par le contrat de retirer mutuellement leur adhésion (moyen de dédit) [...]; 2° pour marquer, au contraire, la conclusion ferme du contrat (moyen de preuve). Par exception, l'article 1715 C. civ. spécifie que les arrhes ne prouvent pas la conclusion de la location verbale; 3° par extension, pour tenir d'acompte sur le prix [...]*”. Nello stesso senso anche J. REDOUIN, *Les arrhes en droit français*, cit., 19, per il quale “*les Arrhes consistent en une somme d'argent ou un objet quelconque remis lors de la conclusion d'un contrat par l'une des parties à l'autre, dans un but de preuve, d'acompte ou de dédit*”.

finalità risolutiva³⁹⁰. Una tale “*ambivalence fonctionnelle des arrhes*”³⁹¹ - analogamente a quanto si è avuto modo di osservare con riferimento all'art. 1385 c.c. parlando di causa ibrida ed eclettica della convenzione di caparra - può evidentemente essere foriera di dubbi interpretativi e di sovrapposizioni con altre figure affini dell'ordinamento francese quali l'acconto, la clausola risolutiva e la clausola penale (anche in questo caso, in maniera del tutto simile a quanto registrato per l'ordinamento italiano); rischi per la verità evitabili solo attraverso un approfondito esame delle diverse funzioni summenzionate, riprendendo l'analisi compiuta nel capitolo precedente con riferimento all'elemento causale della caparra confirmatoria.

Iniziando con l'esame della finalità confirmatoria, si è anticipato che questa racchiude in sé sia l'antica e risalente funzione probatoria vera e propria, sia quella di acconto sul prezzo. Per quanto concerne la seconda, si deve notare che spesso può essere difficile tracciare in maniera netta la linea di demarcazione tra convenzione di caparra e acconto, in conseguenza del fatto che entrambe le figure costituiscono pagamenti anticipati³⁹²; a un esame più approfondito, si scorge tuttavia che la differenza rilevante risiede in un'ulteriore caratteristica propria solo della prima, ossia la *faculté de dédit*, la quale è invece del tutto assente nell'acconto³⁹³. Premesso che la scelta se qualificare il versamento di una somma di denaro come l'una o l'altro dipende dalla volontà delle parti e che quest'ultima deve essere, da un parte, espressamente manifestata dalle stesse, di modo che il giudice ad essa si attenga rigorosamente e, dall'altra, in assenza di una tale chiara comune intenzione, ricostruita dall'interprete, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto ovvero degli usi³⁹⁴, la giurisprudenza considera le somme versate

³⁹⁰ Ciò emerge anche dalla più moderna definizione dell'istituto, in forza del quale con il termine caparra si indica “*une somme d'argent (ou autre chose mobilière) qui, remise par une parti contractante à l'autre en garantie de l'exécution d'un marché conclu (secondairement pour preuve de l'accord) est destinée soit à s'imputer sur le prix, comme acompte, en cas d'exécution, soit (dans le cas où le versement d'arrhes vaut moyen de dédit) à être perdue par celui qui l'a versée, s'il se départit de l'opération ou à lui être restituée au double par l'autre, si le dédit vien de son fait*” (G. CORNU, «Arrhes», *Vocabulaire juridique Capitant*, VII ed., Parigi 2007).

³⁹¹ J. DJOUDI, «Arrhes», in *Répertoire de droit civil Dalloz*, Parigi 2008, 2.

³⁹² Le *arrhes-acompte* sono infatti definite come “*un paiement, une exécution de l'obligation*” e la somma versata va imputata al prezzo, di modo che “*celui qui l'a versée n'est plus débiteur que du solde*” (J. REDOUIN, *Les arrhes en droit français*, cit., 186).

³⁹³ Come sottolinea chiaramente J. DJOUDI, «Arrhes», cit., 3, “*tandis que l'acompte exprime une volonté d'engagement et une aptitude à exécuter le contrat, les arrhes relèvent plutôt une volonté en réflexion, en attente de s'engager ou de se départir: l'acompte est un commencement d'exécution alors que les arrhes représentent une exécution conditionnelle. D'où l'importance de leur différence et des règles qui les distinguent*”. Così anche H. MAZEAUD – L. MAZEAUD – J. MAZEAUD – F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Principaux Contrats: vente et échange*, III, 2, VII ed., Parigi 1979, 88: “*L'acompte est, en effet, une fraction du prix, fraction généralement payable dès la formation du contrat avant la livraison; en versant une compte, l'acheteur exécute le contrat*”.

³⁹⁴ La giurisprudenza francese è solita affermare due distinti principi: il primo, che può essere

come dei semplici acconti (*a fortiori* se la somma versata è consistente)³⁹⁵ solo in assenza di un'espressa volontà in senso contrario, e ciò sulla scorta del principio generale per il quale una volta che sia stato dato il proprio consenso alla stipulazione di un contratto, questo è irrevocabile³⁹⁶. Ne consegue che ogni deroga al principio fondamentale della irrevocabilità del contratto deve essere oggetto di una stretta interpretazione, unicamente in presenza di una chiara e inequivoca manifestazione in tal senso³⁹⁷.

Tale prospettiva si mostra del tutto rovesciata nell'ambito del diritto dei consumatori, dove, al contrario – nell'ottica di offrire una maggiore tutela alla parte ritenuta contrattualmente più debole – la legge n. 92-60 del 18 gennaio 1992 (trasfusa nel *Code de la consommation*, art. L. 114-1, co. 4) ha stabilito la presunzione inversa, prevedendo che nei contratti di vendita di beni mobili superiori al valore di 500 Euro senza consegna immediata le somme pagate anticipatamente debbano sempre considerarsi come caparre (e, conseguentemente, sia accordato il diritto di recesso), «*sauf stipulation contraire du contrat*», che potrà risultare, ad esempio, dall'impiego del termine *acompte* nel regolamento contrattuale³⁹⁸.

espresso come il dovere del giudice di rispettare la volontà delle parti e di non snaturare la convenzione dei contraenti (Cass. 1ère civ., 23 mars 1966, in *Bull. Civ.* 1966 I, n. 210); il secondo, che invece rivaluta il potere di valutazione discrezionale dell'organo giudicante nella individuazione di una facoltà di recesso in funzione delle circostanze oggettive e degli elementi di causa (Cass. 1ère civ., 16 juillet 1956, in *Bull. civ. I*, n. 312), al punto da potersi discostare dalla qualificazione impiegata dalle parti, nel caso in cui queste abbiano impiegato l'espressione acconto e ciò sia in contrasto con l'economia del regolamento contrattuale (Cass. 2ème civ., 27 décembre 1963, in *Bull. civ. I*, n. 574). Vedi sul tema anche J. DJOUDI, «*Arrhes*», cit., 4: “*Cette approche concrète, qui chasse toute méthode de qualification systématique de la somme versée en arrhes ou acompte, permet d'appréhender davantage la volonté réelle des parties et de connaître leur véritable bût*”.

³⁹⁵ Cfr. J. REDOUIN, *Les arrhes en droit français*, cit., 110: “*Si la couverture remise à l'agent de change représentent 75 ou 80% du montant de l'opération, cela ne lui retire pas le caractère d'arrhes, mais cela signifie que la garantie fournie est plus forte. La meilleure garantie n'est pas d'être payé comptant*”

³⁹⁶ Cfr. M. MIGNOT, *Promesse de vente avec arrhes*, in *JuriClasseur 2010*, 15.

³⁹⁷ CA Rouen, 19 juin 1991, in *RJDA* 1991, n. 376: “*Les sommes versées par l'une des parties avant la signature de l'acte authentique doivent en principe être considérées comme des actes d'exécution du contrat, c'est-à-dire le paiement d'un acompte; pour qu'elles constituent le prix d'une faculté de dédit, il faut que les parties aient exprimé un intention positive en ce sens*”.

³⁹⁸ Cfr. P. MALAURIE – L. AYNÈS – P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, VI ed., LGDJ, 2013, 587. In proposito nota A. TRICLIN, *La renaissance des arrhes (Analyse de l'article 3, alinéa 4, de la loi n. 92-60 du 18 janvier 1992)*, in *La semaine juridique Edition Générale n. 3, 19 janvier 1994*, 4 ss., “*que le législateur ait entendue prendre le contre-pied de l'interprétation de l'article 1590 du Code civil où le texte ne s'appliquant pas d'office, la jurisprudence exige une manifestation positive de volonté*”. Emerge, dunque, dal dettato legislativo, la chiara intenzione di sanzionare – attraverso il ricorso allo strumento della caparra e della connessa facoltà di recesso - il comportamento non diligente del professionista, che non adempia correttamente alle proprie obbligazioni. *Contra*, v. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil, sous la direction de J. GHESTIN*, Parigi 1996, 120, il quale dubita che tale previsione sia davvero favorevole al consumatore in quanto, “*en autorisant le professionnel a se dégager, il rend l'existence du contrat aléatoire pour le client dans toutes les hypothèses, qui sont les plus nombreuses, où le versement d'un acompte lui est demandé. Il aurait été préférable de ne prévoir de faculté de dédit que pour le consommateur*”.

Passando ora all'esame della funzione probatoria, è necessario premettere che questa, nell'attuale diritto francese, ricopre un ruolo decisamente marginale, sia a causa dell'affermazione del principio consensualistico³⁹⁹ – che rende superfluo, ai fini della conclusione del contratto, un ulteriore segno esteriore che attesti il vincolo assunto – sia per la grande diffusione dell'impiego della forma scritta come mezzo di prova predisposto dalle parti al momento perfezionativo del negozio. Nella tradizione del diritto francese la principale figura di caparra con funzione di prova era il già menzionato *Denier à Dieu*⁴⁰⁰, spesso di valore irrisorio o esiguo, che si riallacciava direttamente all'antica funzione probatoria rivestita dall'istituto al tempo del diritto romano, dove era precisamente denominato *argumentum emptionis et venditionis contractae*. Nel panorama del diritto attuale, l'uso della caparra con funzione probatoria si riduce, in primo luogo, a quei casi eccezionali nei quali i contraenti si siano trovati nell'impossibilità morale o materiale di redigere in forma scritta l'intesa raggiunta ovvero di procurarsi la prova scritta dell'atto (art. 1348 del *Code civil* secondo la vecchia numerazione, ora art. 1358 del *Code Civil*)⁴⁰¹; secondariamente, si può ricorrere alla caparra con riferimento agli atti, di esiguo valore, che non rientrano nel divieto di ricorrere alla prova testimoniale di cui all'art. 1341 del *Code civil* (art. 1359, per la nuova numerazione) e, infine, il già citato art. 1715 del *Code civil*, che vieta espressamente l'impiego delle *arrhes* per dimostrare la sussistenza di un *bail verbal*, ossia un contratto di locazione stipulato verbalmente.

Un ruolo decisamente di primaria importanza è invece rivestito dalla caparra avente funzione risolutoria, quale espressa dall'art. 1590 del *Code civil*⁴⁰²: in questo caso il versamento della somma attribuisce a ciascuna delle parti (sia al *tradens* sia all'*accipiens*) un vero e proprio diritto di ripensamento in relazione al vincolo giuridico da assumersi (nella promessa di vendita) ovvero già assunto (nel contratto di vendita perfezionato) e, allo stesso tempo, costituisce il risarcimento in via

³⁹⁹ Il principio consensualistico non venne consacrato espressamente all'interno del *Code civil*, forse perché i redattori lo ritenevano così acquisito al sistema del diritto francese che ritennero superfluo renderlo oggetto di una specifica definizione; esso veniva dedotto implicitamente dall'art. 1134, in forza del quale il trasferimento della proprietà risulta «*du seul consentement des parties contractants*». A seguito della recente riforma del diritto dei contratti del 2016, al contrario, l'art. 1109 del *Code civil*, nella sua nuova formulazione, ne fornisce una chiara nozione: «*Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression*».

⁴⁰⁰ Di cui si è già avuto modo di parlare nel Capitolo I: v. *supra* p. 17, nt. 50.

⁴⁰¹ Cfr. J. REDOUIN, *Les arrhes en droit français*, cit., 24.

⁴⁰² Secondo C. AUBRY – C. RAU, *Droit civil français*, VI ed., par P. Esmien, Parigi 1961, 20, nt. 37, l'art. 1590 contiene il riferimento alla caparra propriamente detta – *arrha quae ad jus poenitendi pertinet* – da non confondersi con la caparra (chiamata anche *denier à Dieu*) versata come segno della conclusione definitiva del contratto – *arrha in signum consensum interposita data*.

preventiva e forfettaria del pregiudizio sofferto dalla controparte che non solo vede frustrato il proprio interesse alla conclusione o all'adempimento del contratto, ma pure ha dovuto sostenere spese e costi rivelatisi poi inutili e ha perso il proprio tempo per una trattativa contrattuale poi dimostratasi del tutto infruttuosa⁴⁰³. Per usare un'espressione efficace, si afferma correttamente che “*les arrhes constituent le prix du droit de repentir*” in quanto, attraverso la convenzione di caparra, le parti concordemente stabiliscono *ex ante* un valore – nella quasi totalità delle ipotesi – monetario che sia in grado di assicurare il diritto di recesso e, specularmente, di indennizzare l'altro contraente del pregiudizio sofferto. Il contesto normativo all'interno del quale sono ammesse *les arrhes* è quello della *promesse de vente* (come emerge dal disposto dell'art. 1590 del *Code civil*) ma tale ristretto ambito di efficacia è stato esteso per analogia da parte della dottrina e della giurisprudenza anche ai contratti già perfezionati, in forza del principio espresso dall'art. 1589 del *Code civil* in forza del quale la promessa sinallagmatica di vendita è equiparata alla vendita⁴⁰⁴: sulla scorta di una tale equiparazione a livello sistematico tra promessa e contratto definitivo, non si vede quale ostacolo giuridico possa opporsi all'applicazione della norma dell'art. 1590 del *Code civil* anche ai contratti di vendita definitivi, considerando che ne deriverebbe – in maniera del tutto illogica – un diverso regime dell'unico istituto della caparra⁴⁰⁵.

Alla luce di queste brevi considerazioni iniziali si può dunque già affermare che l'istituto delle *arrhes* – nelle ipotesi in cui abbiamo una funzione risolutoria – sia una *species* nel più ampio *genus* rappresentato dalla *clause de dédit*, nel senso che il diritto francese (in maniera analoga all'ordinamento italiano) conosce lo *jus poenitendi* quale strumento concesso alle parti, in determinati casi, per esercitare un vero e proprio diritto di recesso rispetto al vincolo giuridico già assunto, con conseguente risoluzione unilaterale *ex tunc* del contratto. Esso si situa nella fase di formazione del contratto e nulla ha a che vedere con la fase di esecuzione del

⁴⁰³ Come chiaramente indica J. REDOUIN, *Les arrhes en droit français*, cit., 34, “*lorsqu'un des contractants se retire, il abandonne à l'autre le montant des arrhes pour le dédommager du préjudice qui lui cause l'inexécution. En effet, la conclusion du contrat a entraîné des démarches, des frais, une perte de temps, peut-être une meilleure opération a-t-elle été manquée, il serait injuste que celui qui subit le refus de son partenaire ne soit pas dédommagé*”.

⁴⁰⁴ In questo senso, M. PLANIOL – B. RIPERT, *Contrats civils, in Traité pratique de droit civil*, 10, II, Parigi 1932, 183 ss.

⁴⁰⁵ La dottrina che si era opposta a tale estensione muoveva dalla considerazione che non sarebbe giuridicamente accettabile l'attribuzione di una facoltà di recesso in relazione a un *contrat définitif*, pena lo stravolgimento del principio della forza obbligatoria del contratto. La giurisprudenza, tuttavia, ha affermato che l'art. 1590 si applica tanto alla promessa di vendita quanto alla vendita (cfr. Cass. req. 26 déc. 1927, DP 1928. 1. 166) e, pertanto, si dimostra “*sans intérêt de rechercher si les actes litigeux constituent une simple promesse de vente ou présentent les caractères d'une vente. Il appartient seulement au juge de déterminer si les parties ont entendue s'engager de manière irrévocable*” (CA Paris, 2 mars 1964, D. 1965, somm. 34).

medesimo, proprio perché con il diritto di recesso si incide sul consenso in precedenza manifestato e, quindi, sull'esistenza stessa del contratto⁴⁰⁶. Talora la *faculté de dédit* è espressamente attribuita dal legislatore (come nel caso del diritto d'autore, nell'ipotesi in cui il titolare del diritto lo abbia ceduto ai fini del suo impiego da parte di terzi), talora sono le parti che, nell'ambito della loro autonomia, decidono di concedersi reciprocamente ovvero di concedere unilateralmente tale diritto, proprio attraverso la stipulazione di una *clause de dédit* all'interno del regolamento contrattuale⁴⁰⁷. Non è difficile comprendere, pertanto, che tra quest'ultima e la *convention d'arrhes* esiste quella che è stata definita una “*parité profonde*”⁴⁰⁸ a livello giuridico, nonostante sia diverso il momento costitutivo (in un caso, al momento dell'esercizio del recesso, nell'altro al momento della conclusione del contratto), in quanto, sotto un profilo funzionale e teleologico, entrambe le figure perseguono lo stesso scopo, ossia, da un lato, garantire il diritto di recedere dalla promessa assunta e, dall'altro, indennizzare in maniera preventiva e forfettaria la parte diligente che vede frustrato il proprio interesse contrattuale a causa della risoluzione unilaterale di controparte.

2.2 La struttura della *convention d'arrhes*

Si tratta ora di esaminare l'aspetto relativo alla struttura che assume la caparra all'interno dell'ordinamento francese, per sottolineare eventuali differenze e analogie rispetto alla fattispecie di cui all'art. 1385 c.c., senza dimenticare che il codice del 1942 aveva quale modello di riferimento (accanto al rigoroso impianto dogmatico-concettuale delineato dal BGB) proprio il sistema francese e, con esso, i suoi istituti. Come è facilmente intuibile dalla stessa locuzione *convention d'arrhes*, la caparra viene concepita come un contratto sinallagmatico, a titolo

⁴⁰⁶ Come indica chiaramente M. MIGNOT, *Promesse de vente avec arrhes*, cit., 4 ss., “*le dédit constitue une exception à l'irrevocabilité du consentement donné. Le dédit est précisément une convention dont l'objet est de retirer au consentement son caractère irrévocable. [...] En principe, aucun retour en arrière n'est possible: le consentement donné l'est définitivement. Ce principe peut être rattaché à l'exigence de cohérence ou de rationalité du contractant ou encore à la sécurité juridique. Le dédit est une exception à ce principe fondamental du droit des contrats*”.

⁴⁰⁷ Sul punto, cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 4, Parigi 1995, 198, che, con riferimento alla natura irrevocabile del contratto, afferma che questa “*est acquise dès l'instant où, par la rencontre des consentements, la convention est formée. Par exception, cependant, il arrive que les engagements pris ne soient pas définitifs tout de suite, et que, dans une première période, plus ou moins brève, chacune des parties, ou l'une d'entre elles, quoiqu'elle soit déjà entrée dans le contrat, puisse y renoncer*”.

⁴⁰⁸ C. BIQUEZ, *La promesse de vente de fonds de commerce*, Le Havre 1958, 46 ss., che aggiunge: “*En réalité, la clause d'arrhes et la clause de dédit jouent un double rôle identique. L'une et l'autre permettent l'inexécution de la promesse de vente grâce à la faculté de dédit qu'elles contiennent toutes deux et affacent le préjudice causé par cette inexécution, grâce au versement par la partie qui se ravise d'une somme d'argent plus ou moins considérable fixée à un montant forfaitaire et irréductible*”.

oneroso, accessorio e di natura consensuale, avente per oggetto il diritto di recesso dal contratto principale cui accede; non è un caso, infatti, che sia anche impiegata l'espressione “*contrat de dédit*”⁴⁰⁹, proprio a significare sia la natura negoziale della fattispecie, sia la rilevanza della facoltà di sciogliersi unilateralmente dal vincolo assunto. Il carattere consensuale dell'accordo di caparra non è stato sempre pacifico, in quanto la dottrina più risalente ne aveva sostenuto la natura reale, considerando la *datio* come elemento perfezionativo dello stesso⁴¹⁰. Questa impostazione è stata successivamente contestata da parte di taluni Autori i quali, in conseguenza di un approccio rigorosamente fedele al dogma del principio consensualistico, erano giunti persino a dubitare dell'importanza e della validità della categoria dei contratti reali, ritenendola un mero retaggio storico e un'inutile complicazione concettuale, destinata all'estinzione⁴¹¹. Seguendo l'impostazione fatta propria da questa parte di dottrina, la consegna della cosa, lungi dal costituire l'elemento centrale, necessario e imprescindibile per il perfezionamento del contratto, sarebbe, in realtà, un mero atto esecutivo di un contratto sinallagmatico con funzione preparatoria rispetto al contratto reale vero e proprio⁴¹². Ammettendo la categoria dei contratti reali, insomma, si finirebbe per confondere l'esecuzione e la conclusione del contratto, in quanto quest'ultimo, per il suo perfezionamento, necessita unicamente dell'incontro delle volontà tra i paciscenti e, di conseguenza, la *traditio* della cosa rappresenterebbe la semplice conferma dell'accordo già raggiunto⁴¹³. Una tale

⁴⁰⁹ M. MIGNOT, *Promesse de vente avec arrhes*, cit., 5.

⁴¹⁰ Questa la posizione di G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *Della vendita e della permuta*, cit., 67: “La tradizione effettiva della caparra è necessaria perché l'art. 1590 sia applicabile. Se una promessa di vendita fosse fatta con promessa di dare caparra, sarebbe una convenzione differente, che senza dubbio non sarebbe illecita, ma i cui effetti non potrebbero essere se non quelli che risultano dalla convenzione medesima”.

⁴¹¹ Cfr. M. MIGNOT, *Promesse de vente avec arrhes*, cit., 6 (con particolare riferimento alla natura reale o consensuale del patto di caparra): “*D'une façon générale, la catégorie des contrats réels est en voi d'extinction, ce qui peut s'expliquer en partie par l'archaïsme de son mode de formation. Le contrat n'est pas intrinsèquement réel puisqu'il ne l'est que pour la partie qui remet les arrhes. L'autre, celle qui le reçoit, ne verse aucune somme d'argent et est obligée par l'effet du consentement de parties à restituer la somme reçue et une somme d'un même montant si elle exerce le dédit au lieu de le subir*”.

⁴¹² H. MAZEAUD – L. MAZEAUD - J. MAZEAUD – F. CHABAS, *Obligations: Théorie générale*, in *Leçons de droit civil*, II, 1, VII ed. a cura di F. Chabas, Parigi, 57 ss., per i quali l'inserimento della categoria dei contratti reali nel *Code Napoléon* da parte dei suoi redattori rappresentò più un omaggio alla tradizione del diritto romano e dell'antico diritto francese piuttosto che una consapevole scelta giuridico-dogmatica, al punto che gli Autori si interrogavano del mantenimento di “*de ces témoins de l'archaïsme juridique*” all'interno del codice civile (*ivi*, 69).

⁴¹³ Cfr. J. REDOUIN, *Les arrhes en droit français*, cit., 118 ss., in particolare 120: “*Le contrat d'arrhes e sforme par la simple convention. Le parties tombent d'accord pour pour se verser des arrhes, cela suffit, toute autre formalité serait superflue et n'ajouterait rien au contrat. Il ne faut pas dire que celui qui ha reçu des arrhes ne sera pas obligé à les rendre au double que lorsque son contractant lui en aura fait le versement. Son obligation est née dès le moment où il a accepté de recevoir des arrhes en dehors de tout versement, c'est à dire en d'autres termes quand le contrat s'est formé. La remise d'arrhes ne constituera que l'exécution de l'obligation de l'autre partie. La séparation est donc très nette: d'une part, formation du contrat avec naissance corrélatrice de*

ricostruzione, tuttavia, non è andata esente da critiche, in parte perché troppo legata al consensualismo e figlia di un'epoca in cui “*l'individualisme était roi*”⁴¹⁴, in parte perché miope di fronte alla prassi degli scambi commerciali, nei quali il frequente ricorso ai diversi tipi contrattuali aventi natura reale ne ha dimostrato e confermato l'importanza e l'utilità, come schema alternativo rispetto ai contratti consensuali⁴¹⁵. La giurisprudenza, dal canto suo, ha percorso la strada segnata dalla dottrina dominante, ammettendo che un patto di caparra possa validamente costituirsi anche in assenza dell'avvenuto versamento della somma di denaro dal *tradens* all'*accipiens* e quindi in forza del mero consenso manifestato nel senso di voler addivenire alla stipulazione di una *convention d'arrhes*⁴¹⁶. A differenza del dibattito sviluppatosi tra i commentatori italiani relativamente alla possibilità di concepire una variante consensuale dei contratti reali (e, segnatamente, della convenzione di caparra), che per un considerevole periodo di tempo era sembrata una contraddizione in termini mentre ora è pacificamente ammessa dalla maggior parte degli autori⁴¹⁷, i giuristi francesi non si sono posti alcun problema in questi termini (sempre a causa della rigida osservanza del principio consensualistico), proponendo addirittura un definitivo superamento e abbandono della categoria dei contratti reali; cosa che non è ancora avvenuta, forse anche grazie all'intervento di altre autorevole voci che, al contrario, hanno continuato a sottolineare l'importanza – non solo da un punto di vista teorico ma soprattutto pratico – di una tale tipologia negoziale, che non va considerata come una mera costruzione concettuale ma che si dimostra pienamente rispondente agli interessi delle parti, in quanto la presenza dell'elemento materiale, con tutta la sua concretezza, concorre a soddisfare a

l'obligation pour l'un de verser une certaine somme, pour l'autre de restituer dans un cas déterminé le double de cette somme; d'autre part, exécution de ce contrat, une des parties, verse effectivement les arrhes convenues”.

⁴¹⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., § 93, il quale sottolinea come la regola del consensualismo “*a été conçue en faveur des individus, pour qui elle signifie rapidité, économie et surtout liberté – non en faveur de la société, qui, au contraire, peut avoir intérêt à exiger une certaine extériorisation des contrats, parce que leur immatérialité les rendrait insaisissable à son contrôle et à sa mémoire*”.

⁴¹⁵ Si vedano le parole di J. GHESTIN, *La formation du contrat*, in *Traité de droit civil*, III ed., Parigi 1993, 419, per il quale “*la catégorie des contrats réels traduit l'importance du déplacement de valeur et exprime une conception moins intellectuelle, plus concrète, et par là plus vraie, des relations contractuelles*”. E aggiunge: “*La pratique si courante des arrhes, qui visent à matérialiser la conclusion du contrat, traduit, par exemple, cette conception plus concrète des relations contractuelles*” (*ibidem*).

⁴¹⁶ Cfr. Cass. 3ème civ., 15 février 2006, cit.

⁴¹⁷ Cfr. P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., 140 ss., che ammette in via generale la possibilità di un patto consensuale di natura reale, sulla base del principio dell'impegnatività del contratto; così anche M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 33 ss., in particolare 35, il quale ne riconosce la validità e l'efficacia in forza della considerazione che “*la caparra confirmatoria consensuale evita che un contraente possa trarre vantaggio dal proprio comportamento illecito, anziché subirne gli effetti pregiudizievoli, sottraendosi al più rigoroso regime sanzionatorio da essa predisposto e privando contestualmente l'altro della correlativa rafforzata tutela*”.

determinate esigenze che non troverebbero adeguata risposta con l'esclusivo ricorso ai contratti consensuali⁴¹⁸.

Una volta affrontata la questione relativa alla natura consensuale o reale del patto di caparra, si può procedere con l'analisi delle altre caratteristiche tradizionalmente individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In primo luogo, si afferma che il *contrat de dédit* è un contratto sinallagmatico imperfetto, ricorrendo a una categoria propria dell'ordinamento francese (risalente a Pothier), che suddivide i contratti in unilaterali, sinallagmatici e sinallagmatici imperfetti; se è vero, infatti, che la facoltà di recesso è attribuita a entrambe le parti, quella tra esse che decide di rinunciare alla somma versata – pur esercitando un diritto - non riceve direttamente una controprestazione a suo profitto⁴¹⁹. Secondariamente, è solito affermarsi il carattere accessorio della caparra poiché questa, analogamente alla ricostruzione teorica proposta per l'art. 1385 c.c., accede sempre a un contratto principale, che nel diritto francese può essere ricondotto a due diversi tipi negoziali: il primo gruppo è quello costituito dalle varie figure di *avant-contrats* (promessa unilaterale di vendita o di acquisto, promessa sinallagmatica di vendita o di acquisto e contratto preliminare disciplinato dall'art. 216-15 del *Code de la construction et de l'habitation*⁴²⁰); il secondo gruppo dei contratti definiti “di supporto” è rappresentato dai contratti definitivi, nei quali rientrano tutte le altre tipologie contrattuali (quali, *inter alia*, le donazioni, i contratti di prestazioni di

⁴¹⁸ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 419: “*Finalment, une fois admise la validité des avant-contrats par lesquels la volonté aménage, dans la limite de ses pouvoirs, les modalités du contrat, il n'y a guère d'inconvénients pratiques à maintenir la catégorie des contrat réels, qui attire utilement l'attention sur l'importance, dans ces derniers, d'un élément matériel irréductible*”.

⁴¹⁹ Cfr. J. REDOUIN, *Les arrhes en droit français*, cit., 117; M. MIGNOT, *Promesse de vente avec arrhes*, cit., 6.

⁴²⁰ Per quanto concerne in particolar modo il contratto preliminare, si deve precisare la natura del deposito di garanzia, che viene costituito a fronte del versamento dell'acquirente di una somma come corrispettivo dell'obbligazione assunta dal promittente venditore di “tenere bloccato” l'immobile, tanto che lo stesso preliminare è anche definito *contrat de réservation*. La dottrina ha correttamente sottolineato che il deposito non è propriamente una clausola di recesso, della quale può discorrersi solo quando vi sia un impegno assunto in via definitiva e un potere di ripensamento, da esercitarsi posteriormente; nella fattispecie del *compromis*, al contrario, il promittente acquirente può liberarsi del vincolo assunto semplicemente perdendo la somma versata come deposito. Sotto un altro profilo, allora, quest'ultimo è stato avvicinato al diritto di opzione, poiché entrambi rappresentano il prezzo del servizio reso dal venditore, il quale riceve una compensazione monetaria per il vincolo – *lato sensu* - di indisponibilità gravante sul bene (fissata per legge nella misura del 5% del prezzo provvisorio nel caso in cui il contratto definitivo sia essere sottoscritto entro un anno, ovvero nella misura del 2% qualora il contratto definitivo sia sottoscritto dopo il primo anno ma entro il secondo). La soluzione corretta sembra allora quella adottata dalla giurisprudenza, che considera il deposito non come il diritto di ripensamento concesso all'una o all'altra parte bensì come il corrispettivo necessario dell'impegno assunto dal promittente venditore (CA Versailles, 3^{ème} ch., 17 mars 1994, RJDA 1994, n. 1198). In senso parzialmente difforme P. MALAURIE – L. AYNÈS - P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit, 587, per i quali il deposito costituisce prova della serietà dell'impegno assunto dal promittente acquirente e, allo stesso tempo, clausola di recesso: “*le réservant les perdes'il se rétracte, sauf s'il existe une différence importante entre le contrat préliminaire et le contrat définitif* (CCH, art. L. 261-15)”.

servizi, la promessa di locazione e di conferimento in società)⁴²¹. Anche nel diritto francese, pertanto, si ripresenta quell'ambiguità che si è avuto modo di porre in evidenza nel capitolo precedente, in relazione all'analisi della struttura della caparra confirmatoria, del suo elemento causale e del suo rapporto con il contratto principale, seppur in termini parzialmente diversi: l'accessorietà del *contrat de dédit* sembra venir meno in quelle ipotesi in cui quest'ultimo sopravviva nonostante sia venuto meno il c.d. *contrat de support* e, precisamente, quando uno dei contraenti eserciti la facoltà di recesso. In una tale evenienza, infatti, è logica conseguenza che il contratto principale si estingua (in seguito alla sua risoluzione) a causa del ritiro del consenso prestato, mentre il patto di caparra continua ad esistere e a produrre i suoi effetti, consistenti nel rendere definitivo il versamento effettuato dal *tradens* ovvero nell'obbligare l'*accipiens* alla restituzione del *duplum*, qualora sia quest'ultimo ad avvalersi del diritto di recesso⁴²². Nessun dubbio, invece, con riferimento all'eventualità che il contratto di supporto sia nullo, in quanto la nullità travolge immediatamente anche la *convention d'arrhes*; analogamente al diritto italiano, l'esistenza del contratto principale è condizione imprescindibile per la sussistenza della caparra e se il primo venisse meno la seconda perderebbe la propria "*raison d'être*". Come ulteriore e logica conseguenza, sia la giurisprudenza di legittimità sia la giurisprudenza di merito francesi sono ferme nello stabilire che caparra dovrà essere restituita da parte di colui che l'abbia ricevuta⁴²³.

Così brevemente delineata la struttura delle *arrhes* nel diritto francese, è ora necessario procedere con un'analisi più approfondita del sistema della *promesse de vente* (e del suo inquadramento nel più ampio contesto della categoria degli *avant-contrats*), dal momento che, nel diritto francese, la caparra è disciplinata per essere principalmente impiegata in questo specifico ambito: emerge allora una prima differenza rispetto all'impianto del codice civile italiano, dove la fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. si presta ad avere un'applicazione, per così dire, generale - nel senso che non ne viene ristretta la portata a un particolare tipo o schema contrattuale - e ciò è dimostrato dalla lettera della norma, che provvede a delinearne la struttura e il meccanismo di funzionamento, senza alcuna ulteriore

⁴²¹ L'unico limite alla previsione di un diritto di recesso è costituito dalla categoria dei contratti reali perché in questi, come già accennato *supra*, "*l'exécution de l'obligation concernée se confond, en effet, avec la formation même du contrat*" (L. BOYER, *La clause de dédit*, cit., 48). Una volta che il contratto abbia avuto esecuzione non è più logicamente né giuridicamente possibile concedere alcuna *faculté de dédit* alla parte che abbia provveduto alla consegna della cosa.

⁴²² Cfr. M. MIGNOT, *Promesse de vente avec arrhes*, cit., 8.

⁴²³ Cfr., *ex multis*, Cass. 1ère civ., 14 novembre 1972, in *Bull. civ.* 1972, III, n. 605; CA Paris, 16ème ch. A., 12 septembre 2005, AJDI 2005, 906.

limitazione⁴²⁴.

2.3 La vente avec arrhes: la promesse réciproque

La funzione risolutoria della caparra propria del diritto francese si concretizza nell'ambito dei contratti di vendita e, in maniera particolare, con riferimento allo schema della promessa di vendita, che costituisce una *species* all'interno del *genus* dei *contrats préparatoires à la vente*: con quest'ultima espressione si indicano genericamente una serie di negozi tipici della fase precontrattuale aventi la specifica funzione di creare vincoli giuridici durante le trattative e di condizionare la futura conclusione del contratto vero e proprio⁴²⁵. La *promesse unilatérale de vente* ne costituisce la figura principale, ma ad essa si affianca la *promesse synallagmatique de vente* (definita anche *compromis*) e il *contrat préliminaire* (solo parzialmente assimilabile allo schema del contratto preliminare del codice civile italiano)⁴²⁶. In ognuna di queste fattispecie l'istituto

⁴²⁴ L'unico problema che si pone per la caparra di diritto italiano è quello relativo all'apponibilità della stessa ai soli contratti a prestazioni corrispettive (data la natura bilaterale della caparra), mentre si esclude la valida costituzione di un patto di caparra in assenza di un vincolo giuridico, come nel caso di obbligazioni naturali, proposte contrattuali o promesse di matrimonio (cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 28 ss.). Con riferimento alle proposte contrattuali, come si è avuto modo di analizzare *supra* nel Capitolo II, la somma inizialmente versata non può essere qualificata *stricto sensu* come caparra confirmatoria ma è destinata a trasformarsi in tale direzione al momento della conclusione del contratto.

⁴²⁵ Come sottolineano J. GHESTIN – B. DESCHÉ, *La vente*, in *Traité des contrats, sous la direction de Jacques Ghestin*, Parigi 1990, 151 ss., il periodo precontrattuale che si colloca tra l'offerta vera e propria e la conclusione del contratto, e la cui durata e complessità possono variare da caso a caso, si caratterizza per la libertà conservata dalle parti, la quale, tuttavia, può essere volontariamente limitata dalle stesse attraverso la stipulazione di quelle che sono definite *conventions préalables*, dal contenuto più diverso (accordi di riservatezza, intese relative all'ottenimento delle autorizzazioni necessarie ovvero alla fissazione di un termine entro il quale concludere la negoziazione); qualora abbiano direttamente come oggetto la formazione del contratto e costituiscano, dunque, una tappa necessaria verso la stipulazione di questo, vengono definite *promesses de vente* e *autres contrats préparatoires à la vente*. Nello stesso senso anche O. BARRET, *La promesse de vente*, in *Répertoire de droit civil*, 2011, 2, per il quale l'esistenza e l'utilità delle promesse di vendita trovano la propria ragione “*alors que les contractants se sont accordés sur les éléments principaux de la vente, il leur ne apparaît pas souhaitable ou il ne leur pas possible de conclure d'emblée ce contrat de manière définitive. Tantôt, l'un d'entre eux veut mûrir sa décision, pour s'assurer de l'opportunité de l'opération qu'il envisage [...]. Tantôt, les deux parties entendent s'engager dès maintenant et réciproquement en vue d'une vente qui n'est pas immédiatement réalisable [...]*”.

⁴²⁶ Nel sistema del diritto francese la fattispecie del contratto preliminare, introdotta con la legge del 3 gennaio 1967, è prevista esclusivamente nell'ambito del c.d. *secteur protégé* (avente ad oggetto gli immobili in corso di costruzione), come disciplinata dall'art. L.261-15 del *Code de la construction et de l'habitation*; il *contrat de réservation* è un vero e proprio contratto *sui generis*, come ebbe modo di definirlo la Corte di Cassazione il 27 ottobre 1975, diverso e distinto dalla promessa di vendita (cfr. J. GHESTIN – B. DESCHÉ, *La vente*, cit., 204 ss.), sia per il particolare contesto socio-economico che è inteso a regolare, sia per le particolari prescrizioni normative. Si tratta, infatti, di quello che viene definito un “*secteur protégé, c'est à dire celui des logements à usage d'habitations où à usage mixte professionnel et d'habitation*” (J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, cit., 394) al quale consegue l'obbligo di redazione per iscritto del contratto e della riproduzione di un contenuto vincolato previsto *ex ante* dalla legge, come ad esempio la previsione che il deposito di garanzia che venisse versato non può essere maggiore del 5% o del 2% del prezzo convenuto. L'impiego del contratto preliminare all'interno dell'ordinamento francese si mostra, pertanto, decisamente più limitato rispetto all'impiego che ne viene fatto alla luce delle disposizioni

delle *arrhes* assume una fisionomia particolare, modulandosi sulle specifiche caratteristiche dello schema negoziale cui si accompagna, mantenendo tuttavia inalterata la funzione risolutoria, la quale costituisce un vero e proprio *fil rouge* che lega le diverse figure di *avant-contrats*.

Fino al 2016, l'unico schema di promessa espressamente regolato dal *Code civil* era costituito dall'art. 1589 - ossia la promessa sinallagmatica di vendita – che così dispone, al primo comma: «*La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix*». Due considerazioni si rendono necessarie: innanzitutto, come già accennato *supra*, sul piano legislativo vi è una perfetta equiparazione della promessa di vendita alla vendita e ciò comporta, pertanto, una identità di effetti tra le due figure (in particolare, per quanto concerne il trasferimento della proprietà e il passaggio del rischio)⁴²⁷. La norma esprime chiaramente il principio *promesse de vente vaut vente* e la dottrina maggioritaria ritiene che una tale formulazione sia stata inserita nel codice napoleonico come omaggio al principio del consenso traslativo: tuttavia una tale affermazione è solo in parte corretta, poiché ad un esame più attento si comprende che attraverso il disposto dell'art. 1589 del *Code civil* si è assistito non tanto al recepimento di un'antica e ben consolidata tradizione consensualistica (a differenza di quanto si sarebbe portati a ritenere) quanto, piuttosto, di una vera e propria innovazione legislativa, finalizzata, da una parte, al superamento della tradizionale scissione tra *titulus* e *modus acquirenti* (risalente al diritto romano e mantenuta viva nel corso dei secoli del diritto francese) e, dall'altra, alla

del codice civile italiano, dove risulta uno strumento con una portata applicativa generale, valida per tutti i tipi contrattuali. L'utilità del preliminare nel diritto francese è ben evidenziata da P. MALAURIE – L. AYNÈS – P.Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, VII ed., 2014, LGDJ, 68: “*Un vendeur d'immeuble à construire, avant de se lancer dans la réalisation du projet, veut sonder le marché et connaître les chances des succès d'un programme immobilier. Sans s'engager définitivement, il cherche à susciter des candidats acquéreurs, qui s'engagent en conservant une certaine liberté: ce que permte le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire. On est proche de projets de vente et d'achat et on s'éloigne de la promesse*”. Secondo le parole di A. DONATI, *L'esperienza legislativa francese sulla vendita immobiliare*, in *Diritto Privato 1995*, Padova 1995, 258, “la funzione del *contrat préliminaire* in questo particolare contesto [il *secteur protégé*] consisterebbe da un lato nel permettere al venditore di sondare il mercato prima di intraprendere l'operazione immobiliare, anche in modo da poter eventualmente ottenere finanziamenti da istituti di credito, dall'altro consente all'acquirente di esercitare un diritto di priorità o di prenotazione nel caso in cui intenda acquistare l'immobile, godendo nel frattempo di uno spazio di tempo adeguato per una deliberazione consapevole”.

⁴²⁷ Cfr. G.BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *Della vendita e della permuta*, cit., 43: “Dicendo che la promessa di vendere vale vendita, il legislatore non ha potuto voler dire altro che questo: la promessa di vendere è assimilata alla vendita e ne produce gli effetti; giacché far produrre alla promessa di vendere effetti differenti da quelli della vendita, sarebbe lo stesso che dire che la promessa di vendere non vale vendita”. In maniera analoga anche la riflessione di M. PLANIOL – G. RIPERT, *Contrats civils*, cit., 183: “*Il n'était pas besoin d'un article spécial du Code civil pour assimiler ces promesses synallagmatiques à des véritables ventes; il suffisait de leur appliquer le principe général qui détermine la nature d'un acte juridique d'après ses éléments plutôt que d'après l'étiquette adoptée par les parties*”.

ricostruzione della promessa di vendita non quale patto autonomo ma come vendita definitiva *ex se*, senza il bisogno di ulteriori formalità, conformemente all'idea sottesa al *Code civil* di introdurre una nuova e moderna modalità di perfezionamento dell'atto traslativo della proprietà basata unicamente sull'incontro dei consensi, privando di ogni rilevanza reale l'obbligazione di trasferire⁴²⁸.

In secondo luogo, l'art. 1589 del *Code civil* deve essere letto congiuntamente con il successivo art. 1590 del *Code civil* (e viceversa), e dal loro combinato disposto si ricava la conclusione che la somma versata a titolo di caparra in occasione di una promessa reciproca di vendita rappresenta, per entrambe le parti, il prezzo da pagare per potersi sciogliere dal vincolo già assunto (sia esso di vendere ovvero di acquistare). Ciò vale con riferimento tanto alla vendita di beni mobili quanto alla vendita immobiliare, per le quali si prevede una “*faculté de remise en cause*”⁴²⁹ del consenso già espresso al perfezionamento del contratto⁴³⁰.

⁴²⁸ Come nota M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la realtà. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano 2007, 33 ss., “la tradizione romanistica relativa al trasferimento della proprietà, in forza della quale il contratto di vendita produceva solo effetti obbligatori e non reali, lungi dall'essere scomparsa nel diritto francese, era sopravvissuta nel corso dei secoli; solo nel diritto consuetudinario potevano scorgersi alcuni barlumi di un nuovo corso, dal momento che nelle compravendite e nelle donazioni immobiliari si presumeva che il *modus adquirenti* fosse contenuto nel titolo”. Ecco perché la scelta dogmatica a favore del consenso traslativo non deve essere intesa come un semplice recepimento di un principio largamente affermato bensì come un vero e proprio momento di rottura, sorretto da forti motivazioni politiche e ideologiche, “consistenti nella volontà di abbandonare le antiche regole romanistiche e di creare invece un diritto nazionale; ciò coerentemente con la fine dell'antico regime, nel quale lo studio del diritto romano avveniva in un contesto accademico strettamente legato alla monarchia, e l'avvio del nuovo, nato dalla rivoluzione, che si reggeva appunto sull'idea di nazione e, conseguentemente, sul rifiuto di tutto ciò che ad essa era estraneo” (*ivi*, 42). Nello stesso senso anche P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., 25 ss., il quale, passando brevemente in rassegna i diversi fattori che hanno più o meno intensamente contribuito all'affermazione del principio consensualistico, riconosce come sia necessario adottare un approccio meno idealizzato e più disincantato, in cui la scelta compiuta dal *Code Napoléon* si colloca in un panorama molto frastagliato e variegato, dove le spinte verso il superamento della distinzione tra contratto obbligatorio ed effetto traslativo si scontrano con la realtà degli usi e della contrattazione, ancora legata al requisito della *traditio*. In un tale contesto, pertanto, “in cui da una parte era ben salda la tradizione romanistica per cui il contratto consensuale non era idoneo a trasferire la proprietà, e dall'altra la medesima regola era applicata anche nei paesi di diritto consuetudinario [...] mentre in alcuni di tali paesi almeno per gli immobili era necessaria addirittura una tradizione materiale accompagnata da una procedura giudiziaria di origine feudale, il *nantissement*, la scelta del codificatore francese di ricollegare l'effetto traslativo al contratto causale sia pur recependo prassi che trovavano il proprio presupposto nel diritto comune, appare comunque innovativa” (*ivi*, 27). E aggiunge: “Si può peraltro supporre che le ragioni della scelta del modello consensualistico possano essere individuate in motivi latamente ideologico-politici e nell'intento di accentuare il carattere nazionale francese del nuovo codice, in contrapposizione alle regole romanistiche” (*ivi*, 28).

⁴²⁹ F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, II ed., LGDJ, Parigi 2012, 88.

⁴³⁰ Non sembra pertanto condivisibile la posizione espressa da quella dottrina che qualifica il pagamento come un semplice acconto sul prezzo ovvero, tutt'al più, per comune decisione delle parti, quale clausola penale, suscettibile di equa riduzione da parte del giudice: cfr. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, cit., 388. Attraverso il versamento della somma ai sensi dell'art. 1590 del *Code civil*, infatti, le parti sono titolari di una vero e proprio “*droit de sortir du contrat*” (F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, cit., 88) che non deve essere confuso né con la figura dell'acconto né tanto meno con l'istituto della clausola penale (Cass. 3e civ., 15 février 2006, *Bull. civ.* III, n. 43).

In altri termini, la promessa reciproca (definita anche *compromis de vente* quando ha per oggetto un immobile ovvero un'azienda) la quale si caratterizza rispetto alla promessa unilaterale per l'impegno reciproco, a vendere e a comprare, assunto da entrambi i contraenti, qualora sia accompagnata dal versamento di una somma al momento della sua costituzione, quest'ultima deve essere considerata una caparra con funzione risolutoria che, da una parte, concede sia al promittente acquirente sia al promittente venditore il diritto di far venire meno *ex tunc* il vincolo assunto e, dall'altra, tutela l'interesse della parte non inadempiente, consentendole di trattenere la caparra già ricevuta ovvero attribuendole il diritto ad ottenere il doppio della somma versata. L'art. 1590 del *Code civil* contiene, pertanto, una particolare – ma certamente non l'unica - forma di *faculté de dédit* che si connota per essere reciproca, a titolo oneroso e versata in anticipo⁴³¹.

Come terza considerazione, si deve brevemente accennare al problema relativo alla struttura della promessa reciproca, che nasce dalla necessità di fornire una corretta valutazione della decisione – assunta dalle parti - di stipulare il contratto definitivo in un secondo momento, scelta spesso legata ad esigenze concrete quali l'ottenimento di un'autorizzazione amministrativa indispensabile per il perfezionamento dell'operazione, il pagamento totale del prezzo da parte dell'acquirente (una volta che questi si sia procurato i fondi necessari per procedere in tal senso) o ancora la redazione di un atto autentico. Per questi motivi la dottrina francese suole distinguere tra *promesse réciproque valant vente* e *promesse réciproque ne valant pas vente*: la prima si conclude quando le parti intendono semplicemente rimandare il trasferimento della proprietà e l'esecuzione della vendita, ovvero di subordinarne gli effetti a un evento futuro e incerto; si tratta, pertanto, in questi casi, di un contratto sottoposto a un termine ovvero a una condizione sospensiva in grado di rispondere agli interessi dei contraenti, i quali preferiscono redigere, in un primo momento, un contratto per scrittura privata e, solo in un momento successivo, procedere con la stipulazione dell'atto pubblico⁴³². In questa circostanza si può affermare che la promessa di vendita (ovvero di acquisto) vale – ossia equivale – alla vendita perché la *clause de réitération* della promessa nella forma dell'atto pubblico non ha – in assenza di una chiara decisione delle parti in tal senso - valore costitutivo, bensì si tratta di una semplice modalità

⁴³¹ Cfr. M. MIGNOT, *Promesse de vente avec arrhes*, cit., 3.

⁴³² Come sottolinea O. BARRET, *La promesse de vente*, cit., 38, in tali situazioni il *compromis* verrà redatto nella forma dell'atto pubblico solo una volta che le parti abbiano ottenuto l'autorizzazione richiesta, un finanziamento adeguato all'operazione contrattuale, ovvero la liberazione del bene da un diritto di prelazione.

di regolamentazione degli effetti della vendita, la quale è già perfetta; ciò vale, *a fortiori*, anche qualora la promessa sia accompagnata dal versamento di una somma a titolo di caparra che attribuisca alle parti di sciogliersi dal vincolo contrattuale: se una di esse decidesse di avvalersi della *faculté de dédit*, vi sarebbe la risoluzione *ex tunc* del contratto, a dimostrazione e conferma che esso si era già formato e aveva già prodotto i suoi effetti⁴³³. Ne deriva l'ulteriore conseguenza che il rifiuto manifestato da una delle parti della promessa di addivenire alla redazione del contratto nella particolare forma individuata *ex ante* dalle medesime potrà essere sanzionato ricorrendo all'esecuzione in forma specifica, in quanto la formalizzazione del contratto è considerato un momento meramente esecutivo del processo di formazione del contratto⁴³⁴: essendosi quest'ultimo già perfezionato con l'incontro dei consensi, l'inesecuzione della promessa è considerata alla stregua dell'inadempimento del contratto definitivo e la parte inadempiente “*peut être mise en demeure, puis condamné sous astreinte à le faire*”⁴³⁵.

La figura della *promesse réciproque ne valant pas vente*, si caratterizza, al contrario, per la previsione della redazione della stessa nella forma dell'atto pubblico quale suo elemento costitutivo; una tale scelta presenta alcuni vantaggi pratici tipici del contratto preliminare del diritto italiano, in quanto i paciscenti potrebbero decidere di concludere il contratto solo di fronte al notaio, sia per avere maggiori informazioni e garanzie relative al bene immobile oggetto del contratto, sia per ragioni di semplificazioni e di certezza, realizzando la vendita in un unico

⁴³³ Cfr. O. BARRET, *op. cit.*, 39.

⁴³⁴ È interessante notare come la questione dell'inadempimento della promessa di vendita era già stata affrontata a partire dal XVI secolo dalla giurisprudenza francese, la quale spesso si trovava a dover risolvere controversie nelle quali una parte si rifiutava di partecipare alla redazione dell'atto notarile di vendita, nonostante fosse già intervenuta la conclusione di una promessa mancante della forma scritta, adducendo a sostegno del proprio diniego la circostanza che la redazione per iscritto fosse da considerarsi quale requisito per il perfezionamento del contratto. Accogliere una tale ricostruzione significava considerare la promessa quale atto autonomo e separato rispetto alla vendita, mentre ritenere che la forma scritta fosse solo richiesta *ad probationem* significa, al contrario, intendere la vendita come già perfetta. Il dibattito tra le diverse posizioni venne risolto con il consolidarsi, a fine XVII, della posizione assunta dal Parlamento di Parigi, che “si schierò nettamente a favore della possibilità che la promessa inadempita potesse essere suscettibile di esecuzione forzata: la parte inadempiente era condannata a stipulare l'atto notarile entro un certo termine, altrimenti la sentenza avrebbe tenuto luogo dell'atto di vendita” (M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la realtà*, cit., 32).

⁴³⁵ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La période contractuelle en droit français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2, 1990, 565, che aggiunge: “*Au besoin, un jugement constatera l'existence du consentement et tiendra lieu d'acte authentique nécessaire à l'opposabilité des tiers des contrats en matière immobilière*”. Nello stesso senso anche O. BARRET, *La promesse de vente*, cit., 43: “*Si le cocontractant victime de l'inexécution de la promesse opte pour l'exécution forcée, celle-ci consistera à faire constater judiciairement la vente. La jurisprudence admet, en effet, aujourd'hui sans discussion qu'une décision judiciaire peut remplacer le titre faisant défaut. En matière immobilière, la publication de cette décision à la conservation des hypothèques assurera l'opposabilité de la vente aux tiers*”. Per un confronto con la giurisprudenza conforme: Cass. civ., 3ème, 22 novembre 1968, in *Bull. civ.* III n. 494; Cass. civ., 3ème, 28 avril 1981, in *Revue de droit immobilier*, 1982, 101 ss.; Cass. civ., 3ème, *Bull. civ.* III, n. 34.

momento temporale, con il versamento del prezzo contestualmente al trasferimento della proprietà; nonché, infine, per la considerazione che se una parte si rifiutasse di sottoscrivere l'atto pubblico, il bene sarebbe immediatamente libero per la vendita, non essendosi mai formato il contratto⁴³⁶. La configurazione della redazione del contratto in forma di atto pubblico assume valore e rilevanza sotto un ulteriore aspetto, poiché comporta la rilevante conseguenza (e differenza rispetto alla *promesse réciproque valant vente*) che, nell'ipotesi di inadempimento ovvero di rifiuto della controparte di redigere l'atto presso il notaio, l'unico rimedio concesso è il risarcimento dei danni e non la domanda per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto⁴³⁷: la dottrina e la giurisprudenza francesi sono ferme nello stabilire che la riparazione in natura non sia in questo caso ammissibile, trattandosi di un'obbligazione afferente al dovere di negoziazione, e nemmeno soddisfattiva per gli interessi del creditore, che non otterrebbe alcun concreto vantaggio dal risarcimento in forma specifica. Rimanendo fedeli al principio dell'autonomia contrattuale non sarebbe infatti possibile costringere una parte a rispettare ed eseguire le formalità necessarie per la formazione del contratto definitivo, in quanto ciò equivarrebbe a costringere un soggetto a divenire parte di un contratto. La giurisprudenza d'oltralpe ha così sanzionato il rifiuto di adempiere le formalità necessarie per il perfezionamento della promessa d'ipoteca e della promessa di prestito unicamente con il risarcimento dei danni⁴³⁸; questo perché viene con forza sottolineata la distanza e l'alterità tra l'*avant-contrat* e il successivo contratto definitivo, essendo il primo non un contratto consensuale ma un contratto preliminare che necessita per il suo perfezionamento della presenza di un altro atto previsto *ex lege*⁴³⁹.

⁴³⁶ Cfr. O. BARRET, *La promesse de vente*, cit., 44.

⁴³⁷ Cfr. O. BARRET, *op. cit.*, 45: “*La solution est parfois justifiée par le fait qu'il n'est pas possible de procéder à l'exécution forcée d'une vente qui n'a pas été conclue. [...] Il reste qu'il paraît difficile, au regard du principe de la liberté contractuelle, de contraindre une partie à accomplir la formalité nécessaire à la formation du contrat définitif; car cela reviendrait à la forcer à conclure ce contrat*”.

⁴³⁸ Per la promessa d'ipoteca, cfr. Cass. civ. 3ème, 7 gennaio 1987, *Bull. civ.*, III, n. 4; per la promessa sinallagmatica di prestito, cfr. Cass. civ. 1ère, 20 juillet 1981, *Bull. civ.*, I, n. 267, dove in occasione della mancata formalizzazione della promessa di un prestito pari a 400.000 franchi è stata sanzionata con l'obbligo di versamento al creditore di una somma pari a 5.000 franchi a titolo di risarcimento danni.

⁴³⁹ Si vedano in proposito le parole di J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, in *RTD civil*, 2000, 45: “*Dans un promesse synallagmatique de prêter, le futur emprunteur peut-il obtenir la condamnation du futur prêteur à lui remettre la chose devant être prêtée? La jurisprudence refuse pareille solution, dissociant ainsi clairement le contrat définitif de l'accord préliminaire. Les obligations nées de celui-ci ne sont pas susceptibles d'exécution forcée en nature: condamner une partie à accomplir l'acte ou la formalité imposée par la loi pour la formation du contrat définitif reviendrait à la forcer à conclure ce contrat, solution qui n'a jamais été admise par la Cour de Cassation, attachée au respect de la liberté contractuelle*”. Nello stesso senso anche M. COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988, 158, n° 284, per il quale “*lorsque la signature de l'acte authentique subordonne, non plus le*

Non è escluso, peraltro, che tale impostazione potrebbe essere oggetto di un *revirement* dottrinale e giurisprudenziale, in quanto la norma che veniva invocata come base giuridica per il diniego dell'esecuzione in forma specifica, ossia l'art. 1142 *Code Civil* - in forza del quale le obbligazioni di fare erano dichiarate insuscettibili di esecuzione forzata⁴⁴⁰ - è stato recentemente riformato dalla *Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, la quale ha introdotto molte e sostanziali modifiche al diritto francese delle obbligazioni e dei contratti. A partire dal 1 ottobre 2016, il nuovo art. 1221 del *Code Civil* (in sostituzione dell'art. 1142) così recita: «*Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier*». La tradizionale regola della primazia del risarcimento monetario è così stata così sostituita dal principio della prevalenza dell'esecuzione in forma specifica, la quale potrà lasciare spazio al primo solo qualora questa risulti impossibile ovvero eccessivamente onerosa. La ragione di una tale inversione di rotta è il portato di un atteggiamento giurisprudenziale che già da tempo aveva tentato di reagire alla tradizionale rigorosa impostazione contenuta nel *Code Napoléon* per garantire l'adempimento in natura, in particolare attraverso l'istituto delle c.d. *astreintes*⁴⁴¹. Non è così escluso *a priori* che, alla luce di questa novità

seul transfert de propriété, mais la formation même de la vente [...] il ne paraît pas possible cette fois, d'admettre, qu'un jugement tienne lieu d'acte authentique en cas de défaillance d'un contractant. Un tel jugement, en effet, aurait pour objet d'apporter au contrat un élément essentiel formel qui lui fait défaut. Il serait constitutif et le juge sortirait alors de sa mission, sans que l'on puisse en justifier [...] par la volonté implicite du législateur”.

⁴⁴⁰ Così recitava l'art. 1142 del *Code civil*: «*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la parte du débiteur*».

⁴⁴¹ Si tratta, secondo la definizione fornita da A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1981, 511, di “una condanna pecuniaria pronunciata dal giudice per costringere il debitore ad adempiere la sua obbligazione. Essa è fissata in ragione di un tanto per giorno - o per altra unità di tempo - di ritardo nell'esecuzione di una prestazione, risultante da una sentenza di condanna. In tal modo, il debitore che persista nel rifiuto di obbedire è assoggettato ad una condanna pecuniaria che può, almeno in linea di principio, aumentare indefinitamente”. Per l'origine dell'istituto, si veda L. BOYER, *Le astreintes nel diritto francese*, in *Jus*, 1954, 412, il quale ricorda che venne per la prima volta impiegato dal tribunale di Cray il 25 marzo 1811 e infine consacrato dalla Corte di Cassazione il 28 dicembre 1825. La finalità perseguita attraverso un tale strumento fu, sin da principio, quella di “rimediare a qualche insufficienza del diritto francese positivo nei mezzi a disposizione del creditore per costringere il debitore ad eseguire in forma specifica un'obbligazione riconosciuta in giudizio. Se l'obbligazione aveva per oggetto una prestazione a carattere personale - l'esecuzione di un lavoro determinato, per esempio - il debitore poteva rifiutare di eseguirla, valendosi del principio *nemo precise potes cogi ad factum* che vieta ogni esecuzione forzata in questa materia e che è stato implicitamente consacrato dal legislatore napoleonico (Codice civile, art. 1142 e seg.). Fu appunto per ottenere l'esecuzione in forma specifica di prestazioni di questo tipo che il procedimento dell'*astreinte* fu dapprima utilizzato”. Come acutamente sottolinea V. CITARELLA, *La penale esigua e l'equità del contratto*, Torino 2016, 27, dapprima l'*astreinte* fu inclusa all'interno del modello del risarcimento del danno - stante l'assenza di un'espressa previsione normativa - con la caratteristica della sua pronuncia in via anticipata da parte del giudice, in conseguenza del mancato adempimento della sentenza. Solo in seguito del suo riconoscimento a livello di diritto positivo, con la l. 5 luglio 1972,

legislativa, l'inadempimento della *promesse réciproque ne valant pas vent* possa essere in futuro sanzionata non con il semplice risarcimento dei danni ma attraverso l'obbligo a carico della parte inadempiente di procedere con la conclusione del contratto, peraltro in maniera del tutto coerente, come si avrà modo di vedere meglio *infra*, con il nuovo regime disposto con l'*Ordonnance* per la promessa unilaterale⁴⁴².

Così brevemente delineati i tratti salienti della promessa sinallagmatica, si può ulteriormente osservare che essa, nella particolare figura della *promesse réciproque ne valant pas vente*, assume nell'ordinamento francese un ruolo non dissimile da quello svolto nel diritto italiano dal contratto preliminare, attraverso il quale le parti decidono concordemente di ritardare il perfezionamento del contratto

n. 72-626, si “stabilì espressamente l'indipendenza dell'*astreinte* dalla logica puramente risarcitoria, tale per cui tale tecnica di tutela assunse connotati di maggior autonomia, favorendosi un sempre più frequente ricorso a questa misura di esecuzione indiretta. [...] Nell'attuale concezione l'*astreinte* ha dunque abbandonato la veste risarcitoria e ha confermato la propria struttura essenzialmente coercitiva dell'adempimento della prestazione e, quindi, deflattiva dell'inadempimento. L'*astreinte* francese è infatti una pena privata, inflitta al debitore inadempiente, il cui *quantum* è determinato in relazione alla gravità della colpa e commisurato alle condizioni economiche del soggetto obbligato”. Per tali motivi le *astreintes* sono frequentemente impiegate all'interno dell'ordinamento francese non soltanto perché costituiscono uno strumento di forte pressione psicologica sul debitore e di sanzione per l'inosservanza delle decisioni giudiziarie, ma anche in considerazione del fatto che “tali penali giudiziali costituiscono mezzi di coazione all'adempimento che garantiscono risultati molto proficui, in quanto il peso economico della sanzione aumenta in ragione della gravità dell'inadempimento. Tuttavia, in Francia non sono mancate voci critiche, che hanno sottolineato come l'*astreinte* non incida sul diritto al risarcimento del danno da inadempimento. Ne deriva che “il creditore, una volta ottenuto il pagamento della penale giudiziale, potrebbe rinunciare all'azione di adempimento e chiedere il risarcimento del danno” (A. ALBANESE – R. CALVO – E. CAPOBIANCO – G. D'AMICO, *Annuario del contratto 2015*, Torino 2016, 258). Nell'ordinamento italiano il ricorso a misure di coercizione indiretta sul debitore era sempre stato considerato di carattere eccezionale (si pensi, oltre agli artt. 388, comma secondo, e 650 c.p., allo strumento impiegato per ottenere da parte del datore di lavoro l'ottemperamento dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato), fino alla loro introduzione in via generale dalla L. 18 giugno 2009 n. 69 con l'art. 614-*bis* c.p.c., il cui obiettivo, nell'intenzione del legislatore, è quello di sopperire all'infungibilità di talune prestazioni (ossia gli obblighi di fare infungibile e gli obblighi di non fare). Si tratta, pertanto, di un'esecuzione indiretta avente non tanto finalità punitiva quanto, piuttosto, compulsoria, “nel senso della previsione di una sanzione alternativa capace di indurre il debitore a preferire l'adempimento spontaneo” (A. CARRATTA – C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, III, L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, XII ed., Torino 2015, 121). Per un confronto tra *astreinte* e art. 614-*bis* c.p.c., introdotto dall'art. 49 legge 18 giugno 2009, n. 69, nonché per una lettura in chiave critica della nuova disciplina cfr., *inter alia*, S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 961 ss.

⁴⁴² Al momento non sembra che questa sia, tuttavia, la direzione intrapresa da parte della dottrina francese: il 26 giugno 2017 è stato infatti presentata, da parte dell'associazione Henri Capitant, l'art. 15 dell'*avant-projet* di riforma del diritto *des contrats spéciaux*, il quale dispone che “*la promesse synallagmatique de vente vaut vente lorsque les parties sont convenues du bien et du prix. La promesse synallagmatique de vente ne vaut pas vente lorsque les parties, quoique convenues du bien et du prix, subordonnent sa formation à un accord sur un autre élément ou à un accord passé dans une certaine forme. Le contrat conclu en violation d'une promesse synallagmatique de vente valant vente avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. L'inexécution d'une promesse synallagmatique de vente ne valant pas vente ne donne lieu qu'à l'octroi de dommages et intérêts*”. Pertanto il risarcimento per equivalente rimarrebbe l'unica strada percorribile da chi abbia visto deluso il proprio interesse a causa della mancata formazione del contratto.

perché necessitano di ulteriore tempo per procurarsi documenti, autorizzazioni, permessi ovvero per consentire alla controparte di compiere un determinato atto ritenuto indispensabile e pregiudiziale rispetto al contratto definitivo. Nonostante la stipula dell'atto pubblico sia qui configurata come un elemento costitutivo e nonostante la giurisprudenza francese sia ferma nel negare la possibilità di ricorrere all'esecuzione in forma specifica (rimedio concesso, al contrario, nell'ipotesi di *promesse réciproque valant vente*), si colgono le somiglianze con il contratto preliminare nostrano nel momento in cui si consideri che questa figura contrattuale consente di realizzare una formazione progressiva del contratto in cui l'operazione negoziale, lungi dall'essere già perfetta, è stata solo intrapresa e tracciata dalle parti, e ciò è perfettamente conforme alle concrete esigenze dei paciscenti. L'art. 1589 del *Code civil*, al contrario, è stato teorizzato (e pertanto correttamente interpretato) come ontologicamente preclusivo ad ammettere la legittimità di un'obbligazione di contrarre, e la sola comunanza con l'art. 2932 c.c. non è sufficiente per alterarne la natura e la finalità che lo caratterizzano; la figura di contratto preliminare quale conosciuta all'ordinamento italiano si è sviluppata all'interno del sistema francese solo successivamente, attraverso lo studio della categoria dell'*avant-contrat*, attenuando così la scissione tra consenso ed effetto traslativo, tanto da osservarsi che “*exceptionnellement la promesse de vente ne vaut pas vente*” e che la promessa sinallagmatica può costituire “*un avant-contrat distinct de la vente définitive, lorsque dans l'intentions des parties, la formalité choisie était une condition de formation de la vente*”⁴⁴³. In Francia si è pertanto assistito a una vera e propria evoluzione del sistema, coincidente con il progressivo abbandono del consensualismo “nell'ambito di un generale ridimensionamento della pretesa intangibilità del codice”⁴⁴⁴, per giungere ad una concezione procedimentale della formazione contratto, strutturata in diverse e successive fasi segnate da un progressivo aumento dell'intensità del vincolo contrattuale fino a giungere al

⁴⁴³ Entrambe le citazioni di J. SCHMIDT, *Note à Cass. 14 janvier 1987*, in *Rec. Dalloz Sirey, Jur.*, 1988, 82. Sul punto, si veda la riflessione di R. CARAVAGLIOS, *Il contratto per persona da nominare*, cit., 122: “Il principio dell'equiparazione tra vendita e promessa di vendita sancito dal *Code Napoléon* ha fatto acquistare al consenso valore d'impegno già al momento della promessa, determinando un sistema di scarsa tutela delle ragioni dell'alienante, ove questi abbia stipulato il contratto senza ricevere, contestualmente, il corrispettivo o le garanzie a lui dovute. Per ovviare a questi inconvenienti si è elaborato, nel tempo, lo schema operativo, di carattere generale, del contratto preliminare, idoneo a calibrare meglio le posizioni delle parti attraverso un progressivo bilanciamento, sotto il profilo sinallagmatico, dell'assetto di interessi, in modo da raggiungere per gradi al risultato finale”.

⁴⁴⁴ M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la realtà*, cit., 80, la quale ulteriormente nota come la “svolta verso il *contrat préliminaire*” sia stata anche la conseguenza della maturata consapevolezza “dell'ormai sopraggiunta inidoneità della regola sacra consensualistica a soddisfare le esigenze dei traffici e, dunque, a rappresentare la realtà delle contrattazioni” (*ibidem*).

contratto definitivo di vendita⁴⁴⁵. Questa formazione per gradi del contratto si mostra particolarmente utile in determinati contesti nei quali sarebbe difficile, anti-economico, sconveniente se non persino impossibile non tanto raggiungere immediatamente l'intesa in relazione al contenuto negoziale, quanto piuttosto perfezionare il contratto medesimo, essendo necessario ovvero richiesto dalla legge il rispetto di precisi e ulteriori adempimenti, ovvero il verificarsi di un certo fatto o di un determinato evento, nonché in tutte le altre ipotesi in cui le parti stesse – una volta manifestato la propria volontà favorevole all'operazione contrattuale – decidano di ritardare la nascita del contratto, subordinandola al rilascio di un determinato documento, al consenso manifestato dal terzo e simili.

2.4 Segue: la promesse unilatérale

La pratica degli affari francesi si mostra, tuttavia, scarsamente caratterizzata dall'impiego della promessa sinallagmatica di vendita, essendo al contrario molto ricca di esempi riconducibili alla seconda figura appartenente al *genus* dei contratti preparatori, ossia la promessa unilaterale, la quale è stata espressamente disciplinata solo con la recente riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti, in quanto fino al 2016 questa non era contemplata dal *Code civil*, che sembrava quasi ignorarla⁴⁴⁶. L'introduzione di una fattispecie avente portata generale quale la *promesse unilatérale de contrat* si colloca, da un lato, all'interno del più ampio progetto del legislatore francese di fornire una regolamentazione complessiva della fase precontrattuale, perseguito attraverso l'introduzione di norme specificamente

⁴⁴⁵ La rilettura dell'art. 1589 è stata sviluppata in particolar modo in un celebre articolo di L. BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente: contribution à la théorie des avant-contrats*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, 1 ss., nel quale è stata contestata l'impostazione tradizionale in forza della quale *toute promesse bilatérale de contrat équivaut au contrat lui-même*. Attraverso la ricostruzione storica del brocardo *promesse de vente vaut vente*, l'Autore dimostra che nel corso dei secoli si è sempre attribuito un valore autonomo alla promessa di vendita, senza necessariamente confonderla e sovrapporla con la vendita medesima; come anche sottolineato da F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Parigi 1983, 91, “Boyer démontre que donc par le contexte historique que le Code civil ne rejette pas a priori une promesse de vente autonome” anche se, in realtà, nel corso dei secoli la questione sulla promessa si era per lo più incentrata sulla possibilità o meno di ricorrere o meno all'esecuzione in forma specifica nell'ipotesi di inadempimento della medesima. Secondo Boyer, nonostante “la controverse ayant été longue est difficile”, l'obbligazione derivante da una promessa sinallagmatica non sarebbe equivalente a quella scaturente dal contratto definitivo, bensì un'obbligazione diversa e più specifica, “de contribuer à la réalisation du fait qui tient le contrat en suspens” (L. BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente*, cit., 20). Emerge pertanto una concezione della formazione del contratto quale un procedimento scandito da diverse tappe (è significativo che l'Autore rimandi all'articolo di Carnelutti del 1916 dal titolo “Formazione progressiva del contratto”), perché ciò si rivela del tutto conforme alle esigenze delle parti e alla nuova realtà degli scambi commerciali.

⁴⁴⁶ Sul tema si vedano le parole di G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *Della vendita e della permuta*, cit., 47, i quali ritengono che la “circostanza che il legislatore non [abbia] parlato della promessa unilaterale di vendita non basta per renderla illecita: con il suo silenzio il Codice non l'ha punto proibita, e dal fatto che ad essa non [abbia] consacrata una disposizione speciale bisogna semplicemente concludere ch'è sottoposta alle regole del diritto comune”.

dedicate alla *période précontractuelle* e al dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative⁴⁴⁷; dall'altro, in modo più specifico, la previsione di una norma quale l'art. 1224 del *Code civil* ha finalmente colmato la lacuna di cui all'art. 1589 del *Code civil* (che viene conservato unicamente per la vendita), sulla scorta del quale non era possibile distinguere tra promessa unilaterale e promessa reciproca. Ne consegue che la *promesse unilatérale de contrat*, definita come «*le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire*», insieme al *pacte de préférence* di cui all'art. 1223 del *Code civil*, diviene uno dei due modelli normativi di *avant-contrats*⁴⁴⁸.

Nella prassi delle contrattazioni tale tipologia di promessa è per lo più impiegata in relazione alla vendita di un immobile ovvero di un'azienda (*fonds de commerce*), e viene ravvisata quando una delle due parti - nell'ambito della formazione progressiva del contratto - desidera riservarsi ulteriormente la facoltà di contrattare (procurandosi tutte le informazioni e gli elementi necessarie per la redazione del contratto definitivo), e chiedi all'altra che le riservi l'esclusiva per la conclusione di un contratto ulteriore. Non si deve dimenticare, peraltro, che esiste anche la figura della promessa unilaterale d'acquisto, la quale viene invece frequentemente utilizzata nell'ambito delle operazioni di acquisizione delle azioni o quote di una società che consentano all'acquirente di ottenerne il controllo: in queste ipotesi, infatti, il promittente acquirente si obbliga ad acquistare il saldo

⁴⁴⁷ Come nota M. FAURE-ABBAD, *L'impacte des règles de conclusion des contrats*, in *RDI* 2016, 316, «*avec l'ordonnance du 10 février 2016 le législateur français dote le droit civil des contrats d'une loi commune embrassant les différentes étapes de la vie d'un contrat, sa conclusion pour commencer. Suivant une méthode familière aux instruments modernes de droit des contrats, l'ordonnance présente une section relative à la formation du contrat qui distingue la conclusion du contrat de sa validité, s'occupant de la période précontractuelle (dès négociations jusqu'à la rencontre des volontés) avant de présenter les conditions de validité des contrats formés*».

⁴⁴⁸ Con la predisposizione di una disciplina organica per gli *avant-contrats* non è stato tuttavia colmata l'ulteriore lacuna afferente il *contrat préliminaire*, che ancora oggi non esiste, all'interno dell'ordinamento francese, quale figura autonoma bensì quale fattispecie frutto di interventi legislativi specifici. Si tratta di due ipotesi accomunate dall'essere destinate alla tutela del soggetto debole del rapporto contrattuale: il *consommateur immobilier*, tanto nella vendita di immobili a costruire (di cui si è già fatto cenno *supra*, p. X nt. X), quanto nella legge n. 84-595 del 12 luglio 1984 sulla *location-accession* (come successivamente modificata). Con quest'ultimo contratto «un venditore si obbliga a trasferire all'acquirente la proprietà di un immobile o di parte di esso, a fronte del pagamento frazionato del prezzo di vendita e di un canone fino al giorno di scadenza dell'opzione, come contropartita del diritto dell'acquirente al godimento dell'abitazione ed al trasferimento della proprietà» (M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la realtà*, cit., 92, nt. 196). Secondo C. CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 43 ss., si tratta di una «locazione finanziaria immobiliare» nella quale ricorre la particolare sequenza preliminare-definitivo propria del diritto italiano, seppur con effetti diversi, dal momento che qui la produzione dell'effetto traslativo «non si pone in esito a una stipulazione ulteriore – quale è invece il contratto definitivo – alla quale le parti si sono obbligate, ma si realizza con l'esercizio del diritto di opzione che il contratto di locazione-acquisto attribuisce al locatario-acquirente» (*ivi*, 44).

delle azioni o delle quote dei venditori qualora questi manifestino, entro il termine convenuto, l'intenzione di vendere⁴⁴⁹.

La promessa di vendita unilaterale, nonostante l'impiego del termine promessa, è un vero e proprio contratto (come ora espressamente indicato dall'art. 1224 del *Code civil*), la cui funzione è quella di agevolare la conclusione del definitivo⁴⁵⁰; essendo la promessa ferma e irrevocabile (salvo la pattizia previsione del diritto di recesso), è sufficiente una manifestazione di consenso – entro il termine convenuto - da parte del beneficiario per la conclusione della vendita. Tale fattispecie si struttura, in particolare, come un patto di opzione - che costituisce “*l'essence du contrat*”⁴⁵¹ - concesso dal promittente al beneficiario e strumentale alla conclusione di un contratto di vendita: l'esercizio del diritto di opzione trasforma la semplice promessa in un contratto definitivo, con immediato effetto traslativo. Nell'ordinamento francese l'opzione si configura come un contratto unilaterale caratterizzato dal potere, in capo al beneficiario, di modificare la situazione giuridica costituita insieme alla volontà del promittente, il quale si trova in una posizione di soggezione nei confronti del diritto di controparte di addivenire al perfezionamento del contratto⁴⁵²; una volta che sia stata portata a conoscenza nei confronti del beneficiario, la promessa è irrevocabile, ma l'opzione deve essere necessariamente esercitata entro un determinato periodo di tempo stabilito *ex ante* nella stessa promessa, pena la caducità di quest'ultima⁴⁵³. La configurazione del patto di opzione è destinata a mutare, tuttavia, laddove nella redazione di una promessa unilaterale si preveda anche, come contropartita dell'impegno assunto dal promittente, un'obbligazione a carico del beneficiario, consistente nel pagamento di una *indemnité d'immobilisation*; quest'ultima non modifica il carattere unilaterale della promessa né priva il beneficiario del suo diritto di esercizio

⁴⁴⁹ Cfr. J. GHESTIN – B. DESCHÉ, *La vente*, cit., 155.

⁴⁵⁰ “*C'est donc plus qu'une offre, puisqu'il y a accord des parties, mais ce n'est pas encore le contrat définitif, car il manque l'accord d'une des parties pour la formation de celui-ci. Seul le promettant est engagé dans le contrat définitif. Ce dernier donc est bien un contrat unilatéral*” (F. COHET, *Le Contrat*, in *PUG 2017*, 91).

⁴⁵¹ F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilaterale de vente*, cit., 24.

⁴⁵² Per un confronto con l'art. 1331 c.c., si veda R. FAVALE, *Opzione. Art. 1331*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano 2009, 13, per il quale l'opzione del sistema francese “è qualcosa di più della proposta contrattuale e qualcosa di meno del contratto definitivo. Non è proposta perché l'opzione non è atto unilaterale bensì *convention* dalla quale la situazione giuridica del beneficiario risulta più solida. Non integra un contratto definitivo, perché l'opzione partecipa alla fase di formazione del contratto”.

⁴⁵³ Secondo G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *Della vendita e della permuta*, cit., 52, in assenza di fissazione di un termine, “bisogna dire che il promittente non può per altro restare obbligato indefinitamente; non poteva essere questa l'intenzione delle parti: il promittente potrà allora ricorrere all'autorità giudiziaria per far assegnare al titolare della promessa un termine per dichiarare se intende approfittare e passato questo termine egli sarà disimpegnato”.

dell'opzione bensì conferisce al contratto una struttura sinallagmatica⁴⁵⁴. Tale somma – di cui manca alcuna definizione normativa, essendo il frutto della prassi e della sua conferma a livello giurisprudenziale - rappresenta propriamente il corrispettivo dell'opzione concessa dal promittente, il quale si impegna per un determinato periodo di tempo a mantenere ferma la promessa e, quindi, anche il bene mobile o immobile che costituisce l'oggetto di quest'ultima⁴⁵⁵; in altri termini, si afferma che l'*indemnité d'immobilisation*, da un lato, “*constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse*”⁴⁵⁶ e, dall'altro, rappresenta “*la rémunération de l'immobilisation d'un bien pendant un certain délai*”⁴⁵⁷. Per quanto concerne il momento del pagamento della *indemnité d'indisponibilité*, in genere questo avviene contestualmente alla sottoscrizione del contratto da parte del beneficiario, con il versamento della somma su un conto corrente bancario espressamente aperto per l'operazione e intestato a nome del promittente ovvero, più preferibilmente, depositato fiduciariamente presso il notaio incaricato di redigere l'atto⁴⁵⁸. L'ammontare di tale indennizzo è in via di principio rimesso al libero apprezzamento delle parti (solitamente è pari al 10% del corrispettivo di vendita), non è mai fissato in relazione alla durata della promessa bensì è proporzionale al valore del bene oggetto della medesima, con due correttivi: da una

⁴⁵⁴ Come indica chiaramente A. DE BISSY, *L'indemnité d'immobilisation*, in *RDI*, 2000, 291, “*la promesse de vente qui contient une indemnité d'immobilisation est nécessairement unilatérale. En effet, si l'indemnité d'immobilisation représente bien le prix de la promesse, elle trouve naturellement sa place dans une convention où seul le promettant est engagé*”. Nello stesso senso anche F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, 33 ss., in particolare 86: “*Il y donc trois raisons principales pour reconnaître que le contrat d'option est un contrat de nature synallagmatique: a) le contexte social s'y prête [...]; b) la volonté des parties l'impique: il ressort de la totalité des litiges survenues à propos d'un contrat d'option, que promettant et bénéficiaire ont entendue faire de leur contrat un contrat dont les prestations sont équilibrées et interdépendantes [...]; c) la règle juridique l'impose*”. Deve peraltro darsi conto di un arresto della Corte di Cassazione del 25 aprile 1989 (in *Bull. civ.*, IV, n. 136) che ha smentito il carattere sinallagmatico della promessa di vendita nonostante la previsione dell'*indemnité d'immobilisation* in quanto, adottando un'approccio restrittivo, il sinallagma esisterebbe unicamente in presenza di un correlato obbligo di acquistare a carico del beneficiario; in altri termini, perché una promessa possa definirsi sinallagmatica, essa deve contenere “*d'obligations alternatives rigoureusement symétriques*” gravanti su ciascun contraente (cfr. Cass. comm., 6 janvier 1970, *JCP* 1970, II, 16240).

⁴⁵⁵ Come sottolinea C. PISANI, *Versamento di fondi e preliminare di vendita. Il ruolo del notaio nel sistema francese*, in *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive. Atti del convegno*, Milano 2007, 11, l'impegno assunto dal proprietario promittente implica “l'impossibilità – tra la firma del preliminare e la firma dell'atto definitivo di vendita – non solo di vendere ad un terzo il bene promesso ma anche di affittarlo o ancora di ipotecarlo. Qualora il proprietario promittente non rispettasse il suo impegno sarebbe tenuto al risarcimento dei danni”.

⁴⁵⁶ Cass. civ., 1ère, 5 décembre 1995, n. 93-19.874, in *Bull. civ.*, I, n. 452.

⁴⁵⁷ A. BENET, *Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n. 7, 11 février 1987, 4.

⁴⁵⁸ Soluzione preferibile per una pluralità di motivi poiché, come sottolinea A. DE BISSY, *L'indemnité d'immobilisation*, cit., 287, “*elle présente l'avantage d'éviter les problèmes liés à la preuve du paiement de l'indemnité, elle rend le notaire responsable des sommes qui lui sont remises et permet au bénéficiaire de récupérer plus facilement les fonds au cas d'échec de la transaction, à condition qui ne lui soit pas imputable, par exemple au cas de la disparition de la chose promise*”.

parte, qualora il promittente sia una persona fisica e il bene oggetto della promessa sia un bene immobile ovvero un diritto reale immobiliare, gli articoli L. 290-1 e L. 290-2 del *Code de la construction e de l'habitation* stabiliscono che l'*indemnité d'immobilisation* convenuta deve avere, a pena di nullità della promessa, un valore almeno pari al 5% del prezzo complessivo della vendita (da versarsi a titolo di deposito cauzionale presso il notaio)⁴⁵⁹, se la durata dell'opzione è superiore a diciotto mesi; dall'altra, in materia di lottizzazione, l'articolo R. 442-12 del *Code de l'urbanisme* precisa che l'ammontare dell'indennizzo non può eccedere il 5% del prezzo della vendita, dal momento che la promessa di vendita ha per oggetto un *fonds de commerce*⁴⁶⁰.

Trattandosi di una "*institution née de la pratique*", a lungo non disciplinata a livello legislativo, è stato compito dei giuristi francesi individuarne la corretta natura giuridica, anche la fine di distinguerla da altre figure affini con le quali l'*indemnité d'immobilisation* potrebbe essere facilmente confusa, quali la clausola penale ovvero la caparra con funzione risolutoria; rispetto alla prima, la differenza si radica nell'assenza di qualunque forma di sanzione per l'inadempimento, in quanto il beneficiario è unicamente titolare di un diritto di opzione ma non può certamente essere tenuto a procedere all'acquisto⁴⁶¹. Nella struttura dell'*indemnité*, ciò che assume un ruolo di primaria importanza e che può essere qualificato come causa dell'obbligazione è il vantaggio fornito al beneficiario, e non il pregiudizio sofferto dal promittente⁴⁶²; nella clausola penale, al contrario, la compensazione monetaria dei danni sofferti dal creditore a causa dell'inadempimento costituisce la ragione della sua pattuizione⁴⁶³. La lontananza dalla clausola penale è ulteriormente confermata dalla circostanza che a tale indennizzo la giurisprudenza

⁴⁵⁹ "Tutti i fondi incassati sono depositati sul conto generale del notaio presso la *Caisse des Dépôts et Consignations* (ente centralizzato presso il quale tutte le somme detenute dai notai per conto di terzi devono essere versate)" (C. PISANI, *Versamento di fondi e preliminare di vendita*, cit., 10).

⁴⁶⁰Cfr. O. BARRET, *La promesse de vente*, cit., 7.

⁴⁶¹ "*L'indemnité d'immobilisation ne peut représenter au moyen de dédit pour le bénéficiaire de la promesse de vente puisque ce dernier ne prend aucun engagement d'acquiescer le bien*" (A. DE BISSY, *L'indemnité d'immobilisation*, cit., 288).

⁴⁶² Così anche L. BOYER, *La clause de dédit*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Parigi 1985, 59, il quale, volendo identificare la causa giuridica dell'obbligazione comportante il diritto di recesso, la qualifica come "*l'avantage qui, par le fait de l'option, est accordé au bénéficiaire, peut appeler une contre prestation, un prix; le droit au dédit n'est pas autre chose que celui au prix du droit conventionnel de repentir*".

⁴⁶³ Chiare sul punto le parole di A. BENET, *Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale*, cit., 5: "*Le bénéficiaire dispose d'un pouvoir déterminé, qui s'exprime par une option, un choix entre deux décisions: conclure un contrat ou ne pas le conclure. Le classement de ce pouvoir juridique parmi les droits subjectifs ne fait de doute. C'est un droit potestatif, de caractère patrimonial, un bien juridique objet d'une circulation commerciale. [...] L'indemnité d'immobilisation, de son côté, représente la contrepartie pécuniaire de ce pouvoir. Par la même, il devient impossible s'analyser l'indemnité d'immobilisation comme une certaine somme due à titre des dommages-intérêts pour l'inexécution d'une convention, au sens de l'article 1152 du Code Civil*".

non applica il meccanismo previsto dall'art. 1152, comma 2, del *Code civil* (art. 1231-5, secondo la nuova numerazione in vigore da 1 ottobre 2016) relativo alla riduzione della penale eccessiva. Tutt'al più, qualora si riscontrasse una *indemnité* dal valore molto elevato (pari, ad esempio, al 20% del prezzo complessivo), il giudice potrebbe procedere con la riqualificazione della promessa di vendita unilaterale in promessa sinallagmatica – con conseguente applicazione del diverso regime giuridico e fiscale⁴⁶⁴ – in quanto, in una tale circostanza, è ragionevole supporre che il beneficiario non sia realmente libero di valutare se procedere con l'opzione e che, inoltre, la somma versata non sia altro che un acconto sul prezzo finale⁴⁶⁵. Rispetto alla seconda, i dubbi possono sorgere a causa dell'imprecisione terminologica nella redazione del contratto ma questi sono presto allontanati con una riflessione che coinvolga la “*cause objective*”⁴⁶⁶ del pagamento effettuato: se questo costituisce il corrispettivo concesso a ciascuna delle parti di sciogliersi dal vincolo contrattuale, la somma svolge certamente una funzione risolutoria; se invece il versamento di denaro rappresenta il prezzo del diritto d'opzione accordato al beneficiario da parte del promittente, con conseguente immobilizzazione del bene oggetto del patto d'opzione, si è evidentemente di fronte a una previsione di indennizzo come contropartita di una sorta di indisponibilità del bene da parte del suo proprietario⁴⁶⁷. In altri termini, mentre le *arrhes* con funzione risolutoria sono

⁴⁶⁴ La principale differenza risiede nella previsione legale, unicamente per la promessa unilaterale afferente un immobile, un'attività commerciale ovvero alcuni diritti sociali nelle società immobiliari, di trasposizione sotto forma di scrittura privata ovvero di atto notarile della medesima entro un termine massimo di dieci giorni dalla data di accettazione del beneficiario, a pena di nullità della promessa. Le norme che disciplinano tale formalità, con lo scopo di evitare qualunque dissimulazione del prezzo, sono l'art. 1592-2 del *Code Civil* e l'art. 1840 A del *Code général des impôts*, aventi l'obiettivo di “*faire obstacle à la pratique des certains intermédiaires qui obtiennent des promesses qu'ils cèdent ensuite moyennant un prix qui reste occulte et échappe ainsi aux taxes sur les chiffres d'affaires et à l'impôt général sur le revenu*” (J. GHESTIN – B. DESCHÉ, *La vente*, cit., 158). Qualora la promessa abbia come oggetto un immobile di proprietà di una persona fisica e l'opzione concessa al beneficiario ha una durata pari (ovvero superiore, causa proroga) a diciotto mesi, anche in questo caso è necessario, ai sensi del *Code de la construction et de l'habitation*, procedere con la redazione di un atto autentico, poiché è evidente che “*il s'agit de protéger le promettant contre des engagements trop longs pris envers un promoteur*” (P. MALAURIE – L. AYNÈS – P.Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, cit., 72).

⁴⁶⁵ Cfr. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, cit., 381. Si parla, in questo caso, di “*arrhes-pression*”, proprio a sottolineare la compromissione della libertà di scelta in capo al beneficiario (J. DJOUDI, «*Arrhes*», cit., 6).

⁴⁶⁶ M. MIGNOT, *Promesse de vente avec arrhes*, 7.

⁴⁶⁷ Per quanto concerne l'impiego del termine *indemnité*, la dottrina più attenta ha avuto modo di sottolineare la debolezza e l'imprecisione linguistica, in quanto, stando alla definizione rinvenuta nel vocabolario giuridico, esso indica propriamente la “*somme d'argent destinée à dédommager une victime, à réparer le préjudice qu'elle a subi [...]*” (G. CORNU, v° «*Indemnité*», in *Vocabulaire juridique Capitant*, III ed., P.U.F., Parigi 1990, 1). Ora, un'esame più approfondito mostra come, in realtà l'immobilizzazione del bene oggetto della promessa “*n'est la source d'aucun préjudice pour le promettant; elle est un avantage librement consenti par celui-ci au bénéficiaire, pour lui permettre de mûrir la décision d'acquiescer ou non. [...] La prétendue indemnité n'est rien d'autre que la contropartie de l'immobilisation du bien – c'est à dire – de la réservation de celui-ci au profit du bénéficiaire pendant le délai de l'option [...]. Mise en perspective de la sorte, l'indemnité*

l'espressione (e *lato sensu* il corrispettivo) del diritto di recesso e sono sempre a carico del promittente che può avvantaggiarsi di tale facoltà, l'*indemnité d'immobilisation*, al contrario, rappresenta “*le prix de la promesse*”⁴⁶⁸, che infatti grava sul beneficiario della medesima.

Resta ora da comprendere quale sia il corretto funzionamento della caparra con funzione risolutoria nell'ambito della promessa unilaterale di vendita, che può afferire sia il vincolo assunto dal promittente, sia il vincolo assunto dal beneficiario una volta che questi abbia esercitato il diritto d'opzione. Una *promesse de vente avec arrhes*, implica, infatti, che i contraenti si siano assicurati il diritto di sciogliersi dall'obbligo di vendere ovvero di acquistare il bene – mobile o immobile – oggetto della promessa, ricorrendo al meccanismo proprio della caparra come descritto all'art. 1590 del *Code civil*; si deve ulteriormente precisare, tuttavia, che il mero fatto materiale costituito dal versamento (ovvero dalla consegna) di una somma di denaro da un contraente all'altro è necessario ma non sufficiente per l'ottenimento di un diritto di recesso; per il valido esercizio della *faculté de dédit* è infatti richiesto che questa emerga chiaramente dalla convenzione o, per lo meno, dalle circostanze del caso concreto⁴⁶⁹.

Le considerazioni appena svolte sono valide anche per l'ipotesi in cui il versamento di una caparra con funzione risolutoria si accompagni a un contratto perfetto e non a una promessa di vendita o di acquisto; un parte della dottrina aveva infatti sostenuto la natura eccezionale dell'art. 1590 del *Code civil* da interpretarsi, pertanto, in maniera restrittiva, non potendo far assurgere a principio generale l'idea che i contraenti abbiano la facoltà di modificare l'impegno assunto, anche ritirandolo. Come logica conseguenza di tale convinzione, si affermava che la caparra con diritto di recesso potesse svolgere il proprio compito solo ove accedesse a un contratto *lato sensu* precario, i cui effetti non si fossero ancora prodotti in maniera definitiva⁴⁷⁰. La maggior parte degli autori, tuttavia, ha fatto

d'immobilisation est dépourvue de toute fonction réparatrice; elle n'a aucun caractère indemnitaire”.

⁴⁶⁸ A. DE BISSY, *L'indemnité d'immobilisation*, cit., 288, il quale aggiunge un'ulteriore considerazione, relativa alla circostanza che, mentre la *convention d'arrhes* è ammessa sia per i contratti preparatori, sia per quelli definitivi, l'*indemnité d'immobilisation*, essendo appunto *le prix de la promesse*, non può che accompagnarsi ad un *avant-contrat*.

⁴⁶⁹ “*Devant une convention claire et précise qui n'envisage nullement une telle option pour le promettant, le juge ne peut déduire du versement d'arrhes par le bénéficiaire la possibilité corrélatrice pour le promettant de se départir*” (J. DJOUDI, «*Arrhes*», cit., 6).

⁴⁷⁰ Il maggiore esponente di questa costruzione A. TROPLONG, *De la vente ou commentaire du titre IV du livre III de Code Napoléon*, I, V ed., Parigi 1856, 179 ss., il quale riteneva che “*s'il a été donné des arrhes, c'est précisément dans la vue de hâter une conclusion [du contrat]*” e inoltre “*que c'est moins aux actes parfaits que viennent s'attacher les stipulations d'arrhes qu'aux simples promesses ou qu'aux conventions qui attendent un complément. La preuve est dans l'art. 1590 du Code Napoléon qui parle des arrhes à propos des promesses de vente mais qui n'en rien dit en tant qu'accessoires des ventes parfaites*”. In conclusione, “*on doit conclure que, dans le doute, on doit*

propria la tesi estensiva, che riconosce un'applicazione dell'art. 1590 del *Code civil* senza restrizioni, così da ammettere l'inserimento di una *faculté de dédit* sia all'interno delle promesse di vendita, sia dei contratti di vendita già perfezionatosi. È stato – ed è tuttora - ritenuto perfettamente lecito e razionale concedere alle parti la possibilità di assicurarsi il diritto di recesso in relazione a tutti i tipi legali di contratto, considerando l'articolo summenzionato come avente una portata generale, anche perché sarebbe illogico limitare l'impiego di uno strumento utile quali l'*arrhes-dédit* alle sole promesse di vendita⁴⁷¹.

L'adozione di una tale prospettiva non si riduce a uno sterile dibattito dottrinale ma ha una portata più ampia di quanto non possa sembrare in apparenza, che coinvolge direttamente anche il ruolo dell'autonomia privata all'interno dell'ordinamento giuridico: l'ammissibilità di una facoltà di recesso relativamente a un contratto già formato significa, infatti, concedere alle parti un ulteriore spazio di libertà negoziale. Ciò emerge in maniera quanto più evidente nell'ambito del diritto dei consumatori d'oltralpe, dove l'art. 3, comma quarto, della L. 92-60 del 18 gennaio 1992 (*Code de la consommation*) ha comportato una vera e propria rinascita della caparra con funzione risolutoria⁴⁷²: mentre a lungo tempo si era costantemente affermato che le somme versate in occasione di un contratto già concluso potessero rivestire la funzione di acconto⁴⁷³, di garanzia della sua esecuzione ovvero di prova dell'avvenuto perfezionamento, ma non certamente la funzione di caparra con correlato diritto di recesso, ovvero che tutt'al più sottoponessero il contratto a una condizione sospensiva negativa⁴⁷⁴, oggi questa

plutôt supposer une simple promesse qu'une vente parfaite" (ivi, 180). Per l'Autore, infatti, sarebbe stato del tutto illogico pensare che la convenzione di caparra attribuisse alla parte che l'avesse versata il diritto di "*détruire des droits de propriété acquis légitimement, pour ébranler ce qui est conclu*", in quanto, ai sensi del *Code Civil*, l'effetto traslativo causato dal contratto di vendita è "*de plein droit*", di modo che la proprietà passa dall'alienante all'acquirente in maniera irrevocabile: "*il n'y aurait qu'une nouvelle vente qui pourrait la reporter sur la tête du vendeur*" (ivi, 186).

⁴⁷¹ Con riferimento al problema dell'ambiguità letterale dell'art. 1590, J. REDOUIN, *Les arrhes en droit français*, cit., 77, ritiene che discorrere unicamente di vendita anziché di promessa di vendita non avrebbe ingenerato alcun tipo di confusione e sarebbe stato certamente più utile. A questo proposito, porta ad esempio il testo dell'art. 170, comma primo, del progetto del Codice italo-francese, che disponeva (sul modello dell'art. 1217 c.c.) nel testo francese: «*Sauf clause ou usage contraire, les arrhes fouries lors de la conclusion d'un contrat sont considérées comme destinées à réparer le préjudice qui résulterait dès l'inexécution de la convention par l'une des parties*». E aggiunge come commento: "*Cet article est fort bien rédigé; il ne laisse aucun doute sur le domaine d'application de l'institution; il met en relief et son caractère interprétatif (sauf clause ou usage contraire) et la nature même des arrhes (destinées à réparer le préjudice...) ainsi que nous nous en sommes déjà expliqué*".

⁴⁷² A. TRICLIN, *La renaissance des arrhes*, cit., *passim*.

⁴⁷³ A. TRICLIN, *La renaissance des arrhes*, cit., 7, che, con riferimento alla tradizionale concezione giurisprudenziale afferma: "*On soutenait que des sommes versées par l'une des parties devraient être considérées comme des actes d'exécution du contrat, c'est à dire, des acomptes. Elle ne pourraient constituer le prix d'une faculté de dédit que si les parties avaient exprimé une intention positive allant en ce sens*".

⁴⁷⁴ Questa la posizione di G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *Della vendita e della*

concezione è stata del tutto smentita, tanto a livello dottrinale quanto a livello normativo, con la specifica previsione contenuta nel *Code de la consommation*, volta a sanzionare il comportamento non diligente del professionista, consentendo al consumatore di risolvere unilateralmente il contratto, nonostante questo si sia già perfezionato⁴⁷⁵. È dunque ammessa l'apposizione di una *convention d'arrhes* anche ai contratti definitivi, senza che ciò comporti alcun snaturamento dell'istituto della caparra né tantomeno del negozio medesimo, in quanto quest'ultimo produce già i suoi effetti a prescindere dalla previsione della facoltà di recesso⁴⁷⁶; anzi, in taluni casi la caparra è stata considerata dalla giurisprudenza come indice dell'avvenuta conclusione del contratto⁴⁷⁷.

Alla luce del quadro appena delineato, si può comprendere la distanza intercorrente, sotto questo particolare profilo, tra l'art. 1385 c.c. e l'istituto delle *arrhes*, in quanto nell'ordinamento italiano il patto di caparra si accompagna necessariamente a un contratto già concluso o, quantomeno, a un vincolo giuridicamente rilevante e produttivo di obbligazioni sul *tradens* e sull'*accipiens* (come nel caso del versamento di una caparra nella fase delle trattative), quindi a prestazioni corrispettive, data la sua intrinseca natura bilaterale⁴⁷⁸; l'unica figura di promessa a cui è fisiologicamente collegata una caparra confirmatoria è la ben nota promessa irrevocabile d'acquisto diffusa nell'ambito della prassi immobiliare, che sebbene sia sottoscritta solo dal promittente acquirente, nemmeno in questo caso è possibile fare appello all'art. 1385 c.c., in quanto (come si è avuto modo di indicare

permuta, cit., 62, i quali ritengono che alla luce del dettato normativo di cui all'art. 1590 “il consenso delle parti non è stato prestato definitivamente; ciascuna s'è riservata il diritto di recedere dalla promessa, cioè di ritirare il suo consenso e di essere considerata come se non l'abbia mai prestato. [...] In altri termini la promessa di vendita accompagnata da una consegna di caparra è subordinata ad una condizione sospensiva negativa: ciascuna parte ha promesso, l'una di vendere, se non ritira il suo consenso, l'altra di acquistare, se non ritira il suo consenso. [...] Risulta da ciò che, *pendente condicione*, la proprietà non si trasferisce, che il diritto proporzionale di trasferimento non è esigibile e che i rischi della cosa restano a carico di colui che ha promesso di vendere”.

⁴⁷⁵ Cfr. A. TRICLIN, *La renaissance des arrhes*, cit., 2, il quale sottolinea come in Francia il diritto del consumatore sia segnato da “*deux tendances divergentes qui tendent de surmonter cette onnipotence de l'autonomie de la volonté: celle du non-engagement, en octroyant au consommateur (ou en lui imposant) un délai de réflexion, et celle du désengagement, en lui conférant un droit de repentir*”.

⁴⁷⁶ La Cassazione francese ha infatti statuito che “*la faculté de dédit, qui permet aux parties de se repentir, est compatible avec la perfection du contrat*” (Cass., 1ère civ., 6 octobre 1965, in *Bull. civ.*, I, n. 516). Per quanto concerne la produzione degli effetti propri del contratto definitivo, si veda un'altra sentenza della Corte di Cassazione dove è stato ribadito che in un contratto di vendita *avec arrhes* la proprietà della cosa e il trasferimento del rischio si realizzano immediatamente a carico dell'acquirente (cfr. Cass., 1ère civ., 14 avril 1961, in *Bull. civ.*, I, n. 197).

⁴⁷⁷ Cfr. Corte Giustizia Comunità Europee, 18 luglio 2007, C-277/05, in www.curia.europa.eu: “Per quanto attiene, in modo particolare, alla caparra, si deve ricordare, in primo luogo, che essa costituisce l'indizio della conclusione di un contratto, nel senso che il suo versamento implica la presunzione dell'esistenza del contratto stesso”.

⁴⁷⁸ Cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 24: “La caparra confirmatoria è un negozio giuridico bilaterale poiché, derivando da essa obbligazioni in capo a entrambe le parti del contratto principale, per la sua stipulazione deve sussistere il consenso di ciascun contraente, cioè il loro accordo”.

nel capitolo precedente) la somma versata a mani del mediatore è destinata a trasformarsi in caparra confirmatoria solo al momento della sottoscrizione del preliminare chiuso o del contratto definitivo⁴⁷⁹. Non si pone, quindi, un problema afferente alla natura definitiva o meno del contratto principale, se non nei limiti in cui si stabilisce che la *condicio sine qua non* per la valida costituzione di un patto di caparra è la sussistenza di un negozio cui essa è strutturalmente e funzionalmente connessa e in mancanza del quale non potrebbe svolgere quella tipica funzione confirmatoria, che fa perno non solo sul diritto di recesso, né sulla preventiva quantificazione del danno ma anche sul rafforzamento del contratto principale. Nell'ordinamento italiano, insomma, la fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. ha certamente uno scopo risolutorio, come previsto dal diritto francese, ma assume un connotato più complesso, poiché questa finalità – si potrebbe dire – convive sia insieme alla funzione di garanzia dell'obbligazione assunta con il vincolo contrattuale, sia insieme alla funzione di preventiva e forfettaria quantificazione del danno per il caso di inadempimento⁴⁸⁰. In altri termini, la causa ibrida e polifunzionale della caparra confirmatoria comporta una duplice conseguenza, nel senso che, da una parte, impedisce una sorta di assolutizzazione del profilo afferente al diritto di recesso e, dall'altra, esclude la rilevanza della problematica relativa al carattere definitivo o meno del contratto principale, in quanto se è vero che quest'ultimo non può mancare – pena la nullità della caparra confirmatoria per difetto di causa – l'art. 1385 c.c. è idoneo a produrre i suoi effetti solo che vi sia un'obbligazione assunta in via reciproca dai contraenti, che sarà eventualmente travolta *ex tunc* qualora uno di essi decida (ricorrendone i presupposti) di avvalersi della facoltà concessa dal secondo comma dell'articolo suddetto. Ne deriva l'ulteriore constatazione che mentre all'interno del sistema delineato dal combinato disposto degli artt. 1589 e 1590 del *Code civil* la funzione di recesso della *convention d'arrhes* assume un ruolo di primissimo - per non dire esclusivo - piano rispetto alla funzione probatoria (che, come visto, riassume in sé sia la funzione vera e propria di prova del contratto concluso sia la funzione di acconto), sia da un

⁴⁷⁹ Cass. 1 aprile 1995, n. 3823, cit., n. 369: “Il versamento al mediatore di un «acconto sul prezzo» da parte di colui che sottoscrive la proposta di acquisto del bene non può avere, quali che siano state le espressioni utilizzate dalle parti per definirne la funzione, la natura giuridica e gli effetti di una caparra confirmatoria perché questa può inserirsi solo in un contratto con prestazioni corrispettive dal quale sorgono obbligazioni per entrambe le parti dato che altrimenti il versamento della caparra non sarebbe in grado di svolgere la sua peculiare funzione di coazione indiretta all'adempimento per il soggetto che dà e per quello che riceve”.

⁴⁸⁰ Ciò non significa, tuttavia, che il patto di caparra “persegue staticamente e contemporaneamente ognuna di esse, bensì alternativamente quella che risulta più adatta a rafforzare la posizione della parte in relazione alle diverse circostanze di svolgimento del rapporto contrattuale” (M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 18).

punto di vista teorico sia da un punto di vista applicativo, l'ordinamento italiano, al contrario, in forza del disposto di cui all'art. 1385 c.c., mostra un diverso impiego e una diversa concezione della caparra confirmatoria. In primo luogo, la funzione di anticipo della prestazione non è concettualmente separata e distinta dagli altri compiti potenzialmente svolti attraverso il versamento della somma di denaro, la quale, nell'ipotesi fisiologica di adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto, sarà imputata (e quindi dedotta) al prezzo finale; secondariamente, per quanto concerne il profilo relativo alla funzione risolutoria, è indubbio che in questo caso la caparra confirmatoria sia uno strumento di autotutela privata, che consente sia al *tradens* sia all'*accipiens* di sciogliersi unilateralmente da un rapporto reso inaffidabile a causa dell'inadempimento di controparte. Si deve notare, tuttavia, come nel sistema d'oltralpe il pagamento di una somma a titolo di *arrhes* rappresenti la quantificazione monetaria del *jus poenitendi*, secondo una costruzione che non sembra essere molto diversa dalla caparra penitenziale di cui all'art. 1386 c.c., dove il denaro ovvero la *res fungibile* sono versati con l'unico scopo di monetizzare il diritto di recesso⁴⁸¹; dalla lettura dell'art. 1385 c.c. sembra emergere un *quid pluris*, in quanto la *datio* assume una valenza multiforme, non limitata alla possibilità di risolvere unilateralmente il contratto⁴⁸², ma che si estende

⁴⁸¹ Non a caso, la migliore dottrina ha sottolineato come la *convention d'arrhes*, piuttosto che costituire un mezzo finalizzato al rafforzamento del contratto principale, si presenta come una “*cause d'atténuation de sa force obligatoire*” (J. DJOUDI, «*Arrhes*», cit., 6). Da una prospettiva storica, ciò è dovuto in parte all'evoluzione dell'istituto nel corso dell'epoca medievale, durante la quale si affermò – come si è già avuto modo di vedere nel Capitolo I – la c.d. visione monistica, che privilegiava e dava risalto unicamente alla natura penitenziale. Come è stato anche osservato da parte della dottrina, “il Codice Napoleone [...] si attenne al diritto franco-germanico”.

⁴⁸² Un'altra rilevante differenza tra i due sistemi emerge anche a livello terminologico e sistematico: si deve infatti precisare che il «recesso per inadempimento» di cui all'art. 1385 c.c., nella più recente riflessione dottrinale e giurisprudenziale, è stato correttamente qualificato come un'ipotesi di risoluzione stragiudiziale per inadempimento, i cui presupposti sono analoghi a quelli previsti dall'art. 1453 c.c., nonostante successivamente all'entrata in vigore del Codice del 1942 gli autori avessero seguito una linea interpretativa volta a sottolineare la distanza tra la risoluzione del contratto tramite caparra e la risoluzione del contratto in generale. Questa posizione era stata proposta, *ex multis*, da V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 195, il quale, sottolineando il profilo sanzionatorio dell'istituto, affermava che l'art. 1385 “parla solo di parte inadempiente e non inadempiente e non richiama espressamente il disposto di cui all'art. 1453 c.c.”. La dottrina contemporanea, al contrario, considera l'inadempimento come un presupposto necessario della caparra confirmatoria, che diviene così direttamente riconducibile alla risoluzione per inadempimento (cfr. S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, cit., 103). Secondo M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino 2013, 52 ss., questa recente impostazione dottrinale “risulta pienamente condivisibile nella misura in cui emancipa la caparra confirmatoria dalla restrittiva dimensione della mera liquidazione forfettaria del danno e colloca l'istituto nel contesto della risoluzione del contratto. [...] Non può dubitarsi che il recesso *ex art.* 1385 c.c. non condivida nulla del recesso c.d. penitenziale (convenzionale *ex art.* 1373 c.c. o legale nelle ipotesi previste nella disciplina contrattuale speciale; ad es., art. 1671 c.c., art. 2227 c.c.) o del recesso c.d. determinativo (il recesso, cioè che sancisce il momento di estinzione dei contratti senza determinazione di durata: ad es., art. 1810 c.c., art. 1771 c.c.), se non il mero rilievo descrittivo per cui si tratta, al pari di queste ipotesi, dell'atto unilaterale che provoca l'estinzione del rapporto contrattuale. La netta diversità funzionale del recesso per inadempimento non esclude che risulti ugualmente appropriata la definizione di recesso, a condizione di specificare che, in tal caso, il

ai rapporti tra le parti contraenti, le quali versano o ricevono la somma di denaro con la specifica intenzione di fornire anche prova della serietà dell'accordo assunto, effettuando un'anticipo della prestazione principale (che eventualmente può pure essere inteso quale *signum* tangibile dell'avvenuta conclusione del contratto) e, in ultima analisi, assicurandosi altresì una preventiva e forfettaria determinazione del danno per l'ipotesi dell'altrui inadempimento. Non solo, ma volendo anche riconoscere una sorta di primazia alla funzione di tutela della parte diligente e dell'interesse frustrato a causa del comportamento tenuto da controparte avvalendosi del diritto di recesso, quest'ultimo, in quanto recesso di autotutela, si mostra teleologicamente strutturato per rafforzare il contratto principale; in altri termini, dall'analisi della complessa fattispecie di cui all'art. 1385 c.c., si desume che il «recesso per inadempimento» costituisce un mezzo attraverso il quale il *tradens* ovvero l'*accipiens* possono liberarsi dal vincolo contrattuale a fronte dell'inadempimento dell'altro contraente ma, allo stesso tempo, tale diritto risulta essere in qualche modo funzionale ad accrescere la possibilità di realizzazione dell'assetto di interessi e delle obbligazioni dedotte nel contratto principale⁴⁸³.

Volendo compiere un ultimo confronto comparatistico a livello di disciplina legislativa tra diritto italiano e diritto francese, ritornando all'ambito del diritto dei consumatori, si può notare che il *Code de la consommation* contiene una norma simile a quella prevista dall'equivalente italiano, in relazione al tema delle clausole abusive: si presumono tali tutte le clausole che abbiano come oggetto ovvero come effetto di concedere al professionista il diritto di trattenere le somme versategli qualora il consumatore decida di non concludere ovvero di non eseguire il contratto, senza che sia prevista per quest'ultimo, in maniera speculare, la facoltà di ricevere una *indemnité* di valore equivalente ovvero pari al doppio per l'ipotesi in cui sia il professionista a ritirare il proprio consenso⁴⁸⁴. Si tratta di una presunzione *juris*

recesso costituisce l'atto reattivo del contraente fedele al rapporto contrattuale dinanzi all'alterazione del sinallagma, dovuto alla mancata esecuzione della prestazione da parte dell'altro contraente". La *faculté de dédit* concessa con la stipulazione di una *convention d'arrhes*, al contrario, è un vero e proprio diritto di recesso, che incide, come si è già detto, sul consenso precedentemente manifestato da un contraente e che nulla ha a che vedere con la modalità di risoluzione stragiudiziale del contratto.

⁴⁸³ Sul punto, si veda ancora la riflessione di M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 19 ss., il quale fa riferimento a una "funzione di garanzia svolta dalla caparra", da intendersi non *stricto sensu*, "cioè un diritto accessorio al credito (contrattuale) preordinato allo scopo di assicurarne l'adempimento" in quanto essa "non conferisce al creditore il potere di soddisfarsi con preferenza sul prezzo ricavato dalla vendita coattiva (garanzia reale), né comporta l'assunzione da parte del terzo dell'obbligazione personale di adempiere il debito altrui (garanzia personale)". La funzione di garanzia in senso lato, invece, consente di intendere la fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. come una garanzia per il caso di inadempimento del *tradens* ovvero dell'*accipiens*, attraverso il meccanismo dell'incameramento della somma ricevuta ovvero del versamento del *duplum*, in maniera non dissimile da un cauzione che vincoli la somma versata al soddisfacimento del credito risarcitorio.

⁴⁸⁴ Cfr. M. MIGNOT, *Promesse de vente avec arrhes*, cit., 19.

tantum: sarà eventualmente onere del professionista provare che la clausola, nonostante il contenuto, non sia abusiva⁴⁸⁵.

Per quanto concerne il diritto italiano, si deve fare riferimento all'art. 33, comma secondo, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, il quale contiene una lista di clausole che si presumono abusive, nell'ambito dei contratti stipulati tra professionista e consumatore, fino a prova contraria (c.d. *grey list*). In particolare la lettera e) del summenzionato articolo dispone che debbano considerarsi abusive quelle clausole che hanno come oggetto o come effetto «consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere». Si sanziona, pertanto, in primo luogo, la previsione di una caparra penitenziale unilaterale, che consenta cioè unicamente al professionista di risolvere il contratto e di trattenere la somma ricevuta, ovvero di incamerarla quale corrispettivo per il recesso esercitato dal consumatore⁴⁸⁶; il carattere di vessatorietà dovrebbe colpire, in via ulteriore, la clausola che sanziona la mancata conclusione del contratto per fatto imputabile al consumatore, andando a configurare una caparra confirmatoria sempre dal carattere unilaterale⁴⁸⁷. Una tale clausola andrebbe a creare un evidente squilibrio

⁴⁸⁵ L'art. L212-1 *Code de la consommation*, oltre a contenere la definizione e la qualificazione di clausola abusiva, rimanda a un ulteriore decreto governativo per l'esatta e precisa individuazione sia delle clausole da considerarsi sempre abusive (c.d. *black list*), sia di quelle la cui abusività sia presunta e possa essere negata dal professionista, su cui incombe l'onere della prova contraria. Di conseguenza, con il decreto n. 2016-884 del 29 giugno 2016 sono stati emananti l'art. R212-11, contenente la lista delle clausole da considerarsi «*de manière irrefragable*» abusive, che non ammettono pertanto la prova contraria e l'art. R212-2 che, al contrario, indica la lista di clausole da considerarsi abusive «*sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire*». Per una lucida critica alla nozione di presunzione di vessatorietà, nell'ambito del diritto italiano, cfr. C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa e dir. priv.*, I, 1998, 13 ss.

⁴⁸⁶ In questo senso, v. Trib. Palermo 2 giugno 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 359: “Deve essere inibita l'utilizzazione della clausola, contenuta nelle condizioni generali di un contratto di viaggio, in forza della quale, in caso di recesso del consumatore, l'organizzazione può trattenere, a titolo di corrispettivo per l'esercizio di tale facoltà, le somme già percepite, laddove non sia previsto che, in caso di recesso dell'organizzatore, quest'ultimo versi il doppio delle somme corrisposte dal consumatore”. Si veda anche in nota alla sentenza del Trib. Torino, 7 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 297 ss., il commento di A. PALMIERI, *Le clausole abusive e l'inibitoria: verso una riallocazione (ma a quale prezzo) dei rischi nei contratti di massa*, in *Foro it.*, 2000, I, 362, il quale sottolinea inoltre come “la circostanza che l'esercizio della facoltà di recesso convenzionalmente attribuita al consumatore sia subordinato al (contestuale) pagamento di una somma di denaro, costituente la cd multa penitenziale, è di per sé rivelatrice di una situazione squilibrata”.

⁴⁸⁷ In questa ipotesi, è piuttosto difficile configurare un inadempimento di tal genere del consumatore, anche perché se si esclude la situazione in cui quest'ultimo avrebbe versato una somma a titolo di caparra durante la fase delle trattative, “l'unica interpretazione possibile è quella di intendere la mancata conclusione del contratto come mancata stipulazione del contratto definitivo, al quale il consumatore era tenuto in forza di un precedente preliminare” (M. BELLANTE, *La caparra*, cit., 135).

nelle posizioni reciprocamente assunte dalle parti o, *rectius*, avrebbe come effetto di determinare «a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto», come precisamente recita l'art. 33, comma primo, Cod. cons. per definire la nozione di vessatorietà⁴⁸⁸. Per questo motivo, il carattere abusivo della pattuizione contrattuale verrà meno non solo nel caso in cui il professionista dimostri che essa è stata oggetto di negoziazione individuale con il consumatore, ai sensi dell'art. 34, comma quarto, d.lgs. 205/05, ma anche qualora egli dia prova della sussistenza di altri elementi, ovvero di altri strumenti che siano in grado di far venir meno la situazione di disequilibrio, i quali conducano così ad una sostanziale parità – non economica ma giuridica – nella posizione contrattuale del professionista e del consumatore⁴⁸⁹. Una volta che sia stata dichiarata vessatoria, la caparra dovrà essere restituita, salvo imputazione in conto della prestazione dovuta.

2.5 Renaissance du formalisme e forma della convention d'arrhes

Rimane da analizzare un ultimo aspetto, che costituisce in realtà il principale oggetto di studio del presente lavoro di ricerca, ossia il profilo attinente sia alla forma del patto di caparra *tout court* sia alle conseguenze in ipotesi di conclusione verbale di una *convention d'arrhes* che si accompagni a un contratto a forma vincolata. In un'ottica comparatistica, si intende pertanto verificare se, anche all'interno dell'ordinamento francese, si ripropongono alcune delle questioni presenti nel sistema italiano e quali soluzioni vengano alle stesse fornite ovvero se siano eventualmente presenti altri e diversi aspetti meritevoli di approfondimento

⁴⁸⁸ Non è di questo avviso V. ROPPO, *Trattato del contratto*, cit., 357, per il quale, in primo luogo, il patto di caparra non si identifica con nessuna delle clausole di cui all'art. 33, comma secondo, Cod. cons. e, secondariamente, a causa della struttura bilatera dello stesso, non può certo affermarsi che si venga a creare la situazione di squilibrio nei diritti e negli obblighi paventata dal primo comma dello stesso articolo. Secondo l'Autore il patto di caparra potrebbe essere tutt'al più ricompreso nell'elenco di cui all'art. 1341, comma secondo, c.c., che richiede la specifica approvazione per iscritto di talune clausole definite onerose per la parte aderente alle condizioni generali di contratto. Dello stesso parere anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 369, sulla base della considerazione che la caparra accorda al contraente fedele «la facoltà di recedere dal contratto».

⁴⁸⁹ In tal senso si veda la sentenza del Trib. Torino, 7 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 297: “Non è abusiva la clausola contenuta nelle condizioni generali di un contratto di compravendita di autovetture con la quale, ove il consumatore non adempia l'obbligo di pagare il prezzo, si attribuisce al professionista il diritto di trattenere la caparra ricevuta, posto che ad essa fa da contraltare, in caso di mancata consegna del bene entro due mesi dalla scadenza del termine pattuito, il conferimento al consumatore della facoltà di revocare l'ordinazione, ottenendo il doppio della caparra versata”. Analogamente, si veda Trib. Torino, 16 aprile 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 299: “ Non è abusiva la clausola contenuta nelle condizioni generali di un contratto di compravendita di autovetture con cui si attribuisce al professionista la facoltà di recedere in qualsiasi momento dal contratto nell'ipotesi di mancato versamento del deposito cauzionale, quantunque il consumatore possa esercitare analoga facoltà, in caso di ritardo nella consegna del bene, soltanto dopo quattro settimane dalla scadenza del termine pattuito”.

in relazione alle tematiche attinenti la forma della *convention d'arrhes*, in particolare con specifico riferimento alle compravendite immobiliari effettuate tramite intermediari.

In primo luogo, si deve ricordare che la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe qualificano la caparra come un contratto a forma libera – sempre in forza del già menzionato principio consensualistico – che può manifestarsi in maniera espressa o tacita⁴⁹⁰. Ciò discende direttamente dall'impianto antiformalista del *Code civil*, che prescrive l'adozione della forma *ad substantiam* in un numero ristretto di ipotesi, riconducibili a due distinti gruppi: da un lato, i contratti richiedenti, a pena di nullità, l'atto autentico, quali la donazione, il contratto di vendita di immobili da costruire, il contratto di matrimonio⁴⁹¹; dall'altro, gli atti che richiedono semplicemente la redazione di uno scritto (generalmente senza alcuna formalità ulteriore) quali gli atti comportanti il trasferimento dei diritti collegati alla domanda di un brevetto o a un'invenzione, l'ipoteca gravante su una nave ovvero su un aeromobile, nonché il mandato conferito a un agente immobiliare. Questi contratti rientrano così nella categoria dei *contrats solennels* (categoria peraltro non definita dal legislatore) che si caratterizzano per il fatto di richiedere una particolare forma quale condizione di validità del contratto, pena la nullità⁴⁹². Si comprende chiaramente come in tali negozi la forma solenne costituisca un requisito per l'esteriorizzazione del consenso, poiché relativamente ad essi il legislatore francese – certamente anche in considerazione della loro rilevanza economico-giuridica - ha ritenuto opportuno, attraverso una scelta di politica legislativa, fare sì che il consenso, imbrigliato in una rigida griglia di oneri formali, venga prestato in maniera quanto più consapevole, a dispetto della leggerezza con cui questo può essere manifestato nei contratti consensuali⁴⁹³.

⁴⁹⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE – L. SAIGNAT, *Della vendita e della permuta*, cit., 66: “È una questione d'interpretazione della convenzione, e i giudici debbono ricercare l'intenzione delle parti nell'insieme delle circostanze: il rapporto del valore della caparra con l'importanza della convenzione che accompagna può essere preso in considerazione”.

⁴⁹¹ Come nota J. GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 398, in questi casi “*il s'agit d'actes importants et dangereux. La forme notarié attire l'attention des parties, les oblige à réfléchir et, surtout, leur permet de bénéficier des conseils que le notaire est tenu de leur donner, et des vérifications auxquelles il doit procéder sous sa propre responsabilité. [...] Il doit vérifier systématiquement que les conditions d'efficacité de l'acte passé sont remplies et il est responsable des erreurs de droit qu'il peut commettre*”.

⁴⁹² “*Un contrat est solennel dès l'instant que l'expression du consentement doit être, à peine de nullité, et sans équivalent possible, extériorisé selon la forme impérativement déterminée par la loi*” (J. GHESTIN, *op. ult. cit.*, 431).

⁴⁹³ Come sottolineano P. MALAURIE – L. AYNÈS - P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit, 535, all'interno dei contratti consensuali il consenso può essere esteriorizzato in qualunque modalità e, pertanto, presenta “*l'inconvénient de permettre des consentements irréfléchis, donnés à la légère ou même inexistantes. De plus, il ne donne pas aux tiers une assurance sur l'act ou sur son contenu*” e “*il peut mettre l'une des parties à la merci de l'autre, qui nierait son engagement*”.

Per quanto concerne in particolare il secondo gruppo di atti, questo si è decisamente accresciuto a partire dalla seconda metà del XX secolo soprattutto in conseguenza della legislazione orientata alla protezione del consumatore, con un aumento delle formalità afferenti ai contratti d'adesione non limitate all'aspetto per statico ed esteriore di questi ultimi ma altresì estese, in un'ottica dinamica, al contenuto vero e proprio del regolamento negoziale: la tutela della parte debole del rapporto contrattuale si attua, infatti, non solo attraverso la predisposizione di un documento scritto che possa esserle consegnato dal professionista al consumatore così che questi possa prendere visione e conoscenza delle clausole del regolamento contrattuale, ma specialmente attraverso l'obbligo di inserimento di determinate clausole e previsioni considerate necessarie affinché il consumatore compia un acquisto consapevole⁴⁹⁴.

In conseguenza di una simile tendenza, in Francia come in Italia si è parlato di una *renaissance du formalisme*⁴⁹⁵ e si è conseguentemente posto l'interrogativo se il principio consensualistico potesse rivestire ancora una portata generale, in termini analoghi a quanto si è detto nel capitolo precedente per l'ordinamento italiano con riferimento al dibattito del principio della libertà delle forme e della sua sopravvivenza⁴⁹⁶. I dubbi a livello puramente teorico si sono dovuti peraltro

⁴⁹⁴ Si pensi, in aggiunta alla legge 3 gennaio 1967 relativa agli immobili da costruire, anche alla legge 22 dicembre 1972 che impone non solo l'impiego della forma scritta ma anche determinate prescrizioni contenutistiche per la vendita a domicilio; ancora, la legge del 10 gennaio 1978 e del 13 luglio 1979 che regolano il credito al consumo e prescrivono alle banche l'adozione di taluni modelli-tipo per la redazione dei contratti; la legge 13 dicembre 1989, concernente il sovraindebitamento delle persone fisiche, che conferisce carattere imperativo al modello di menzione manoscritta per qualsiasi garanzia prestata per un consumatore.

⁴⁹⁵ H. MAZEAUD – L. MAZEAUD – J. MAZEAUD – F. CHABAS, *Obligations*, cit., 60, i quali affermano che “*dépuis la rédaction du Code Civil, le législateur a augmenté les nombre des contrats solennels; il exige la rédaction d'un écrit, qui peut être, d'ailleurs, un écrit sous seing privé aussi bien qu'un écrit authentique*”. Nello stesso senso anche A. COLIN – H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, cit., 349 ss., per i quali il formalismo “*correspond à un besoin social si éternel qu'il ne devait pas tarder à disparaître*” e si manifesta in quattro diverse modalità, ossia nelle *formes probantes*, *formes habilitantes*, *forme de publicité* e *forme solennelles*.

⁴⁹⁶ Esiste infatti un nesso di interdipendenza e di reciprocità tra il principio consensualistico e il principio di libertà delle forme (entrambi presenti tanto nell'ordinamento francese quanto in quello italiano), in quanto la regola generale posta dal *Code civil* è che il consenso – adeguatamente manifestato - sia il requisito minimo e sufficiente al fine della valida costituzione del vincolo contrattuale, non essendo richiesto nessuna altra prescrizione per la sua efficacia. Ne deriva logicamente che il consensualismo sia la regola e i contratti formali (tra cui gli Autori francesi annoverano anche i contratti reali) l'eccezione: cfr. J. CHARBONNIER, *Obligations*, cit., 170 ss. Fondamentali si rivelano sul tema le parole di M. TROPLONG, *Della vendita*, cit., § 40, 46 : “Il diritto è capace di progresso. A misura che esso si perfeziona, si spoglia delle forme materiali, inutili, e tende a rivestire una forma più astratta. Si concepisce allora che esso faccia adempiere alla volontà pura dell'uomo un ufficio ben più importante. In questo stato di cose questa volontà è meno dominata dalla tirannia delle solennità esterne; così non è più necessario che esso si manifesti per mezzo di atti fisici e atti visibili. Essa trae tutta la sua forza da se medesima; si fa rispettare solo perché appunto emanata da un uomo libero”. In questo senso, è corretto affermare che il principio consensualistico esprime la libertà delle forme e si oppone, al contrario, a quelle disposizioni (sempre più numerose) della legislazione *extra codicem* che richiedono la redazione di uno scritto ovvero l'inserimento di determinate clausole nel regolamento contrattuale a pena di nullità. Cfr.

confrontare con la realtà delle contrattazioni e con gli incontestabili vantaggi forniti, in molte situazioni, dall'impiego della forma scritta *ad substantiam*, sia nei rapporti tra le parti contraenti, sia nei confronti dei terzi, nonché nei confronti dei pubblici poteri⁴⁹⁷: se l'unico vero inconveniente del formalismo è rappresentato dall'eventualità che il mancato rigoroso rispetto anche di una sola prescrizione formale possa rendere inefficace l'intero contratto, si comprende subito che una tale rigida impostazione appartiene al formalismo di stampo arcaico, piuttosto che alla moderna concezione dello stesso, la quale si declina sia nella necessità della forma scritta, a pena di nullità, sia nell'imposizione di un determinato contenuto per poter assicurare l'informazione e la protezione dell'operatore giuridico, in modo particolare qualora questo rivesta il ruolo di consumatore e vi sia la necessità sia di riequilibrare le asimmetrie informative sia di prevenire eventuali abusi da parte del professionista⁴⁹⁸. Questo neo-formalismo si mostra così molto distante da quella *renaissance du formalisme* di cui si parlò sia in Francia sia in Italia all'inizio del XX secolo, che riguardava piuttosto la prova e la forma della prova e non intendeva procedere ad una "riconcettualizzazione della forma"⁴⁹⁹ in un'ottica procedimentale, al fine di garantire la certezza dello scambio giuridico e, allo stesso tempo, la tutela degli interessi delle parti, in particolar modo nelle situazioni di asimmetria informativa nonché di squilibrio nei rapporti di forza contrattuali⁵⁰⁰.

la riflessione di R. CARAVAGLIOS, *Il contratto per persona da nominare*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Milano 2012, 217, nt. 6: "Nell'esperienza francese la libertà delle forme deriva direttamente dalla concezione giusnaturalista dell'autonomia contrattuale, considerandosi le deroghe di diritto positivo come regole in contrasto con il diritto naturale, anzi come eccezioni allo stesso principio consensualistico". Per il diritto italiano, si vedano le parole di C. CICERO, *Le obbligazioni: I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, VIII, diretto da M. Bessone, Torino 2013, 27 per il quale, stante il principio di libertà delle forme, i contratti formali costituiscono un'eccezione alla regola, dal momento che "i contratti sono validi ed efficaci quale che sia la forma di cui si riveste la manifestazione di volontà (*solus consensus obligat* di genesi pufendorfiana)". Pone in stretta correlazione libertà della forma e principio consensualista anche R. CLARIZIA, *La libertà di forma in civil law e in common law. Il contratto telematico*, in *Riv. not.*, 6, 1998, 6, 1078, il quale, una volta fatta la premessa che "in Francia, intorno al *Code civil* si è costruito il moderno sistema di *civil law*" afferma: "la regola è dunque quella del consensualismo che può esteriorizzarsi in una maniera qualunque: basta che sia accertabile, poi non c'è bisogno che rivesta una forma particolare".

⁴⁹⁷ Cfr. J. GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 339 ss.

⁴⁹⁸ Ecco perché non è corretto parlare di rinascita del formalismo se lo si intende nell'accezione propria del diritto romano, dove la forma era sostitutiva della manifestazione di volontà; qualora invece, più correttamente, si voglia indicare la necessità del rispetto da parte dei contraenti di determinate esigenze di forma affinché il contratto non solo sia valido ma pure efficace, senza che ciò ne faccia venire meno il carattere consensuale, allora si tratta di un formalismo in senso lato, che generalmente coincide con l'imposizione della forma scritta. La rinascita del formalismo si potrebbe registrare, inoltre, come riferimento ad un altro fenomeno, che si sostanzia nel suo essere condizione di validità del contratto, al fine di porre rimedio agli eventuali abusi nascenti dai contratti standard e di assicurare un livello minimo nelle informazioni dovute al soggetto più debole del rapporto (cfr. J. GHESTIN, *op. ult. cit.*, 337).

⁴⁹⁹ S. PAGLIANTINI, *Della forma del contratto*, in *Comm. Gabrielli, I contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e G. Orestano, Torino 2011, 19.

⁵⁰⁰ Come ebbe già modo di notare L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa,*

Dal quadro brevemente tracciato, si può così giungere ad affermare che, anche nel sistema francese, il patto di caparra non necessita dell'osservanza di alcuna formalità in quanto viene ricondotta alla categoria dei contratti consensuali, per il cui perfezionamento è sufficiente il mero manifestarsi del consenso tra le parti; ciò vale anche nell'ipotesi in cui il *contrat support* al quale la *convention d'arrhes* acceda sia un contratto solenne perché richiedente la forma dell'atto pubblico (quale, per esempio, il contratto preliminare di immobili da costruire) ovvero per il quale sia semplicemente prescritta la forma di scrittura privata (quale la promessa di vendita di un'azienda commerciale). L'unica conseguenza può verificarsi nella direzione opposta, nel senso che qualora il negozio non rispetti la formalità imposta, ciò ne comporterà la nullità e, conseguentemente, anche la validità della caparra sarà travolta *ex tunc*. Il patto orale di caparra può dunque accompagnare anche un contratto principale che rientri nella categoria dei contratti solenni senza che per l'interprete si ponga alcun problema nel differente regime formale tra i due contratti collegati; potrebbe eventualmente porsi una questione in relazione alla prova dell'avvenuta stipulazione di una *convention d'arrhes* afferente a una promessa di vendita, sia essa unilaterale ovvero sinallagmatica: se quest'ultima deve necessariamente rivestire la forma scritta (come scrittura privata o come atto pubblico) ma dal documento non emerge la previsione di una facoltà di recesso come disciplinata dall'art. 1590 del *Code civil*, quali conseguenze ne derivano? Poiché la dottrina è unita nell'affermare che la *datio* sia un atto attinente alla fase esecutiva del rapporto, anziché a quella costitutiva, nulla vieta che un *contrat de dédit* sia concluso semplicemente con lo scambio reciproco dei consensi tra promittente e beneficiario, mentre il contratto principale venga redatto per scrittura privata ovvero di fronte al notaio; la *traditio* della somma a titolo di caparra sembra dunque configurarsi come un'obbligazione assunta a carico del soggetto interessato ad assicurarsi il diritto di recesso, il quale può essere tanto il potenziale acquirente quanto l'attuale proprietario⁵⁰¹. Il mancato versamento delle *arrhes* non potrebbe dunque che essere ricostruito come un inadempimento contrattuale imputabile alla parte che si era voluta riservare la possibilità di risolvere unilateralmente il vincolo già assunto. Allo stesso tempo, tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza sembrano ritenere necessaria la coesistenza del patto di caparra e del contratto principale, di modo che non pare sia ammessa alcuna sfasatura temporale tra l'uno e l'altro: in

tit. cred., 1997, 18.

⁵⁰¹ Come afferma C. BIQUEZ, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, cit., 40: “*La remise d'une chose n'est pas nécessaire pour la formation de la convention, mais indispensable pour son exécution*”.

questo senso, allora, pur qualificando l'elemento materiale della *datio* non come un atto giuridico relativo ad un contratto reale bensì come mera attività esecutiva di un contratto consensuale, non dovrebbe manifestarsi nessun problema afferente né alla forma della *convention d'arrhes* né all'eventualità che quest'ultima preceda temporalmente il contratto principale⁵⁰².

Venendo a considerare l'ulteriore ipotesi in cui le parti abbiano concluso un patto di caparra relativo a un *contrat solennel* la cui redazione per *acte authentique* ovvero *sous seing privé* non sia ancora stata eseguita, quali sono le conseguenze dell'avvenuto versamento della somma? Si può parlare anche qui, come si è tentato di argomentare nel capitolo precedente, di interruzione *lato sensu* della trattativa, di violazione della buona fede e di lesione dell'affidamento ingenerato nella controparte con riferimento alla futura formalizzazione del contratto? A differenza di quanto evidenziato in relazione all'ordinamento italiano, la risposta a tali interrogativi si rivela negativa, ed essa è figlia di una pluralità di considerazioni, quali, *inter alia*, la particolare struttura della *convention d'arrhes* nel diritto d'oltralpe, le funzioni perseguite attraverso quest'ultima e il ruolo del formalismo negoziale all'interno dell'ordinamento francese: ne consegue che il rifiuto eventualmente manifestato da una delle due parti contraenti in relazione all'obbligo di redigere un atto nella forma *ad validitatem* per questo prescritta dalla legge si configura, da un lato, come un mero fatto impeditivo alla nascita di quel particolare negozio nel mondo giuridico e, dall'altro, come causa di nullità della stessa caparra, che non può essere concepita – in forza del suo carattere accessorio - senza la sussistenza del contratto principale cui accede. La dichiarazione di nullità che colpisca il contratto principale ha come conseguenza la nullità della caparra medesima nonché l'obbligo di restituzione di quanto versato, e ciò anche in conseguenza del fatto che le funzioni che la *convention d'arrhes* può essere chiamata a svolgere mal si conciliano con l'idea della garanzia della futura conclusione del contratto; in altri termini, poiché la caparra nel sistema francese ricopre principalmente il ruolo di strumento di recesso unilaterale dal contratto, sarebbe ultroneo e totalmente inappropriato attribuirgli quell'ulteriore funzione che invece è idonea a svolgere nell'ordinamento italiano, ossia di segno evidente e tangibile sia della formazione progressiva dell'accordo, sia dell'intervenuto accordo - quantomeno in forma orale - e della manifestazione della serietà

⁵⁰² Una delle principali differenze tra clausola penale e caparra risiede proprio in questo, che la prima è versata al momento dell'esercizio del recesso mentre la prima è anticipata (e sotto tale profilo, al contrario, si avvicina all'acconto) al momento della formazione della promessa di vendita: cfr. C. BIQUEZ, *Les promesses de vente de fonds de commerce*, cit., 42.

dell'impegno (ancora da formalizzarsi ai sensi di legge) delle parti, che si intendono già vincolate come se il contratto principale fosse stato già redatto nella forma prescritta *ad substantiam*. La caparra di cui all'art. 1385 c.c. è così in grado, in talune circostanze, di creare un legame più forte tra le parti, al punto da far sorgere un legittimo affidamento sulla successiva redazione del contratto che, se venisse violato, potrebbe dare luogo ad un risarcimento del danno non tanto per interruzione della trattativa (che a rigore si è già conclusa) quanto per violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella formazione del contratto. Una tale ricostruzione non sembra possibile nell'ordinamento d'oltralpe, dove le *arrhes-débit* - che rappresentano l'ipotesi di gran lunga più impiegata nella prassi delle contrattazioni - rispondono al preciso scopo di consentire alla parte di sciogliersi unilateralmente dal contratto, senza tuttavia presentare alcun carattere sanzionatorio proprio ed esclusivo della clausola penale; ciò è vero, come si è avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti, con particolare riferimento all'istituto della *promesse de vente*, poiché la caparra che vi sia collegata è generalmente considerata quale *moyen de dédit du contrat*. La qualificazione *confirmatoire* nel diritto francese, come si è tentato di indicare nei paragrafi precedenti, è una categoria ampia che contiene al suo interno tanto la funzione probatoria quanto la funzione di acconto, le quali si distaccano nettamente dalla quella risolutiva, al punto che nell'ambito della *matière commerciale*, in caso di dubbio sull'individuazione della finalità ricoperta dalla caparra, l'interprete deve propendere per la sua qualificazione in termini di acconto, mentre nella disciplina consumeristica vale precisamente la presunzione (semplice) contraria. Quando nell'ordinamento francese, inoltre, si suole affermare che la caparra può svolgere o la funzione di corrispettivo del recesso o la funzione di garanzia, con tale seconda espressione si intende fare riferimento alle *arrhes-acompte*, che costituiscono semplicemente un pagamento anticipato, in esecuzione di un'obbligazione già assunta, ma non sono accostabili alla funzione *lato sensu* di garanzia come ricostruita ai sensi dell'art. 1385 c.c., che non si limita ad essere un pagamento parziale bensì vale a testimoniare la serietà dell'impegno assunto e delle obbligazioni scaturenti dal medesimo.

Infine, per quanto concerne il ruolo del formalismo negoziale all'interno di una tale fattispecie concreta, si deve riflettere sulla circostanza che la *convention d'arrhes* trova il suo più largo impiego in occasione di una promessa unilaterale di vendita, che è un tipico contratto consensuale, per il quale non è richiesta alcuna

particolare forma, fatta eccezione per le prescrizioni formali ai fini fiscali⁵⁰³; sono previsti inoltre alcuni oneri di forma-contenuto per la promessa di vendita di azienda, con lo scopo precipuo di informare in maniera esaustiva l'acquirente circa le caratteristiche del bene oggetto del trasferimento⁵⁰⁴. Si ricorda, infine, l'obbligo di redazione per *acte authentique* della promessa di vendita di un immobile ai sensi del *Code de la construction et de l'habitation*, questa volta con lo specifico obiettivo di tutelare precipuamente l'interesse dell'alienante⁵⁰⁵. Come si può notare, la regola della libertà di forma della *promesse de vente* è derogata dalla presenza di talune formalità che rispondono a particolari esigenze di protezione delle parti e la cui violazione comporta la nullità del negozio, alle volte per contrasto con gli interessi pubblici, altre volte perché si tratta di contratti per i quali il legislatore francese, in considerazione della loro importanza socio-economica nonché per il loro particolare contenuto, impone il rispetto di vincoli formali per esigenze di certezza e sicurezza del traffico giuridico, peraltro a conferma della *renaissance du formalisme*.

Il ricorso alla *convention d'arrhes* può manifestarsi, tuttavia, anche in occasione di una particolare figura cui si è già avuto modo di accennare, ossia la *promesse de vente ne valant pas vente*, che si caratterizza per il fatto che sovente i contraenti - soprattutto in occasione di una contrattazione immobiliare - si limitano a redigere l'atto di trasferimento della proprietà in forma di scrittura privata, rimandandone la formalizzazione come atto pubblico ad un momento successivo. Come si è già indicato nel paragrafo precedente, una tale forma di vendita reciproca

⁵⁰³ Come si è già avuto modo di vedere *supra*, p. [...] nota [...], l'obiettivo del legislatore francese è quello “*d'empêcher les professionnelles de l'immobilier et les négociateurs de la vente de fonds de commerce de céder à leur clients, de façon occulte et moyennant une rémunération dissimulée, les promesses qui sont leur accordées, afin d'échapper aux charges fiscales pesant sur cette rémunération*” (O. BARRET, *Promesse de vente*, cit., n. 68).

⁵⁰⁴ Si tratta di *mentions obligatoires* la cui omissione, totale o parziale, ai sensi dell'art. L.141-1 del *code du commerce*, può comportare la nullità del contratto su domanda avanzata dall'acquirente, qualora ritenga che il suo consenso sia stato viziato a causa delle informazioni omesse e ciò gli abbia causato un danno. Analoghi oneri di forma contenuto sono presenti nel *code de l'urbanisme*, all'art. L.111-5-3, concernente le promesse di vendita ovvero di acquisto di un terreno da costruire: si prevede obbligatoriamente che la promessa unilaterale debba indicare, a pena di nullità, i confini della proprietà immobiliare, qualora l'acquirente sia un soggetto non professionista e intenda costruire per uso abitativo esclusivo ovvero per uso in parte abitativo e in parte professionale (cfr. O. BARRET, *Promesse de vente*, cit., n. 82).

⁵⁰⁵ Secondo O. BARRET, *Promesse de vente*, cit., n. 86, l'obbligo di redazione di un *acte authentique* per la promessa di vendita che abbia durata superiore a diciotto mesi (ovvero una proroga della promessa che la estenda fino a una durata di diciotto mesi), così come previsto dall'art. L.290-1 del *Code de la construction*, trova la propria *ratio* nel fatto che il promittente, persona fisica, possa “*mesurer pleinement la portée de son engagement lorsqu'il consent au bénéficiaire un délai de l'option de long durée*”. L'intervento del notaio quale pubblico ufficiale deve quindi servire a fare sì che il promittente possa avere più tempo per riflettere sull'azione che sta compiendo nonché beneficiare dei consigli di un professionista. La violazione della norma comporta pertanto la nullità del contratto preliminare.

è dunque assimilabile, per certi aspetti, al contratto preliminare di diritto italiano, in quanto essa non è sottoposta ad una condizione sospensiva (come avviene, invece, nella figura di *promesse de vente valant vente*) bensì a una “*condition de formation*”⁵⁰⁶: l'*acte authentique* costituisce, infatti, elemento della fattispecie, che ne condiziona la validità e l'efficacia e, allo stesso tempo, rappresenta la tappa finale di un procedimento di formazione del contratto medesimo, che risponde alle concrete esigenze manifestate dalle parti di non addivenire immediatamente alla stipulazione dell'atto definitivo (e quindi di rimandare l'effetto reale della vendita). Non solo la struttura ma pure gli effetti di un tale *avant-contrat* sono parzialmente simili a quelli propri del contratto preliminare, in quanto sulle parti incombe un obbligo di fare, ossia di addivenire alla stipulazione dell'atto sotto forma di atto notarile; una peculiarità propria del diritto francese rispetto al sistema delineato dal combinato disposto di cui agli artt. 1351 e 2932 c.c. si scorge, tuttavia, qualora si confronti l'ipotesi della mancata esecuzione di un contratto preliminare avente ad oggetto l'obbligo di negoziare il contratto definitivo, con l'ipotesi in cui, al contrario, le parti abbiano già prestato il loro consenso al contratto definitivo ma abbiano previsto l'adempimento di una formalità ulteriore. La *promesse de vente ne valant pas vente*, infatti, nonostante sia assimilabile e riconducibile al contratto preliminare dell'ordinamento italiano, secondo la tradizionale e assolutamente maggioritaria impostazione giurisprudenziale non potrebbe trovare tutela, in caso di sua violazione, nell'esecuzione in forma specifica, bensì unicamente nel ricorso ai *dommages et intérêts*; la stipulazione di una *promesse de vente valant vente*, al contrario, consente al contraente che veda frustrato il proprio interesse alla sottoscrizione dell'atto in forma pubblica di ottenere tutela, con il ricorso al giudice, attraverso l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di formalizzare il contratto, in maniera analoga al disposto di cui all'art. 2932 c.c.

Alla luce di tali considerazioni, si coglie in questa particolare fattispecie concreta un problema per certi aspetti analogo a quello posto come ipotesi di lavoro del confronto comparatistico, ossia la valutazione delle conseguenze derivanti dalla mancata formalizzazione del contratto per fatto imputabile ad una delle parti, che sia stato tuttavia preceduto dal versamento di una caparra, proprio in vista del completamento del procedimento di formazione dell'accordo. Nella figura della *promesse de vente ne valant pas vente* il consolidato atteggiamento della giurisprudenza, che nega alla parte non inadempiente la possibilità di ottenere una

⁵⁰⁶ O. BARRET, *Promesse de vente*, cit., n. 202.

pronuncia contenente l'ingiunzione, nei confronti della controparte che abbia opposto il proprio rifiuto, di addivenire alla stipulazione del contratto nella forma dell'atto pubblico, potrebbe essere smentito a seguito della recente riforma introdotta con il nuovo art. 1221 del *Code civil*. L'*ordonnance* n. 2016-131 ha infatti eliminato ogni distinzione tra obbligazioni di fare, di non fare e di dare, ponendo come unici limiti l'impossibilità (morale, materiale e giuridica) del ricorso all'esecuzione in forma specifica e la manifesta sproporzione – relativamente alla posizione del debitore – tra il costo di quest'ultima e dell'esecuzione per equivalente. Soluzione peraltro ulteriormente rafforzata dalla nuova disciplina in tema di *promesse unilatérale de contrat* che, all'art. 1224, secondo e al terzo comma, del *Code civil* regola in maniera esplicita le conseguenze derivanti sia dalla revoca della promessa durante il periodo concesso al beneficiario per perfezionare il contratto sia dall'ipotesi in cui quest'ultimo si concluda con un terzo e non con il beneficiario, in violazione della promessa medesima. Come ha avuto modo di notare la dottrina francese, la decisione del legislatore nel senso di considerare *tamquam non esset* la revoca della promessa nonché la violazione della stessa è un chiaro segnale di quella che potrebbe definirsi una vera e propria inversione di rotta dell'ordinamento francese a favore dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. Il fatto che la *révocation* non sia in grado di *empêcher* (ossia pregiudicare) *la formation du contrat* equivale a dire che il beneficiario-creditore sarà legittimato a domandare l'adempimento in natura della promessa, e non semplicemente il risarcimento dei danni; come è stato efficacemente notato, “*l'application de l'article 1224 à la violation d'une promesse unilatérale de vente conduit en définitive à forcer le transfert de la propriété*”⁵⁰⁷. Il legislatore francese attraverso l'*ordonnance* del 10

⁵⁰⁷ M. FAURE-ABBAD, *L'impact des règles de conclusion des contrats*, cit., 321. La scelta del legislatore francese si inserisce all'interno di un panorama dottrinale e giurisprudenziale piuttosto variegato, dal momento che non vi era (e, per certi versi, non vi è tutt'ora) unanimità di vedute circa la possibilità di agire con l'esecuzione in forma specifica di una promessa violata. Se alcuni commentatori non hanno mancato di sottolineare come il contenuto del secondo comma dell'art 1224 comporta che la promessa divenga, di fatto, un contratto già concluso e perfezionato, che vincola in modo definitivo il promittente, persino “*mieux qu'un engagement résolvant en dommages-intérêts*” (I. NAJJAR, *La sanction de la promesse de contrat. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, in *Recueil Dalloz 2016*, 848), altri hanno posto l'attenzione sull'importanza del principio *nemo praecise cogi ad factum* e sulla necessità che l'esecuzione in natura non debba trasformarsi in una forma di violenza o di pressione sul contraente (cfr. T. FRANCISOT, *Controverse sur la promesse unilatérale de contrat après la réforme du 10 février 2016*, in *AJ Contrat 2016*, 480 ss.). Ancora più dura la critica di M. FABRE-MAGNAN, *De l'incostitucionalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente, dernière palidore avant l'adoption du projet de réforme de droit des contrat*, in *Receuil Dalloz 16 avril 2015*, 826, che così si esprime: “*une objection dirimante nous a toujours semé devoir être soulevée contre cette proposition: comment l'exécution forcée d'un contrat non traslatif de propriété – le contrat de promesse unilatérale de vente – peut-il entraîner le transfert forcé de la propriété?*”. Altri, al contrario, hanno posto l'accento sulla “*efficacité de la sanction*” (M. FAURE-ABBAD, *L'impact des règles de conclusion des contrats*, cit., 321), la quale dovrebbe tutelare maggiormente gli interessi del

febbraio 2016 si è così dimostrato sensibile alle posizioni della dottrina, la quale aveva più volte criticato l'indirizzo adottato dalla *Cour de Cassation* (espresso nel famoso *arrêt Cruz*) contenuto nella duplice affermazione della piena rilevanza ed efficacia della revoca della proposta irrevocabile - quale condizione impeditiva della formazione del contratto - e del diniego di tutela in forma specifica per il beneficiario⁵⁰⁸. Come è stato osservato dai primi commentatori della riforma, “*la règle jurisprudentielle selon laquelle une telle rétractation s'opposait à la formation du contrat est donc abandonnée. La volonté du législateur est de faire renouer force obligatoire des contrats et avant-contrats*”⁵⁰⁹.

All'interno di un tale contesto normativo, la caparra che sia stata eventualmente versata in occasione di un *avant-contrat* quale la promessa sinallagmatica di vendita non assume, tuttavia, alcun particolare ruolo, tale da influire sulla decisione di sanzionare il comportamento del contraente inadempiente con l'obbligo di risarcimento del danno causato dalla mancata sottoscrizione della promessa nella forma dell'atto notarile, che viene considerata elemento ulteriore - rispetto ai semplici contratti consensuali - al fine del perfezionamento del contratto di vendita e, pertanto, la sua mancanza ne comporta la nullità *sic et simpliciter*. In altre parole, nell'ipotesi patologica in cui la consegna di una somma a titolo di caparra (con funzione risolutoria) si accompagni a una promessa sinallagmatica di vendita redatta nella forma di scrittura privata, cui non faccia seguito successivamente l'atto notarile, *la convention d'arrhes* non è in grado

beneficiario in occasione della promessa unilaterale di vendita di un bene immobile: secondo tale ricostruzione, vi sarà una vera e propria inversione nei rapporti di forza tra le parti in quanto, se prima della riforma legislativa, era onere del beneficiario inserire nel contratto una clausola che consentisse l'esecuzione forzata in caso di inadempimento del promittente, adesso, al contrario, sarà interesse di quest'ultimo “*de négocier une clause de dommages et intérêts pour écarter le jeu de l'article 1224*” (*ibidem*). La stessa giurisprudenza è stata oscillante nelle sue pronunce: per un lungo periodo è stata ferma nell'affermare che qualora il promittente ritiri la sua promessa prima che il beneficiario abbia esercitato l'opzione, questi non può che domandare il risarcimento dei danni per equivalente, essendo creditore di un'obbligazione di fare, insuscettibile di esecuzione in forma specifica. Così si è espressa recentemente anche la Cassazione con sentenza del 12 luglio 2013: “*la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée*”. In senso contrario, tuttavia, si era pronunciata la Cassazione con la sentenza in data 6 settembre 2011, quando “*cette même chambre avait admis que la levée de l'option par le par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contracter, postérieure à la rétractation du promettant, produisant plein effet*” (entrambe le pronunce riportate da I. BEYNEIX, *La négociation des contrats*, in *RTD Com.* 2016, 4).

⁵⁰⁸ Si tratta della sentenza del 15 dicembre 1993 (Cass. civ. 3ème, 15 décembre 1993, in *Bull. civ.*, III, n° 174) nella quale la Corte si limitava a “*ne pas condamner autrement que par une allocation de dommages-intérêts le promettant qui ne respectait pas son engagement*” (COHET, *Le Contrat*, cit., 92). Sulla base del divieto posto dal vecchio art. 1142 del *Code civil*, la Corte giungeva a stabilire che “*l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir*”.

⁵⁰⁹ I. BEYNEIX, *La négociation des contrats*, cit., 4.

di svolgere nessun tipo di funzione rafforzativa dell'accordo raggiunto ovvero della serietà dell'impegno violato. Si tratta solo di prendere atto dell'inadempimento della parte che rifiuti ovvero che impedisca la redazione dell'*acte authentique* e, quindi, di regolarne le conseguenze sul piano del risarcimento del danno, con restituzione della caparra al *tradens*, in quanto la nullità della promessa di vendita coinvolge anche il contratto accessorio di caparra, impedendone la produzione di effetti⁵¹⁰.

Passando infine all'analisi della prassi delle compravendite immobiliari nell'ordinamento francese, non sembrano riproporsi i dubbi incontrati in occasione dell'approfondimento di tali operazioni alla luce del diritto italiano, in particolare per quanto concerne le vendite realizzate attraverso l'intervento del mediatore immobiliare poiché quest'ultimo, nel sistema d'oltralpe, nella maggior parte delle ipotesi si limita a mettere in comunicazione le parti in forza di un contratto di mandato e non sempre svolge un ruolo attivo né nella predisposizione della proposta d'acquisto né dell'incarico di vendita, in quanto sia la promessa unilaterale sia la promessa bilaterale di vendita possono essere redatte tanto privatamente dalle parti quanto ad opera dell'agente immobiliare⁵¹¹. Non solo, ma la differenza più rilevante rispetto all'ordinamento italiano consiste nel ruolo di primazia svolto dal notaio francese, non tanto per la redazione in forma di atto pubblico di uno dei due atti summenzionati (che possono infatti mantenere la forma di scrittura privata), quanto per il suo "ruolo finanziario"⁵¹². Alcuni dei compiti che in Italia sono tradizionalmente attribuiti al mediatore immobiliare, in Francia sono svolti dal notaio, che da tempo è stato individuato dalla legislazione d'oltralpe come "garante imparziale delle varie fasi della contrattazione immobiliare"⁵¹³: in altri termini, è stato ritenuto che solo questi, quale pubblico ufficiale e rappresentante del potere pubblico, sia il soggetto più idoneo e competente a ricevere qualunque versamento di denaro da parte dei contraenti nell'ambito di una compravendita immobiliare, al

⁵¹⁰ "S'il est stipulé que la signature de l'acte authentique définitif est un élément de formation du contrat, la vente est un simple projet. Les parties ne sont engagées à rien, et chacune d'elle peut sortir gratuitement. L'intérêt de ce contrat est uniquement psychologique. Il peut éventuellement y avoir lieu au versement d'une indemnité sur le fondement de la responsabilité délictuelle en cas de faute d'une des parties, si l'autre partie démontre l'existence d'un préjudice avéré et justifié (la seule non-réalisation de l'opération ne constitue pas un préjudice)" (O. BARRET, *Promesse de vente*, cit., n. 202).

⁵¹¹ Come sottolineano Cfr. J. GHESTIN – B. DESCHÉ, *La vente*, cit., 212, a proposito dei compiti del mediatore: "Son rôle est seulement de mettre en rapport celui qui désire vendre et celui qui veut acheter, en laissant aux parties qu'il a mises en présence le soin de s'entendre directement pour conclure le contrat".

⁵¹² B. FRANCESCHINI, *La compravendita di immobili da costruire in Francia: ruolo del notaio francese e spunti per il notariato italiano*, in *Imm. Proprietà*, 9, 2008, 555.

⁵¹³ B. FRANCESCHINI, *La compravendita di immobili da costruire in Francia*, cit., 555.

fine precipuo di evitare qualunque situazione di squilibrio⁵¹⁴.

Per questi motivi, in Francia non si pone evidentemente un problema relativo alla qualificazione delle somme consegnate a mani del mediatore (cosa che non potrebbe peraltro mai verificarsi) e ciò a causa di una pluralità di motivi: in primo luogo, come appena indicato, per il ruolo svolto dal notaio⁵¹⁵; secondariamente, in conseguenza del fatto che la prassi della contrattazione immobiliare è altra rispetto a quella italiana, in quanto il contenuto dei formulari già redatti dalle agenzie non contiene né la disciplina né la regolamentazione dei pagamenti effettuati a mani dell'intermediario; infine, perché i compiti assegnati a quest'ultimo sono limitati alla messa in relazione delle parti affinché concludano un contratto e, tutt'al più, alla redazione degli *avant contrats* (nella forma della promessa unilaterale o bilaterale di vendita)⁵¹⁶. L'unica somma di denaro che l'agente immobiliare ha il diritto di ricevere è la provvigione, solo una volta che l'operazione di vendita sia stata conclusa – in maniera analoga alle previsioni del codice civile italiano⁵¹⁷. Si ricordi, inoltre, che il versamento di un *dépôt de garantie* in occasione di una promessa sinallagmatica di vendita ovvero di una somma al momento della conclusione di una promessa unilaterale va normalmente qualificato come acconto sul prezzo, in base alla presunzione semplice – di cui si è già fatto cenno – elaborata dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, tranne che nell'ambito del diritto dei consumatori dove vale la presunzione inversa, ossia che le somme versate siano una vera e propria *convention d'arrhes* con funzione risolutoria. Al di là delle presunzioni, tuttavia, regna sovrana la volontà delle parti, le quali sono libere di qualificare i versamenti come acconti o come caparra, concedendosi così in

⁵¹⁴ “Quando il notaio è chiamato dalle parti a seguire tutta l'attività che porta dalle trattative al definitivo trasferimento della proprietà, ogni somma di denaro che in relazione a tale operazione viene stabilita tra le parti (caparre, penali, acconti, prezzo) deve, secondo la legislazione francese, essere consegnata al notaio stesso e non alla controparte, a garanzia del buon fine della transazione” (B. FRANCESCHINI, *La compravendita di immobili da costruire in Francia*, cit., 555).

⁵¹⁵ “Tutte le somme che vengono stabilite dalle parti a garanzia dell'impegno preso (caparre) o ai fini di un eventuale risarcimento danni (penali) non vengono consegnate al promittente venditore bensì al notaio, nel caso in cui il suo ministero sia richiesto fin dalle fasi preliminari del contratto” (B. FRANCESCHINI, *La compravendita di immobili da costruire in Francia*, 556).

⁵¹⁶ Non è del tutto escluso che gli agenti immobiliari possano ricevere somme nell'ambito dell'esercizio della loro attività ma la differenza rispetto alla prassi italiana è netta poiché lì è previsto dagli stessi moduli redatti dalle agenzie che il promittente acquirente versi il deposito a mani del mediatore, cosa che non si registra in Francia; in secondo luogo, la legge che regola la professione degli agenti immobiliari (legge n. 70-9 del 2 gennaio 1970 detta legge Hoguet) stabilisce che tutte le somme o valori detenuti da questi ultimi siano annotati in un registro speciale, la cui ricezione dei pagamenti è strettamente disciplinata e sottoposta a controlli, anche relativamente ai mezzi di pagamento impiegati. I mediatori sono tenuti, inoltre, all'apertura di un conto corrente bancario speciale per ricevere i fondi che vengono loro versati. Cfr. J. GHESTIN – B. DESCHÉ, *La vente*, cit., 209 ss.

⁵¹⁷ “L'opération doit être en revanche considérée conclue lorsque les parties se sont définitivement liées l'une à l'autre par une promesse synallagmatique ou un compromis de vente puisque le contrat de vente est alors définitivement formé” (J. GHESTIN – B. DESCHÉ, *La vente*, cit., 220).

maniera reciproca il diritto di risolvere unilateralmente il vincolo già assunto.

Si deve peraltro aggiungere che in occasione della redazione di una promessa di vendita sinallagmatica presso il notaio il suddetto deposito di garanzia - avente un valore generalmente pari al 5% o al 10% del prezzo definitivo - viene trasferito (obbligatoriamente attraverso bonifico bancario) su un *compte séquestre* (ossia un conto fiduciario) intestato allo stesso notaio, e vi rimane vincolato fino alla sottoscrizione del definitivo⁵¹⁸.

3. Il sistema di common law

3.1 Alla ricerca della caparra perduta

Lo sguardo comparatistico che caratterizza questo capitolo si sposta ora oltremarica e oltreoceano al fine di comprendere se, anche negli ordinamenti retti dal diritto anglosassone, possa rintracciarsi una figura equivalente o quantomeno simile alla caparra confirmatoria di cui all'art. 1385 c.c. ovvero se, in caso di risposta negativa, vi siano altri istituti giuridici idonei a sopperire alle funzioni svolte dalla stessa.

In primo luogo, è necessario premettere una considerazione di carattere generale ma imprescindibile per l'analisi del sistema di *common law*⁵¹⁹ e, in particolare, della figura della caparra confirmatoria: quest'ultima - come si è avuto modo di esporre brevemente nel primo capitolo - ha una tradizione antichissima, che affonda direttamente le proprie radici nel mondo greco prima e in quello romano poi, e che si è tramandata nel corso dei secoli del diritto intermedio fino all'età delle codificazioni, con alcune modifiche ed evoluzioni ma mantenendo sostanzialmente immutato l'impianto originario basato sulla funzione probatoria, da una parte, e su quella risolutoria, dall'altra. Si deve a questo punto ricordare come l'influenza del diritto romano su quello anglosassone fu diversa rispetto a quella esercitata dallo stesso sui diritti continentali e, in particolare, sul diritto

⁵¹⁸ La prassi immobiliare francese prevede infatti che il soggetto interessato all'acquisto di un bene immobile rediga - con il supporto del proprio agente immobiliare - una promessa di acquisto (*offre d'achat*) da sottoporre all'attenzione del proprietario: questa ha natura vincolante per il potenziale acquirente e solitamente contiene un termine entro il quale il proprietario può decidere se accettare o meno l'offerta. In caso di risposta affermativa, le parti sono obbligate a redigere il *compromis* (promessa sinallagmatica di vendita) alla presenza del notaio di fiducia; in alternativa, di solito il notaio scelto dall'acquirente redigerà l'*avant-contrat* mentre il notaio del venditore sarà incaricato di redigere il contratto definitivo.

⁵¹⁹ Una necessaria precisazione: nelle seguenti pagine il termine *common law* verrà impiegato nella sua accezione più ampia e generica, a indicare il diritto anglo-americano e, di conseguenza, "il tipo di sistema giuridico proprio dell'Inghilterra, dei paesi del globo in cui l'Inghilterra lo ha diffuso e di quelli in cui il diritto si è evoluto su base inglese (principalmente gli Stati Uniti d'America)" (A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano 1982, 488).

francese e su quello italiano a causa di una serie di numerosi e complessi fattori storico-politici, linguistici nonché giuridici, ma ciò non significa escluderla⁵²⁰: si tratta di comprendere che la ricezione della tradizione romanistica, delle sue categorie, dei suoi istituti e del suo impianto concettuale fu, per certi aspetti, molto più travagliata nel corso dei secoli successivi alla caduta dell'impero romano di quanto non sia avvenuto sul continente⁵²¹; è considerazione generalmente condivisa da parte della dottrina che il diritto romano esercitò una grande influenza sul territorio inglese agli albori del *common law* ma questa influenza si fece sempre più debole con il passare del tempo, in conseguenza della volontà dei giuristi anglosassoni di guadagnare la definitiva indipendenza dal vecchio sistema romanistico⁵²². L'ambivalenza e la problematicità del rapporto tra diritto romano e *common law* emerge anche con riferimento all'istituto della caparra, che, nel sistema contemporaneo del diritto anglosassone, è del tutto sconosciuto ai giuristi di *common law*⁵²³. Al di là della evidente assenza di una norma codicistica come l'art. 1385 c.c o il 1590 del *Code Civil* (certamente anche come conseguenza della

⁵²⁰ Secondo M. SARFATTI, *Influenza reciproca del diritto romano e del diritto anglosassone*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, III, Padova 1938, 555 ss., il diritto romano fece ritorno (dopo i secoli segnati dalla presenza dei dominatori romani tra il 43 a.C. e il 410 d.C.) sul suolo inglese nei secoli XI e XII per due differenti ragioni: da un lato, in seguito alla conquista normanna dell'isola e, dall'altro, a causa del rinascimento giuridico in atto a Bologna, i cui glossatori ebbero una grande influenza sui primi trattati di diritto inglese. Questa viene chiamata la "prima ricezione", per distinguerla dalla "seconda ricezione", che invece viene collocata temporalmente nel XVII secolo, durante il quale si registra "un completo rinascimento culturale, cui si aggiunge la riforma religiosa ad accentuare la nuova ricezione del diritto romano" (*ivi*, 570). Si veda anche la riflessione di U. MATTEI, *Il modello di common law*, IV ed., Torino 2014, 41: "Storicamente si possono individuare due diversi e altrettanto importanti filoni di influenza del diritto continentale nel patrimonio di *common law*: il diritto civile e il diritto canonico. I due filoni, in definitiva, contribuirono al medesimo risultato. Tuttavia hanno seguito il consueto modello di competizione nella formazione del diritto indebolendosi l'un l'altro e così favorendo la sopravvivenza di un notevole patrimonio di peculiarità del modello di *common law*".

⁵²¹ Come sottolinea G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano 1962, 6 ss., "il diritto inglese si è lasciato informare dallo spirito e dal metodo del diritto romano" e "senza accogliere lo spirito del codice bizantino, la giurisprudenza inglese è rimasta più vicina al pensiero giuridico della grande epoca classica del diritto romano di quanto non si dia per il diritto continentale fondato sul *Corpus Iuris*", al punto che sia la giurisprudenza anglosassone, sia quella romana, sono fondate sul sistema di *case law*.

⁵²² Ricorda A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., 482, che mentre nei paesi dell'Europa continentale il *Corpus Iuris* fu adottato "come diritto positivo, come modello di ragione scritta e come fondamento esclusivo dell'educazione legale", in Inghilterra, al contrario, ciò non avvenne ma vi fu una "ferma opposizione al diritto romano". Ciò in conseguenza del fatto che quando il diritto romano comune approdò sul suolo inglese, "qui era già in formazione una classe di tecnici del diritto: un ceto di specialisti capaci di sviluppare – sull'autonoma base degli usi anglo-normanni – una giurisprudenza creativa metodicamente simile sotto l'aspetto casistico a quella romano-classica e quindi tecnicamente autosufficiente". Nello stesso senso anche la riflessione di A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione*, Milano 2006, 42: "L'influenza del diritto romano trovò resistenza nei giuristi inglesi, che sulla consuetudine avevano edificato il *Common law* e che in quel diritto vedevano forse il riflesso dell'idea imperiale, per cui nei secoli XIV e XV il *Common law* divenne sempre più inglese e sempre più insulare".

⁵²³ Si veda sul punto la riflessione di G.H. TREITEL, *Remedies for the breach of the contract*, Oxford University Press 1976, 107, secondo cui "*the Roman concept of arra, on which the preset civil law rules are largely based, has played very little part in the development of the common law*".

banale constatazione della mancanza di un codice civile *stricto sensu*), nemmeno rintracciabile nella legislazione speciale o di settore, quello che innanzitutto lascia più stupito l'interprete di *civil law* è la totale non corrispondenza linguistica, nel senso che sia nella giurisprudenza sia nella dottrina, nonché nelle raccolte legislative (*Statutes*) il termine *caparra* non compare mai; in secondo luogo, sembra quasi che non via un altro istituto creato e sviluppato dalla prassi anglosassone in grado di svolgere le funzioni – o quantomeno parte di queste – proprie della *caparra* di diritto continentale.

Queste considerazioni sono valide, tuttavia, se si analizza il moderno sistema di *common law* ma la prospettiva cambia se si volge lo sguardo al passato, a conferma di come il diritto romano sia stato fonte di ispirazione, nonché patrimonio comune alla tradizione giuridica occidentale, di cui fa certamente parte anche il diritto anglosassone. L'unico testo in cui vi è un riferimento all'*arrha* del diritto romano è contenuto nella *Regiam Majestatem* del XIV secolo, ossia un primo e rudimentale trattato di diritto di cui è ignoto l'autore e che venne impiegato per secoli dai giuristi che patrocinavano davanti alle corti del re⁵²⁴. In esso viene disciplinato anche il contratto di vendita, che presenta analogie e differenze rispetto alla *emptio venditio* delle *Institutiones* di Giustiniano⁵²⁵; in modo particolare, vi sono quattro elementi che concorrono a distinguere la *transaction of sale* di diritto scozzese rispetto alla compravendita di diritto romano e soprattutto due tra questi attirano l'attenzione: in primo luogo, si scopre che la vendita non era strutturata come un contratto consensuale ma assumeva efficacia vincolante solo con il pagamento di una somma definita *arles* ovvero *earnest* o anche *arra*⁵²⁶. In aggiunta a ciò, anche nel caso in cui queste *arles* fossero state consegnate, conferendo carattere definitivo al contratto, ciascuna parte era legittimata a recedere dal vincolo assunto, il compratore perdendole e il venditore pagando una *penalty* pari al doppio delle *arles* ricevute⁵²⁷. Stupisce, dunque, che solo in un testo così antico

⁵²⁴ Cfr. L. VAGNI, *La promessa in Scozia. Per un percorso di diritto contrattuale europeo*, Milano 2008, 128, secondo la quale l'opera rimase in uso corrente fino al XVI secolo e ancora nei secoli XVII e XVIII “il trattato era stimato come un'autorevole opera di diritto scozzese”.

⁵²⁵ Il collegamento con le *Institutiones* deriva dal fatto che la *Regiam Majestatem* si basava su quello che può essere definito come il primo vero trattato di *common law*, ossia il *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angli*, redatto da Ranulf de Glanvill nel XII secolo, il quale, mantenendo il tipico impianto di *case law*, introdusse istituti tipici del diritto romano nel *common law*: cfr. P. MARTINO, *Common law v. civil law: Ranulf de Glanville e il rinascimento della cultura giuridica europea del secolo XII*, in *Common law: protagonisti e idee nella storia di un sistema giuridico (studi in memoria di Francesco De Franchis)*, a cura di A. Torre, Milano 2015, 14 ss.

⁵²⁶ Per quanto concerne l'aspetto etimologico, alcuni antichi giuristi scozzesi avevano individuato la derivazione del termine *arrha* dal lemma ebraico 'érávon, ossia il pegno – da cui poi sarebbe scaturito ἄρραβών in greco antico – mentre non è certo il collegamento con il termine gallese *ernes* e con lo scozzese *arles*: cfr. J. MACKINTOSH, *The Roman Law of Sale*, Edinburgh 1982, 68.

⁵²⁷ Cfr. W.M. GORDON, *Sale*, in *A history of private law in Scotland. Obligations*, II, a cura di K.

vi sia traccia della caparra confirmatoria nella sua configurazione, per così dire, autentica, in quanto ricorre il carattere della realtà, il meccanismo del *duplum* e la funzione sia di recesso sia di rafforzamento indiretto del vincolo contrattuale; stupisce ancora di più il fatto che questo bagaglio giuridico sembra essersi perduto nel corso dei secoli, tanto nel diritto inglese quanto in quello scozzese⁵²⁸. Stupore che può trovare tuttavia una sua giustificazione nel momento in cui si ricorda che il diritto scozzese non appartiene al sistema di *common law* bensì a quello di *civil law*, nonostante la localizzazione geografica e nonostante negli ultimi secoli il diritto anglosassone abbia esercitato la propria influenza su quello scozzese con sempre maggiore forza (sia a livello dottrinale sia giurisprudenziale); ciò ha fatto sì che si sviluppasse un diritto ibrido fondato in buona parte sulla tradizione giuridica continentale, soprattutto con riferimento al diritto dei contratti e della proprietà, ma che, allo stesso tempo, ha risentito fortemente della vicinanza del diritto inglese, in modo particolare per quanto concerne le soluzioni giurisprudenziali adottate dalla *House of Lords*⁵²⁹. È allora comprensibile che nei secoli in cui in Scozia avvenne la ricezione del diritto comune (nel periodo compreso tra XI e XV secolo), così come rielaborato dai canonisti e dai giuristi continentali, questa trascinò con sé anche le tradizionali categorie giuridico-dogmatiche di immediata derivazione dal diritto romano classico (quale componente imprescindibile del diritto comune europeo dell'epoca medievale), quali la caparra confirmatoria, senza che tuttavia ne siano seguiti uno studio ovvero un approfondimento ulteriori, probabilmente anche in conseguenza della crescente influenza ed importanza esercitata dal diritto anglosassone sul confinante diritto scozzese⁵³⁰. Il c.d. *Roman law* si è così lentamente trasformato, nel corso dei secoli,

Reid e R. Zimmermann, Oxford 2001, 305 ss.

⁵²⁸ A proposito, sempre W.M. GORDON, *Sale*, cit., 307, sottolinea: “*Scots Law and English Law were closely related at the time when Regiam appears to have been produced, the law may well have been the same and as the text of Regiam clearly is a revision of Glanvill this raises some presumption, albeit not a strong one, that text left unrevised is applicable in Scotland*”.

⁵²⁹ Cfr. G. GORLA, *Il contratto*, cit., 480, il quale aggiunge come l'influenza del *common law* sul sistema scozzese si registra anche a livello di disciplina normativa come, *inter alia*, in tema di sanzioni e clausola penale, delle regole in tema di impossibilità originaria e sopravvenuta della prestazione, di *misrepresentation* e di *undue influence*.

⁵³⁰ Si veda in questo senso la riflessione di L. VAGNI, *La promessa in Scozia*, cit., 70: “Per lungo tempo la Scozia ha subito l'influenza del diritto canonico e del diritto romano e ancora oggi i giuristi scozzesi concordano nel riconoscere a questi sistemi un ruolo determinante nella formazione del diritto positivo. I primi contatti della Scozia con il diritto romano corrispondono all'epoca di Diocleziano quando i romani, per aggirare gli attacchi fatti all'area britannica, invasero le regioni a sud della Scozia e rafforzarono i confini della regione britannica. Di questo primo contatto della Scozia con il diritto romano non è rimasto molto. Il diritto romano ha esercitato una profonda influenza solo successivamente, attraverso la penetrazione in Scozia delle dottrine prima dei canonisti e poi dei glossatori e commentatori. Da questo punto di vista non si può parlare di un'influenza diretta del diritto romano, bensì della diffusione in Scozia del diritto romano così come interpretato dai canonisti e giuristi medievali”.

in un importante e autorevole bagaglio culturale di tradizioni, dottrine, concetti, limitato tuttavia all'ambito accademico, ma che ad un certo punto – proprio per i tratti estremamente tecnici e dottrinali che veniva assumendo – si è dimostrato non più idoneo a fornire risposte adeguate e soddisfacenti alla realtà dei traffici giuridici⁵³¹; questo ruolo è stato invero assunto dal diritto inglese e, in particolare, dal suo ampio repertorio di *case law*, segnando così in maniera inevitabile il tramonto dell'influenza del *civil law* sul diritto scozzese⁵³².

L'unico testo legislativo di *common law* in cui possa rintracciarsi un chiaro riferimento alla caparra è nel codice civile dello stato della Louisiana e ciò è dovuto a ragioni storiche, in quanto a lungo il territorio fu una colonia francese⁵³³; sono due le previsioni che contengono un esplicito riferimento alla figura dell'*earnest*: da un lato, l'art. 2624 LA Civil Code, che ne definisce la fattispecie in generale⁵³⁴; dall'altro, l'art. 2462 LA Civil Code con particolare riferimento

⁵³¹ Si deve precisare che con i termine *Roman law* si fa riferimento non al diritto romano *tout court* quale quello impiegato durante i secoli dell'impero romano bensì a un concetto più complesso e più ampio, ossia il diritto romano come rielaborato in primo luogo dai glossatori e, successivamente, come approfondito e ulteriormente analizzato e modificato dalle “*schools of Roman lawyers*”, ossia dai post-glossatori e dagli studiosi del diritto romano dei secoli medievali e rinascimentali. Per questo motivo è stato affermato che “*in Scotland, as elsewhere in Europe, the Roman law which influenced the native rules was not a fixed body of doctrine. What was known as Roman law and how was known was understood and applied varied over the centuries. [...] This is not always as clearly understood as it might be as “Roman Law” tends to be equated simply with the rules embodied in the Corpus Iuris Civilis and to be thought as of ascertainable by consultation of the sources of the ancient Roman law or modern manual thereof. These rarely consider the post-Justinianic developments of Roman doctrines. The richness and complexity of the Roman heritage is thereby and therefore underestimated* (W.M. GORDON, *Roman Law in Scotland*, in R. Evans-Jones, *The civil law tradition in Scotland*, Edinburgh 1995, 4).

⁵³² In questo senso W.M. GORDON, *Roman Law in Scotland*, cit., 30: “*The argument that Roman law is no longer of the same service as in earlier period of Scots law has also been used to reduce the scope for reliance on Roman law. It has been said that Roman law is not as well adapted to an industrial as to an agricultural society and it can be argued that English law has become more appropriate as source of inspiration. English law is also the system with which most of the judges of the House of Lords are familiar and it is to the House of Lords that civil appeals may ultimately be brought (where no reference to the European Court of Justice is involved); those judges are likely to be more receptive to arguments presented in terms with which they are familiar. [...] All this has led to a decline in the continuing influence of the Roman law, without necessarily diminishing the actual importance of keeping contact with the civilian elements of the law*”.

⁵³³ Così nota L.M. FRIEDMAN, *A history of American Law*, Simon & Schuster 1985, 174, a proposito della struttura del LA Civil Code: “*About eighty percent of the code's provisions were drawn directly from the Code Napoleon*”. Si deve precisare, peraltro, che la Louisiana non è considerata un paese di *common law stricto sensu* poiché per quanto concerne la materia dei diritti reali, persone e famiglia e successione il suo ordinamento è ricondotto alla famiglia dei sistemi di *civil law*; per quanto concerne il diritto delle obbligazioni, al contrario, “pur vigendo un codice appartenente alla famiglia napoleonica, si fanno sempre più sentire le influenze della *common law*” (G. GORLA, *Il contratto*, cit., 329).

⁵³⁴ Questa la definizione: «*A sum given by the buyer to the seller in connection with a contract to sell is regarded to be a deposit on account of the price, unless the parties have expressly provided otherwise. If the parties stipulate that a sum given by the buyer to the seller is earnest money, either party may recede from the contract, but the buyer who chooses to recede must forfeit the earnest money, and the seller who so chooses must return the earnest money plus an equal amount. When earnest money has been given and a party fails to perform for reasons other than a fortuitous event, that party will be regarded as receding from the contract*».

all'impiego della medesima in occasione di una vendita, che così dispone: «*If the promise to sell has been made with the giving of an earnest, each of the contracting parties is at liberty to recede from the promise; to wit; he who has given the earnest, by forfeiting it; he who has received it, by returning the double*»⁵³⁵. Si tratta, tuttavia, di un caso assolutamente unico nel genere, proprio a causa delle particolari influenze storico-giuridiche e del contesto nel quale nacque la codificazione in Louisiana, durante il XIX secolo.

Alla luce di queste brevi considerazioni introduttive, si può proseguire oltre per tentare sia di comprendere le motivazioni che sono alla base di una tale lacuna, sia di individuare (se eventualmente presente) una figura analoga o equivalente che possa in qualche modo essere accostata e ricondotta alla *convention d'arrhes* e alla fattispecie di cui all'art. 1385 c.c.; è difficile credere, infatti, che un sistema quale quello di *common law*, per certi versi meno improntato alla riflessione teorico-dottrinale ma, proprio per questo, più sensibile alla prassi degli affari e alla realtà delle contrattazioni rispetto ad un sistema di *civil law*, ignori completamente uno strumento quale la caparra, che fin dalla sua nascita si è sempre mostrata un utile mezzo rispondente alle concrete esigenze delle parti e che ha sempre mantenuto tale caratteristica, forse anche grazie al carattere reale e alla materialità che la connotano. Il settore nell'ambito del quale pare esservi uno spazio e un appiglio per poter trovare delle risposte agli interrogativi posti è, ancora una volta, quello delle compravendite immobiliari.

3.2 Real Estate Law

Nell'abito delle contrattazioni relative a beni immobili, si possono rinvenire due figure riconducibili per alcuni aspetti alla fattispecie della caparra confirmatoria: le *forfeiture clauses*, da un lato, e l'*earnest money*, dall'altro (definito anche *deposit*⁵³⁶). Con la prima locuzione si suole fare riferimento alle clausole in

⁵³⁵ Secondo F.P. PATTI, *Caparra*, cit., 33, una tale ricostruzione dell'*earnest* fa sì che esso costituisca “uno strumento per recedere dal contratto ed evitare che il contraente non inadempiente agisca per l'esecuzione in forma specifica”. Una simile prospettiva è, del resto, espressamente adottata dalla giurisprudenza statunitense: cfr. *Ducuy v. Falgoust*, 228 La. 533, 83 So. 2D 118, 123 (1955), ai sensi della quale l'art. 2642 LA Civil code “*is a means whereby the parties relinquish their right to complete specific performance, serving to themselves the right to recede from the contract, in which case they, by their own covenant, stipulate as liquidated damages, the amount that is recoverable for their failure to comply, i.e., the vendee by forfeiting the amount deposited with a like amount*”.

⁵³⁶ Spesso i due sono impiegati come sinonimi ovvero come equivalenti: cfr. J. POOLE, *Casebook on contract law*, Oxford University Press, 2016, 454: “*a deposit is an advance payment, and if the payer defaults, the other party is entitled to forfeit the deposit, i.e. keep it [...] whether or not it has suffered any loss as a result of the default. The deposit may also be seen as an incentive to perform, i.e. an earnest to bind the bargain*”. Come nota J.W. REILLY, *The Language of Real Estate*, Dearborn Financial Publishing, V ed., 2000, 132, in alcuni stati americani si ricorre frequentemente anche a espressioni come *hand money*, *caution money*, *bargain money*.

forza delle quali, per il caso di inadempimento del compratore, le rate del prezzo (*installments*) già versate dall'acquirente saranno trattenute dal creditore⁵³⁷; si tratta, pertanto, di una figura – dalla prospettiva del diritto italiano – ibrida, accostabile sia alla clausola penale (è infatti ricorrente l'affermazione secondo cui “*forfeiture clauses are agreed sanctions against breach*”⁵³⁸), per quanto concerne in particolare la quantificazione *ex ante* del danno, sia alla caparra confirmatoria, con riferimento alla funzione di concedere alla parte non inadempiente “*the right to terminate the contract*”⁵³⁹. Con la seconda espressione, invece, si indica una particolare clausola inserita dalle parti all'interno del regolamento contrattuale, generalmente nella sezione dedicata ad una serie eterogenea di previsioni, con la quale si prevede il versamento di una somma di denaro dall'acquirente a favore del venditore al momento della sottoscrizione del contratto come segno tangibile della sua buona fede e della sua seria volontà di dare esecuzione al contratto⁵⁴⁰; si deve peraltro precisare che tale deposito non viene quasi mai eseguito direttamente a mani del venditore ma di un terzo, che può essere l'intermediario immobiliare (*broker*), il rappresentante legale dell'acquirente, del venditore ovvero un altro soggetto definito *escrow agent*. Con particolare riferimento a quest'ultimo, si tratta sempre di un soggetto estraneo rispetto al rapporto principale ma che, al contrario, è parte di schema negoziale definito *escrow*, il quale si configura come una delle modalità più frequenti per perfezionare il deposito dell'*earnest money*, e che viene definito dagli autori anglosassoni quale “*a system of document transfer in which a deed, a bond or funds are delivered to a third person to hold on until all conditions of the escrow are fulfilled*”⁵⁴¹. Al fine di procedere con il deposito dei beni (somme

⁵³⁷ Cfr. F.P. PATTI, *Caparra*, cit., 30.

⁵³⁸ A. BURROWS, *A restatement of the English law of contract*, Oxford University Press, 2016, 140.

⁵³⁹ La *forfeiture clause* viene ricondotta da parte della dottrina all'ambito dei c.d. *seller's remedies*, ossia gli strumenti contrattuali a disposizione del venditore per reagire all'inadempimento del compratore; questa viene definita precisamente come una clausola “*which provides that in the event the buyer fails to abide by the terms of the contract, the seller has the right to terminate the contract, retake possession of the property and retain all prior payments*” (J. KARP – E. KLAYMAN – F. GIBSON, *Real Estate Law*, Dearborn Real Estate, Chicago 2003, 498).

⁵⁴⁰ Così la definisce R. J. AALBERTS, *Real Estate Law*, VIII ed., Cengage Learning, Boston 2011, 233: “*A portion of the purchaser price given to the seller when the contract is signed as evidence of the buyer's good faith and willingness to perform the contract*”.

⁵⁴¹ R.J. ALLBERTS, *Real Estate Law*, cit., 375. Così anche Cfr. L.T. SLOSSBERG, *The essentials of real estate law*, III ed., Cengage Learning, Boston 2014, *Paperback*, 149: “*An escrow account is an account in a bank, savings and loan, credit union, or similar financial institution that is held by a third party called escrow agent (such as a broker, attorney, or title company), in which funds are deposited to be held until the happening of a certain event (for example, the closing of the real property)*”. Il termine *escrow* affonda le proprie radici nell'antico diritto anglosassone e deriva dalla parola francese *escroe* o *escroue* che letteralmente significa il rotolo di pergamena, “ciò a indicare il fatto che il terzo rimaneva in sospeso fino a quando una transazione non fosse stata completata” (P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 2012, 365, nt. 2).

di denaro, documenti, azioni, obbligazioni, beni mobili o immobili, i quali saranno trattenuti fino al perfezionamento del contratto, di solito coincidente con il pagamento del prezzo) è infatti necessaria l'apertura di un *escrow account* presso l'*escrow agent* - solitamente una banca, ovvero una società fiduciaria, ma nulla esclude che ricoprano questo ruolo gli stessi avvocati delle parti (*attorneys*), nonché i mediatori immobiliari - allo stesso intestato, i cui termini e condizioni sono generalmente regolati da un apposito accordo separato, indicato come *escrow agreement*. Questo schema permette così che uno o più beni vengano consegnati a un soggetto terzo e indipendente al fine di custodirli per un determinato periodo di tempo e poi consegnarli in maniera automatica, al verificarsi di un determinata condizione (nella maggior parte dei casi trattasi dell'adempimento di una o più obbligazioni specificatamente individuate *ex ante* dalle parti nell'*escrow agreement*), a un soggetto che sia identificabile come il proprietario dei beni medesimi e con il quale il depositario si trova già in una relazione contrattuale qualificata, in quanto i beni del rapporto principale sono oggetto di contrattazione e/o rivendicazione tra le stesse⁵⁴². Emerge chiaramente come la primaria funzione dell'istituto sia quella di garanzia dei beni così depositati presso il terzo, al punto che la migliore traduzione che è stata fornita da parte dei commentatori è “deposito in garanzia”⁵⁴³.

In maniera analoga a quanto si è già avuto modo di sottolineare nel sistema italiano e in quello francese, è importante in primo luogo tenere concettualmente e giuridicamente separati l'*earnest money*⁵⁴⁴ e i *down payments* – ossia i semplici

⁵⁴² In questo senso P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, cit., 366, per il quale “la finalità principale dell'*escrow agreement* è quella di garantire la buona riuscita dell'obbligazione contratta dalle parti coinvolte mediante la figura di un terzo imparziale e indipendente, che si impegna a trattenere la *res* oggetto del rapporto principale e conseguentemente a consegnarla al legittimato, a patto che le condizioni appositamente previste dalle parti si realizzino”. Per ulteriori approfondimenti sul tema, da parte della dottrina italiana, cfr., *ex multis*, A.M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contr. e imp.*, 2005, 801 ss.; A. FUSARO, *La clausola di escrow account*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, 565 ss.; P. FABRIS, *Mandato di Escrow Agent*, in *Contratti*, 2003, 8-9, 858 ss..

⁵⁴³ Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, voce “Escrow”, Milano 1984, 703 e precisa che il termine “indica in senso stretto l'atto scritto (*scrow*), sigillato (*sealed*) e consegnato a un terzo con l'intesa che questi, a sua volta, lo consegni a quella parte a cui favore esso è fatto, dopo l'adempimento di una certa prestazione da parte di quest'ultima o al verificarsi di una certa condizione”. Nello stesso senso anche G. PROVAGGI, *Agency escrow*, in AA.VV. *Fiducia, trust, mandato e agency*, *Convegni di Studio di Madonna di Campiglio, Quaderno n. 2*, Milano 1991, 291.

⁵⁴⁴ Come si è già avuto modo di vedere poco innanzi, il termine *earnest* sembra essere la migliore traduzione in lingua inglese del lemma *arra*: di questo parere S. BELTRAMO, *The Italian Civil Code*, Dobbs Ferry, N.Y. 2005; anche un altro Autore, nell'ambito dello studio della vendita nel diritto romano, accosta i due termini come se fossero equivalenti: “*No form was needed: consent could be shown in any way, but in classical and later times it was usual to embody agreements for sale, if of any importance, in written documents. These were good evidence, but no more, till justinian provided that, where it had been agreed to embody the bargain in such a document, the contract should not be binding till this has been completed. It was usual, as in all countries, to give something, as it is said, to bind the bargain, arra, earnest, either money or some article*” (W.W.

acconti - nonostante nulla vieti che la somma depositata possa essere imputata e successivamente dedotta dal prezzo stabilito e concordato tra le parti⁵⁴⁵; secondariamente, e in conseguenza della distinzione appena effettuata, i commentatori di *common law* (soprattutto statunitensi) tendono ad accostare la somma versata dall'acquirente alla *liquidated damages clause*, che propriamente consiste in una preventiva e forfettaria predeterminazione dei danni derivanti dall'inadempimento ovvero dalla violazione del regolamento contrattuale⁵⁴⁶. Attraverso l'inserimento di una tale clausola, le parti si premuniscono di un utile strumento che quantifichi *ex ante* il pregiudizio sofferto dalla parte diligente, in quanto, nella maggior parte dei casi, ad esso si ricorre proprio nelle situazioni in cui è particolarmente difficile stabilire l'esatto ammontare dei danni; l'unica condizione richiesta dalle corti per la validità della previsione è che essa non sia una *penalty clause*, ossia rappresenti una ragionevole predeterminazione del danno conseguente all'inadempimento ma non si trasformi in un mezzo di coazione indiretta sul debitore⁵⁴⁷. Quest'ultimo aspetto segna la distanza tra la fattispecie di

BUCKLAND, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, cit., 481). Nello stesso senso anche M. MCAULEY, *One thousand years of arra*, McGill Law Journal 1977, 693: “*The arra of Roman law differs in no great way from the earnest of the law of sale in modern civil law systems*”.

⁵⁴⁵ Alla luce della distinzione appena tracciata, F.P. PATTI, *Caparra*, cit., 30, sottolinea che la figura del *part payment* “corrisponde a una parte dell'adempimento e non ha la funzione di risarcire in via forfettaria il danno” mentre l'*earnest* “rafforza il vincolo contrattuale poiché, in caso di inadempimento del *tradens*, il *deposit* resta a chi lo ha ricevuto”.

⁵⁴⁶ La definizione della clausola si ritrova nel Restatement 2d Contracts § 356: «*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidate damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty*». In maniera analoga anche lo Uniform Commercial Code § 2-718: «*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss and the inconvenience or nonfeasability of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidate damages is void as a penalty*».

⁵⁴⁷ Nell'ambito del sistema inglese si è soliti distinguere la *liquidated damages clause* dalla *penalty clause*: la prima indica, come già accennato, “*the amount of damages to be paid in case of breach and this amount represents a genuine attempt to work out what the loss would be in the event of such a breach*” (C. ELLIOTT – F. QUINN, *Contract Law*, Pearson 2007, 337). La seconda, al contrario, prevede in un contratto “*that a particular sum is to be paid on breach of a contract and that sum is not a genuine pre-estimate of the loss that would be suffered in the event of breach*” (*ibidem*). In conseguenza, una tale clausola è dichiarata *invalid* e, quindi, *unenforceable* e il risarcimento dei danni sarà stabilito secondo le regole generali. L'idea alla base di una tale distinzione è la necessità di non consentire e non favorire risarcimenti che superino il danno effettivamente causato e subito; come affermato dai commentatori, nel *common law* è necessario che tutti i rimedi concessi siano *compensatory* e non, al contrario, *supracompensatory* (in maniera non dissimile dal principio di diritto italiano in base al quale il risarcimento non può costituire una forma di arricchimento). Per una definizione di *penalty clause* cfr. J. SHARPLES, *Supreme Court changes law relating to Liquidated Damages and Penalty Clauses*, in <http://www.stjohnschambers.co.uk/dashboard/wp-content/uploads/The-New-Law-of-Penalties1.pdf>: “*What is a penalty? The test which - until now - has usually been applied is Lord Dunedin's in Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd. v New Garage and Motor Company Ltd. [1915] AC 79, 86-87. He sets out a number of principles. The two most frequency cited are: (i) first “the essence of a[n unenforceable] penalty is a payment of money stipulated as in terrorem of the offending party [whereas] the essence of [enforceable] liquidated damages is a genuine covenanted*

cui all'art. 1382 c.c. e l'analogo istituto del diritto anglosassone, dal momento che, per l'ordinamento italiano, non è contraria all'ordine pubblico la clausola che stabilisca anticipatamente il risarcimento dovuto dalla parte inadempiente e, allo stesso tempo, costituisca un rafforzamento del vincolo contrattuale e crei una sorta di pressione psicologica sul debitore affinché questi adempia le obbligazioni derivanti dal contratto: in una tale situazione, infatti, i paciscenti sono consapevoli che, in caso di inadempimento ovvero di ritardo nell'adempimento, saranno tenuti ad effettuare una determinata prestazione (che solitamente coincide con il pagamento di una somma di denaro) per riparare il pregiudizio causato a controparte e, se vogliono evitare un tale esborso di denaro, non rimane loro che dare esatta esecuzione al contratto, conformemente all'obbligo assunto⁵⁴⁸. In altri termini, nei Paesi di *common law* (e in particolar modo negli Stati Uniti), nonostante sia difficile fornire un quadro di carattere generale, essendo la materia di competenza delle giurisdizioni statali⁵⁴⁹, il dibattito e l'analisi relativi alle *forfeiture clauses* e al *deposit* finisce per ridursi e limitarsi all'approfondimento della *penalty doctrine* e della possibilità di estenderne la portata anche a tali istituti che, a rigore, sono strutturalmente diversi dalla *penalty clause*⁵⁵⁰.

Tralasciando l'approfondimento del confronto comparatistico – seppur ricco di spunti interessanti – tra clausola penale e *penalty clause*, ciò che interessa rilevare ai fini del presente lavoro di ricerca è che l'accostamento tra la seconda e l'*earnest money* comporta una valutazione di quest'ultimo sotto una diversa luce, che lo allontana dalla semplice figura del deposito per qualificarlo come un istituto

pre-estimate of damage"; (ii) *second, a clause "will be held to be penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach."* So, in sum, if what the clause allows for is a genuine pre-estimate of the innocent party's loss, it is enforceable".

⁵⁴⁸ A proposito della differenza tra *clausola penale* e *penalty clause*, cfr. A. ALBANESE – R. CALVO – E. CAPOBIANCO – G. D'AMICO, *Rivisitazione delle regole di common law contro le penali: un punto di vista americano su CavendishSquare e ParkEye Ltd*, in *Annuario del contratto* 2015, Torino 2016, 358: "I paesi di *civil law* tendono a ritenere azionabili le penali a meno che non siano "manifestamente eccessive". L'ordinamento degli Stati Uniti e della Gran Bretagna sono rimasti fedeli all'antico principio per cui la *common law* rifugge le penali e le sanzioni. Riferendo questa espressione al diritto dei contratti, se ne ricava che i danni contrattuali devono avere natura meramente risarcitoria mentre le penali tendono intrinsecamente a superare la soglia del danno effettivo e, conseguentemente, sono nulle per legge".

⁵⁴⁹ Cfr. F.P. PATTI, *Caparra*, cit., 32.

⁵⁵⁰ Cfr. G.H. TREITEL, *Remedies for the breach of the contract*, cit., 108, secondo cui "in the United States there is a general tendency to regard forfeiture provisions as penal". In tema di *penalty doctrine* (in un'ottica critica), cfr. G. VIRGO – S. WORTHINGTON, *Commercial remedies: resolving controversies*, Cambridge University Press 2017, sottolineano: "The doctrine is particularly disguised because one important justification for common law's traditional refusal to award exemplary damages, or an account of profits, could be to recognise party freedom to contract out of the law's compensatory default position. The penalty doctrine serves to harden this default into unchallengeable dogma. It wrongly elevates compensatory default rules to compulsory status. This mistakes the nature of contract remedies".

più complesso, in grado di svolgere certamente tale funzione ma, allo stesso tempo, di fornire un particolare apporto al regolamento contrattuale, quale anticipata garanzia degli eventuali danni derivanti dall'inadempimento. Nell'ipotesi in cui l'acquirente non rispetti il vincolo assunto (ad esempio, non paghi il restante ammontare del prezzo convenuto), questi perderà la somma versata, a tutela delle spese sostenute dal venditore⁵⁵¹; per questo motivo, è logico dedurre che quanto più elevato è il *deposit* tanto maggiore è la pressione esercitata sull'acquirente per completare l'operazione. Così concepito l'*earnest money*, ne deriva una sorta di coazione indiretta all'adempimento (la quale è invece del tutto esclusa, per contrarietà all'ordine pubblico, nella figura della *liquidated damages provision*) e di rafforzamento del vincolo contrattuale, che sembrano in qualche modo ricordare i tratti tipici dell'art. 1385 c.c.⁵⁵²; è innegabile, infatti, che il pagamento di una somma al momento della conclusione del contratto costituisca un consolidamento del contratto appena perfezionato, in quanto l'acquirente è consapevole della possibilità – qualora sia inadempiente – che il denaro già versato sia trattenuto dal proprietario⁵⁵³. Si potrebbe affermare, dunque, che questa figura, all'interno del sistema di *common law*, è idonea a svolgere due diverse funzioni, in maniera non molto dissimile da quanto non si è evidenziato nello studio dell'ordinamento italiano e di quello francese: da un lato, infatti, il *deposit* costituisce un vero e proprio acconto, un anticipo del prezzo finale e, quindi, si rivela in grado di rafforzare il futuro adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto;

⁵⁵¹ Perché si produca un tale effetto è tuttavia necessaria un'espressa previsione in tal senso delle parti: cfr. il *leading case* *Mayson v. Clouet*, in occasione del quale l'acquirente di un fondo aveva versato una somma in deposito e come acconto sul prezzo, ma era stato inadempiente nel pagamento del saldo. Il proprietario chiese la risoluzione del contratto per inadempimento e la questione che fu posta all'attenzione del *Privy Council* era relativa all'esistenza del diritto in capo all'acquirente (per la verità, non più tale) di chiedere la restituzione di quanto già versato. L'organo giudicante stabilì che “*the extent of his restitutionary entitlement must depend on the terms of the contract. This provided that the deposit was non-refundable and so the vendor could keep it, as he had an accrued contractual right to do so. However, the instalments could be recovered, as it was clear from the contract that they would not be forfeited in case of the purchaser's breach*” (C. MITCHELL – P. MITCHELL, *Landmark cases in the law of contract*, Bloomsbury Publishing 2008, 359).

⁵⁵² Così emerge dalla riflessione di L.T. SLOSSBERG, *The essentials of real estate law*, cit., 171: “*The seller often will require an initial deposit from the buyer, usually upon execution of the contract. This initial deposit is referred to as an earnest money deposit, a deposit that indicates the good faith of the buyer with regard to his or her intent to purchase the property. In some circumstances the seller may require additional deposits on specified dates or within a specified time period after the execution of the contract*”.

⁵⁵³ Una tale concezione del *deposit* è emersa fin dal primo caso che a fine XIX secolo si occupò della materia, *Howe v. Smith*: in quell'occasione non solo venne stabilito che il diritto del *tradens* di agire per la restituzione della somma versata in caso di mancato perfezionamento del contratto dipende dalla costruzione del regolamento contrattuale e della presenza al suo interno di una simile possibilità, ma venne inoltre precisato che qualora tale somma sia definita *deposit*, ciò comporta – potremmo dire *ex lege* – che questa sia considerata come “*a security for the completion of the contract by the payer and will be forfeited to the other party if the payer fails to perform his side of the contract*” (J. CHITTY, *Chitty on contracts: general principles*, Sweet and Maxwell 2012, 2074).

dall'altro, esso rappresenta altresì una forma di anticipata quantificazione in via forfettaria del danno eventualmente subito dal proprietario nel caso in cui il promittente acquirente si renda inadempiente, consentendogli infatti – in forza di un'espressa previsione nel regolamento contrattuale - di trattenere l'importo già versato da quest'ultimo⁵⁵⁴. Allo stesso tempo è facile accorgersi, tuttavia, delle differenze strutturali rispetto alla caparra confirmatoria, dal momento che il *deposit* non attribuisce alcun diritto di recesso e, secondariamente, non comporta l'attivazione del meccanismo del *duplum*.

Così delineato per sommi capi l'istituto dell'*earnest money*, è ora necessario che il suo concreto funzionamento sia collocato all'interno di un più ampio contesto, costituito dalla disciplina della vendita immobiliare nel sistema inglese, al fine di comprendere se davvero questa figura possa essere in qualche modo assimilata alla caparra confirmatoria quale disciplinata dal diritto italiano. Come considerazione di carattere generale, si deve premettere che il sistema di *common law* relativo al trasferimento dei diritti reali immobiliari presenta alcune caratteristiche e peculiarità che discendono direttamente dalla particolarissima concezione e ricostruzione dogmatica del diritto di proprietà, che si riflette negli schemi e nelle strutture giuridiche predisposte per la sua circolazione. Il diritto di proprietà quale diritto reale, assoluto e immediato sul bene non esiste e ciò deriva dall'antica concezione (che tuttora permea la cultura giuridica anglosassone) secondo cui tutti i possedimenti immobiliari appartengono alla Corona e, pertanto, il singolo proprietario può solo vantare un interesse verso la proprietà fondiaria, della quale può usufruire e godere in forza di un particolare sistema concessorio, che non mette

⁵⁵⁴ Questa duplicità di funzioni è ben evidenziata in un recente arresto giurisprudenziale, *Ng. v. Ashley King (Developments) Ltd* [2010] EWHC 456 (Ch), dove, proprio a causa di tale caratteristica, l'istituto del *deposit* è definito “*an anomaly*”. Si legge nel corpo della sentenza, paragrafo 20: “*In the first place it performs at least a dual function. It is both an earnest of performance of the contract, and it is a part performance in the sense that if the contract is completed, the deposit will go in reduction of the purchase price. This is explained by Lord Browne-Wilkinson in Workers Trust & Merchant Bank Ltd v Dojap Investments Ltd* [1993] A.C. 573, approving the judgment of Fry LJ in *Howe v. Smith* (1884) 27 Ch.D. 89:

“*Even in the absence of express contractual provision, it is an earnest for the performance of the contract: in the event of completion of the contract the deposit is applicable towards payment of the purchase price; in the event of the purchaser's failure to complete in accordance with the terms of the contract, the deposit is forfeit, equity having no power to relieve against such forfeiture*”. Prosegue al paragrafo 23: “*A deposit can also serve another function. For example in the case of a residential tenancy, the tenant is often required to pay a deposit (typically one month's rent). The primary function of this kind of deposit, sometimes called a security deposit, is to provide the landlord with a fund from which he can recoup compensation for any breach of contract by the tenant. Any surplus will be returned to the tenant at the end of the tenancy. A deposit paid on, say, booking a hotel room or hiring a car also serves this function as well as being an earnest of performance. Thus in my judgment there is no intrinsic reason why something called a deposit should not be the (or a) source of compensation to the injured party*”.

mai in discussione il principio della proprietà regia⁵⁵⁵. Il contenuto dei diritti immobiliari viene genericamente indicato con il termine *estate* ed è qualificabile come un “fascio di poteri”⁵⁵⁶ sul bene, che a sua volta è “infinitamente divisibile tra diverse persone, ciascuna delle quali può essere titolare di differenti diritti di natura proprietaria sulla stessa cosa”⁵⁵⁷.

Da un punto di vista formale, invece, l'atto solenne e necessario per il trasferimento *inter vivos* dei *legal estates*⁵⁵⁸ è il *contract for sale of land* che “riproduce lo schema di un *bargain*, di uno scambio fondato su una *consideration*”⁵⁵⁹ e che necessita della forma scritta, ai sensi del *Law of Property*

⁵⁵⁵ La ragione di una tale concezione del diritto di proprietà immobiliare trova la propria spiegazione con il sussidio dell'analisi storica e, in particolare, della nascita del sistema feudale durante l'Alto Medioevo. Come ricordano C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, 28 ss., a partire dall'ottavo secolo “Carlo Martello cominciò a distribuire terre in corrispettivo dell'appoggio militare. Nei secoli successivi furono creati dei corpi armati permanenti, che diedero origine all'aristocrazia dei cavalieri in gran parte dell'Europa continentale. Si sviluppò, dunque, un sistema di titolarità terriera in base al quale il sovrano [...] era il proprietario di tutto il territorio, ma ne concedeva il godimento ai membri dell'aristocrazia in cambio della loro fedeltà e dei loro servizi militari; questi a loro volta le sub-concedevano ad altri dietro analogo corrispettivo. Questo modello, chiamato feudale, si sviluppò in massimo grado nel nord della Francia e arrivò in Inghilterra a seguito della conquista normanna nel 1066”. Avvenne, tuttavia, che questo sistema iniziò ad andare in crisi durante i secoli del Basso Medioevo, parallelamente alla nascita del ceto borghese e allo sviluppo del commercio, di modo che si ritornò all'antica idea proprietaria di *dominium* quale teorizzato e conosciuto dal diritto romano. In terra inglese, al contrario, il sistema feudale resistette più a lungo, insieme alla concezione che il re fosse l'unico proprietario della terra e che fosse l'unico soggetto con il potere di concedere il diritto di uso e di godimento sulla medesima ai *tenants in chief*, i quali, a loro volta, sub-concedevano l'uso della terra ai soggetti loro sottoposti, in cambio di fedeltà e servizi. Come notano gli Autori, infine, “con il passare del tempo le forme di concessione della terra ai *tenant* da parte del lord si vennero tipizzando sino a consolidarsi nel cosiddetto sistema delle *tenures*” (*ivi*, 28). Pertanto, “sebbene il sistema feudale sia stato da lungo tempo abolito in Inghilterra, singoli suoi elementi sopravvivono ancora oggi e la sua influenza si coglie nell'attuale sistema di proprietà in *common law*, il quale è infatti fondato non già sull'idea della proprietà della terra bensì sull'idea del possesso ed uso di essa” (*ivi*, 30).

⁵⁵⁶ E. MORANDI, *Trasferimenti immobiliari: procedimenti, prassi e costi negli U.S.A.*, in *Studi e materiali del consiglio Nazionale del Notariato*, 1, Milano 2005, 566, la quale ricorda che da tale impostazione ne deriva ulteriormente come nel sistema di *common law* non viga il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, “anche se poi, per esigenze di certezza, nel procedimento di *registered conveyance* introdotto nel 1925 in Inghilterra sono stati riconosciuti solo due *legal estates*” (*ibidem*).

⁵⁵⁷ C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 26.

⁵⁵⁸ Il diritto di proprietà nell'ambito del *common law* viene classificato nelle due categorie di *legal estates* ed *equitable estates*, a seconda che la loro fonte di riconoscimento e di disciplina sia *at law* ovvero in *equity*. Tralasciando i secondi e concentrandosi sui primi, questi sono oggi individuati nell'unica legge organica in materia, ossia il *Law Property Act* del 1925, in forza della quale gli unici *estates* che possono essere trasferiti ovvero costituiti secondo *at law* sono: un *estate in fee simple absolute in possession*; un *term of years absolute*. Volendo impiegare le categorie proprie del nostro ordinamento, si può affermare che con la prima espressione si indica un diritto di proprietà avente natura perpetua (ossia di durata indefinita), mentre con la seconda un diritto di proprietà di durata temporanea. Come nota L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in G. ALPA, M.J. BONELL, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari 2012, 109, “il *fee simple* è il più ampio diritto (*the most ample estate*) che possa esistere su un immobile. Sebbene esso a rigore sia attribuito in concessione (*tenure*) e pertanto non arrivi a eguagliare una proprietà assoluta (*absolute ownership*) poiché quasi tutti i residui dei vecchi oneri feudali sono scomparsi. Un *tenant in fee simple* ha tutti i vantaggi di una proprietà assoluta, eccetto la forma”.

⁵⁵⁹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*,

(*Miscellaneous Provisions*) Act 1989, art. 2⁵⁶⁰. In particolare, il *contract for sale of land* si compone di due distinti atti, il *contract* e il *deed* o *conveyance*, che concorrono alla produzione dell'effetto traslativo: il primo è un contratto obbligatorio stipulato tra acquirente e venditore, e può essere definito come il vero e proprio regolamento contrattuale, all'interno del quale si individuano il bene oggetto della trattativa, il corrispettivo, le modalità di pagamento, nonché le altre eventuali clausole minori e accessorie; il secondo, invece è l'atto conclusivo della procedura e svolge una duplice funzione poiché, da una parte, “quantifica e accerta i diritti dell'acquirente e, dall'altra, evita future contestazioni”⁵⁶¹. Nell'intervallo di tempo che separa i due atti, solitamente il compratore provvede ad eseguire quella che viene definita *investigation of title*, ossia una ricerca relativa al titolo di trasferimento, tesa a verificare “la consistenza (cioè la natura giuridica dei diritti ceduti) e di accertare l'assenza (o la effettiva quantificazione) di vincoli e oneri reali personali”⁵⁶². L'ultimo atto della sequenza è infine rappresentato dalla *completion*, ossia il pagamento del prezzo.

A ben vedere, questa frammentazione della vicenda traslativa non si differenzia molto da quanto avvenga nel diritto italiano (e in parte in quello francese), per lo meno per quanto concerne l'aspetto procedimentale e a formazione progressiva, nel senso che, analogamente alla sequenza contratto preliminare–contratto definitivo (con l'ulteriore ed eventuale sotto-fase rappresentata dal preliminare di preliminare), la vendita non si esaurisce né in un unico momento né in un solo atto ma si attua attraverso più passaggi che concorrono alla produzione

in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino 2014, 618, il quale ricorda che per il perfezionamento del contratto non è sufficiente l'incontro dei consensi di venditore e compratore ma è pure necessaria la sottoscrizione di almeno una delle due copie dell'atto da parte di entrambi i contraenti.

⁵⁶⁰ Il *Law of Property Act* non fa altro che recepire parzialmente i contenuti dell'antico *Statute of Frauds* emanato da Carlo II Stuart nel 1677 (già confluiti nel *Law of Property Act* del 1925 e nel *Law Reform (enforcement of contracts) Act* del 1954) che “fissava limiti alla prova testimoniale per determinati contratti e richiedeva la presentazione di un qualunque documento, note or memorandum, sottoscritto dal convenuto, perché si potesse contro di lui esperire l'azione giudiziale” (U. SODDU, *Forma e formazione del contratto, in particolare della vendita immobiliare*, cit., 586); tra i tipi contrattuali rientranti nello *Statute* vi erano anche quelli riguardanti i diritti immobiliari (*interests in land*).

⁵⁶¹ M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese. Storia di un problema nell'analisi comparativa*, Milano 1992, 229. Nel caso in cui si tratti di una vendita soggetta a trascrizione (c.d. *registered conveyancing*) vi dovrà essere anche la trascrizione dell'atto di vendita.

⁵⁶² M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, cit., 62 e aggiunge che tale attività “ha per oggetto i soli vizi giuridici e, quindi, è finalizzata soprattutto a tutelare l'acquirente contro l'evizione, totale o parziale”. In riferimento agli atti soggetti a trascrizione, peraltro, si deve ricordare che questa complessa nonché onerosa fase a carico dell'acquirente è venuta meno, in quanto “man mano che il regime di *registration* obbligatoria si è andato estendendo [...] il controllo sui titoli è stato effettuato dagli impiegati dell'ufficio, con modalità analoghe a quelle seguite dal *solicitor* dell'acquirente nella *investigation of title*” (A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*, cit., 626).

del trasferimento del diritto di proprietà⁵⁶³. Le analogie con il sistema italiano, tuttavia si arrestano qui, a causa delle marcate differenze tra le diverse figure, sia nella struttura giuridica sia nella produzione degli effetti: in primo luogo, ad un esame più approfondito si comprende che il *contract* non è assimilabile al contratto preliminare non solo perché, in termini generali, il diritto inglese (e statunitense) ritiene illogico e contraddittorio che una parte si impegni a stipulare un futuro contratto⁵⁶⁴, ma anche sulla scorta della considerazione che tale atto ha sì un'efficacia obbligatoria ma questa è paragonabile a quella propria della vendita obbligatoria, che si caratterizza per la libera disponibilità del bene in capo all'alienante, con il rischio contrattuale gravante su quest'ultimo; in conseguenza, non è possibile per l'acquirente ottenere una tutela equivalente a quella garantita dall'art. 2932 c.c.⁵⁶⁵. Secondariamente, *deed* e *form of transfer* non possono essere paragonati al contratto definitivo, in quanto il primo è un atto unilaterale mentre il secondo (che sostituisce il *deed of conveyance* nelle vendite soggette a trascrizione) è semplicemente un atto che deve essere trascritto nel registro immobiliare affinché si compia il trasferimento del *legal estate*⁵⁶⁶. Infine, per quanto concerne la fase

⁵⁶³ Cfr. M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, cit., 62: “Il procedimento immobiliare [...] si scinde in due parti: un primo complesso di attribuzioni (*equitable estate*) passa immediatamente, per effetto del *contract*, al compratore. Un secondo nucleo di poteri (*legal estate*) resta invece nelle mani del venditore. Solo successivamente, grazie alla *conveyance*, le proprietà dell'*equitable* e del *legal estate* confluiscono nell'acquirente, ricostituendo l'unità delle attribuzioni proprietarie”. Nello stesso senso anche A. CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, I, 1987, 696, il quale sottolinea la struttura bifasica della vendita di diritto inglese, analogamente al sistema tedesco, ma dal quale si differenzia perché “la vendita trasferisce un *equitable interest* sul bene, operando così uno smembramento della proprietà, e la *conveyance* trasferisce il *legale title*”. Anche secondo A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*, cit., 619, vi sono delle analogie tra il contratto preliminare dell'ordinamento italiano e la struttura del *contract for sale of land*: “L'autonomia tra *contract* e *conveyance* e, soprattutto, la diversa efficacia del *contract* rispetto alle parti, hanno spinto a individuare in esso un istituto ibrido che, per quanto riguarda l'obbligazione dell'alienante (di trasferire), può essere assimilato al nostro contratto preliminare; per quanto concerne l'obbligazione dell'acquirente (di pagare il prezzo), può essere ricondotto al contratto definitivo di vendita, dove all'assunzione di vendita segue immediatamente la fase esecutiva”.

⁵⁶⁴ Cfr. A. CHIANALE, voce *Contratto preliminare in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino 1989, 293: “secondo le regole operazionali inglesi, quando le parti raggiungono un determinato accordo e prevedono la redazione di un successivo *formal contract*, si deve accertare se esse si siano obbligate alle prestazioni concordate, al più sotto condizione sospensiva della redazione del *formal contract*, oppure se l'accordo iniziale sia ancora parte delle trattative”.

⁵⁶⁵ “Il *contract* sancisce l'intenzione delle parti di attuare la cessione, individua il bene, il corrispettivo e le relative modalità di pagamento; dal suo perfezionamento derivano per le parti gli obblighi di trasferire la cosa e pagare il prezzo” (A. FUSARO, *Il deposito del prezzo presso il notaio in prospettiva comparatistica tra escrow account e conti fiduciari*, in *Annuario del contratto 2014*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino 2015, 15). L'efficacia obbligatoria del *contract*, peraltro, vale solo per i contratti conclusi *at law*, mentre per il sistema in *equity* questo esso produce effetti reali in senso stretto “per l'applicazione della *conversion rule* e la conseguente creazione di un *constructive trust* legale. Il che comporta, cioè, il riconoscimento, al futuro acquirente, della *equitable ownership* e del conseguente rimedio del *tracing* (che consiste nella possibilità di far conseguire al futuro acquirente ciò che gli spetta anche nei confronti del terzo acquirente)” (E. MORANDI, *Trasferimenti immobiliari*, cit., 569).

⁵⁶⁶ Cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*, cit., 628, il quale a proposito sottolinea come “nella pratica il *registered conveyancing*

conclusiva del procedimento, coincidente con la *registration*⁵⁶⁷, anch'essa non corrisponde alla trascrizione di cui agli artt. 2643 ss. c.c., in quanto quest'ultima ha efficacia meramente dichiarativa mentre nella *registered conveyancing* l'inserimento nel registro immobiliare ha efficacia costitutiva, così da avvicinare il modello inglese a quello germanico⁵⁶⁸.

Il diritto scozzese, anche sotto questo profilo, presenta una caratteristica che lo differenzia dal sistema anglo-gallese, in quanto al suo interno si rinviene una figura per certi aspetti assimilabile alla fattispecie del contratto preliminare di diritto italiano, indicata con il termine di *missives* ovvero *preliminary contract* o *preliminaries*. Si tratta sostanzialmente di comunicazioni scritte simili alle trattative, che prendono avvio con un'offerta e si concludono con un'accettazione e

conosce notevoli semplificazioni formali, poiché viene effettuato con la redazione di un modulo standard (denominato *form of transfer*), che tuttavia, da un punto di vista giuridico, è pur sempre un *deed*".

⁵⁶⁷ Il sistema di diritto inglese, relativamente all'obbligo di registrazione degli atti di trasferimento di diritti reali, ha subito recentemente due ulteriori modifiche (nel 1996 e nel 2002), che si inseriscono sulla strada tracciata con il *Land Registration Act* del 1925; quest'ultimo "*replaced the old statutes with a new system for registration of title as part of the great reforms of land law*" sebbene "*only the county of London had become an area of compulsory registration*" (E.H. BURN – J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, XVIII ed., Oxford University Press 2011, 131). Si è tuttavia dovuto attendere fino al 1990 affinché le formalità della registrazione – peraltro unicamente attinenti ai trasferimenti immobiliari - diventassero obbligatorie per tutto il territorio dell'Inghilterra e del Galles. Il primo positivo effetto del moderno sistema del *registered conveyancing* può essere individuato nel fatto che lo Stato si fa garante del titolo trasferito; come notano gli Autori, "*once the title to land is registered, its past history is irrelevant. The title thenceforth is guaranteed by the State, and a purchaser can rely on it*" (ivi, 132). A questa deve essere aggiunto una seconda importante conseguenza, concernente la posizione dell'acquirente: quest'ultimo, in un sistema di *unregistered conveyancing*, è onerato dalla verifica che non vi siano vincoli di alcun tipo gravanti sul bene oggetto della compravendita; attraverso il *registered system*, al contrario, il compratore si trova in una posizione migliore e il suo compito è decisamente semplificato, in quanto "*an investigation of the vendor's title deeds is replaced by a search of the register at the Land Registry. [...] He is bound by any registrable interest that have been registered at the time when he takes his conveyance from the vendor; if a registrable interest is not so registered, he takes free from it, even though he actually knows of its existence*" (ivi, 143). Attraverso l'istituzione del *Property Register*, del *Proprietorship Register* e del *Charges Register* è possibile, infatti, non solo avere una precisa conoscenza della struttura dell'immobile, ma avere informazioni sulla natura e l'estensione del titolo, classificandolo in base al suo grado di certezza in una delle quattro categorie previste dalla legge e, infine, prendere visione di tutte le situazioni dei terzi gravanti sul bene, "comprese le ipoteche (*mortgages*), gli oneri reali, le servitù e gli eventuali contenziosi giudiziali" (A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*, cit., 627).

⁵⁶⁸ Sul tema, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*, cit., 636, il quale nota come "la triade contratto preliminare – contratto definitivo di vendita – trascrizione, che pur si basa sulla dissociazione degli effetti *inter partes* e nei confronti dei terzi, in un certo senso ripercorre le vicende descritte, in Germania, da contratto causale (*Auflassung*) – iscrizione e, in *common law*, da *contract for sale of land* – *conveyance* - *electronic registration*. La pubblicità dichiarativa del contratto con effetti obbligatori (preliminare) e di quello ad effetti reali assolve, in Italia, ad una funzione analoga a quella realizzata, in Germania e in Inghilterra, con la registrazione (a effetti dichiarativi) della *Vormerkung* e del *contract*, e con l'iscrizione (con effetti costitutivi) dell'*Auflassung* o della *form of transfer*". Per quanto concerne, invece, le differenze tra i tre sistemi, cfr. L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., 47, il quale correttamente la rinviene nel fatto che "mentre i registri immobiliari degli ordinamenti inglese e irlandese rappresentano solamente un'istantanea della titolarità di un dato bene in un dato momento, giacché non hanno alcuna prospettiva storica, invece il *Grundbuch* tedesco, come i pubblici registri italiani [...] danno evidenza della serie continua dei trasferimenti sino alla situazione attuale".

i cui scambi tra le parti sono costantemente documentati (in maniera non dissimile da quanto avviene con le minute e le puntuazioni), permettendo così di registrare e di *lato sensu* certificare, passo dopo passo, le modifiche e gli avanzamenti nella contrattazione⁵⁶⁹. Nonostante la presenza di una simile figura, ciò che manca nel sistema scozzese e che invece è ben noto in quello anglo-gallese, è l'istituto del *deposit*, dal momento che le *missives* - non essendo accompagnate dal versamento di alcuna somma di denaro, né in funzione di acconto, né in funzione di garanzia – non possono essere ricondotte a tale istituto; le ragioni di una simile lacuna sembrano fondamentalmente riconducibili a due fattori: in primo luogo, le *missives* avrebbero un carattere vincolante *ex se* che renderebbe superflua la previsione di una caparra confirmatoria ovvero di un *earnest money* da parte dell'acquirente al momento della proposta contrattuale⁵⁷⁰; in secondo luogo, la stessa nozione giuridica di *deposit* non è mai entrata a far parte della tradizione giuridica scozzese, rimanendo un concetto dai tratti opachi e incerti, la cui portata applicativa e il cui funzionamento sono sempre rimasti in qualche modo estranei ai giuristi scozzesi, che avrebbero così preferito evitarne del tutto l'impiego⁵⁷¹. Stupisce molto, pertanto, che un sistema ibrido quale quello scozzese, non del tutto estraneo al concetto giuridico di caparra confirmatoria ma che, al contrario, per molti secoli ha fedelmente conservato la più antica tradizione romanistica, abbia poi finito, in

⁵⁶⁹ La dottrina definisce *missives* come “[the collection of written communications] beginning with an offer and ending with an acceptance and, in between, documenting a process of adjustment in which the terms of the contract are fine-tuned” (W.M. GLOAG – R. HENDERSON, *The law of Scotland*, Edinburgh 2007, 654). Un'altra autorevole qualificazione dell'istituto è stata formulata da E. SINCLAIR – A. STEWART, *Conveyancing practice in Scotland*, Edinburgh 2011, 134: “[the *missives* is] the name we give to the contract for the sale and purchase of heritable property in Scotland that is constituted by a series of formal letters entered into by or on behalf of a purchaser and a seller dealing with the conditions that are to apply to the purchase and sale”.

⁵⁷⁰ Questo primo aspetto pare essere la conseguenza della particolare struttura e configurazione della fase delle trattative nel diritto scozzese, in quanto grava sul rappresentante legale di ciascuna parte compiere quelle indagini relative alla stabilità economica e finanziaria della controparte al fine di comprendere se quest'ultima sarà di grado di rispettare e adempiere gli obblighi assunti. In conseguenza di una tale verifica preliminare, una volta eventualmente attestata la posizione del venditore o del compratore, si ritiene non necessario il versamento di una somma come ulteriore garanzia per il caso di inadempimento. Come osservano G.L. GRETTON – K.G.C. REID, *Conveyancing*, Edinburgh 1993, 35, “the solicitors acting for buyers will have done at least preliminary check on their clients' finances; [...] it's good practice to make reasonably sure (a) that the clients will be able to come up with the purchase price at settlement date and (b) that they will be able to keep up with monthly loan payments thereafter”.

⁵⁷¹ Sul tema, C. CHESSA – P. DE GIOIA CARABELLESE, *Le missive nel sistema giuridico scozzese e la caparra confirmatoria nella contrattazione preliminare in Italia: riflessioni diacroniche e comparatistiche*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2, 2013, 920 ss., rilevano che, a parte il settore delle compravendite di immobili commerciali o da costruire, dove è espressamente imposto il versamento di un deposito equivalente a una *reservation fee*, nel diritto scozzese in generale la figura del deposito è sempre stata – piuttosto che ignorata – considerata come oscura, anche perché fino al XVIII secolo, come si è avuto modo di vedere *supra*, i giuristi avevano avuto modo di studiare e impiegare l'arra di derivazione romana. Tuttavia “il deposito o *earnest* in Scozia è un concetto il quale, progressivamente e inesorabilmente, si dissolve nella nebbia, anche quale riflesso della integrazione politica con l'Inghilterra iniziata nel 1707” (*ivi*, 923).

un certo senso, per rinnegare il suo passato, lasciando nel dimenticatoio la vecchia *arrha*. Ciò pare ancora più ambiguo e contraddittorio se si tiene conto della presenza delle *missives* che, se correttamente vengono assimilate alla contrattazione preliminare – del tutto assente, lo si ripete, nel sistema anglo-gallese – richiederebbero allora la presenza di un istituto quale la caparra o, quanto meno, del semplice deposito; entrambe le figure, infatti, si prestano ad accompagnare il processo di formazione a tappe del contratto, soprattutto in funzione di tutela del venditore, dal momento che, da un lato, la fase di indagine relativa all'accertamento della stabilità economico-finanziaria della controparte può non essere sufficiente e, dall'altro, il (presunto) carattere vincolante delle missive spesso si rivela del tutto inutile di fronte all'inadempimento del potenziale acquirente⁵⁷².

3.3 Il formalismo inglese e il recupero del contratto concluso in formale orale

Alla luce di queste brevi riflessioni di carattere generale sul funzionamento delle compravendite immobiliari nel sistema di *common law* e sul ruolo (non) rivestito dalla caparra confirmatoria al suo interno, sembra potersi ragionevolmente affermare che il diritto anglosassone e statunitense abbiano preferito, per diverse ragioni storico-giuridiche, abbandonare la tradizione continentale e i suoi classici strumenti civilistici per sviluppare un diverso schema di protezione delle parti contraenti, in particolar modo in occasione di una compravendita immobiliare. In altri termini, attraverso il ricorso alla figura dell'*earnest* e del *deposit*, insieme all'istituto dell'*escrow*, è stato delineato un sistema pragmaticamente orientato e finalizzato alla buona riuscita dell'operazione economica che tuteli tanto l'acquirente quanto il venditore, seppur mancante delle peculiarità proprie del diritto francese e di quello italiano. Uno schema che, per certi versi, può risultare semplificato rispetto alla contrattazione immobiliare del codice civile ma che si mostra molto utile al perseguimento del risultato sperato e programmato dalle parti contraenti al punto che, negli ultimi anni, vi è stata una ricezione di tale prassi da parte dell'ordinamento italiano, peraltro non limitata al settore immobiliare. In

⁵⁷² Come sottolineano C. CHESSA – P. DE GIOIA CARABELLESE, *Le missive nel sistema giuridico scozzese e la caparra confirmatoria nella contrattazione preliminare in Italia*, cit., 936, “poiché nessun deposito vincolante è normalmente convenuto alla data di trasferimento della proprietà, né il relativo concetto è recepito in sede legislativa, il compratore inadempiente potrebbe ritenersi libero dalle missive, in apparenza vincolanti, in quanto egli è consapevole che nessun potere di ritenzione è concesso al venditore. [...] Naturalmente, resta al venditore la prerogativa di citare in giudizio il compratore, ma in questo caso può fare affidamento soltanto sulla solvibilità di quest'ultimo, una circostanza che [...] non può essere data per scontata se il compratore non era la parte effettivamente interessata all'acquisto, ma piuttosto “l'uomo di pariglia” o *alter ego* che agiva per conto dell'altra terza parte”.

modo particolare, la figura dell'*escrow agreement* ha lentamente iniziato a fare la sua comparsa nell'ambito di alcune operazioni economiche (spesso anche a causa della natura internazionale di quest'ultime)⁵⁷³, per poi essere impiegato con maggiore frequenza anche all'interno degli ordinamenti nazionali di *civil law*, al punto da essere considerato al giorno d'oggi, in relazione a determinate operazioni contrattuali (in particolare, i contratti di compravendita di partecipazioni societarie) come un normale strumento a disposizione dell'operatore giuridico italiano⁵⁷⁴.

⁵⁷³ La figura dell'*escrow*, all'interno del sistema di *common law*, non viene impiegato unicamente nel settore delle compravendite immobiliari ma trova applicazione anche in altri rilevanti settori economici, in particolare nella più recente prassi commerciale internazionale, si deve dare atto di un considerevole sviluppo e impiego del contratto di *escrow* nell'ambito delle operazioni di import-export, che si realizza attraverso l'apertura di un *escrow account* vincolato nella sua destinazione "e movimentato in funzione dell'esecuzione dei flussi di merci che stanno alla base dell'accordo delle parti" (P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, cit., 371), nel più ampio contesto delle operazioni di *counter trade*. Ancora, nel diritto inglese vi è un frequente utilizzo della figura in materia di trasferimento di tecnologie, di *know-how* e di licenze per l'uso di programmi informatici (*software licences*) nei rapporti tra distributore e fornitore, dal momento che la particolare struttura dell'*escrow* si è mostrata idonea a tutelare le esigenze di entrambe le parti: da un lato l'interesse del distributore ad ottenere una maggiore conoscenza tecnica per offrire servizi di assistenza e di manutenzione ai clienti e, dall'altro, il desiderio opposto del fornitore di proteggere la segretezza delle informazioni dallo stesso detenute, in un settore così delicato e sempre più importante quale quello dei prodotti e dei servizi tecnologicamente sofisticati. Poiché il fornitore non può divulgare in toto il contenuto delle informazioni tecniche contenute nel suo prodotto, al fine di salvaguardare la segretezza del suo *know-how*, si decide di consegnare in *escrow* i documenti informativi (ovvero il c.d. *source-code*, cioè i codici fondamentali dei programmi, qualora si tratti di contratti aventi ad oggetto le licenze per l'uso dei *software* dei *computers*), che saranno poi rilasciati a favore del distributore al verificarsi di determinate condizioni o eventi.

⁵⁷⁴ In queste ipotesi il contratto di *escrow* si configura come un patto accessorio rispetto al contratto principale (spesso definito, sempre con l'impiego della terminologia inglese, *sale and purchase agreement*) la cui predisposizione risponde a due principali esigenze, individuabili, rispettivamente, nel garantire l'adempimento dell'obbligazione principale sottostante, consistente nel pagamento del prezzo e nel ridurre il contenzioso tra le parti. Nei contratti di acquisizione di partecipazioni sociali, infatti, la funzione di tutela della parte diligente del rapporto è realizzata con il deposito delle somme in *escrow account*, dal momento che l'acquirente vede garantito il proprio interesse nel caso in cui le garanzie offerte dal venditore si rivelino insufficienti ovvero vengano da quest'ultimo violate attraverso l'incameramento di quanto versato, che costituirà l'indennizzo del pregiudizio subito. Il cedente delle partecipazioni, a sua volta, è al riparo dal mancato pagamento del prezzo da parte del compratore poiché lo schema dell'*escrow* è spesso impiegato proprio per immobilizzare una somma pari al corrispettivo, che verrà poi rilasciata da parte del depositario in diverse *tranches*, mediante il prelievo dell'ammontare corrispondente della somma depositata in garanzia, soprattutto nei casi in cui una parte del prezzo debba essere pagata successivamente al perfezionamento del contratto. Tutela nell'ipotesi di violazione delle garanzie e gestione dei flussi di denaro connessi al pagamento del prezzo sono, dunque, i due maggiori obiettivi perseguiti attraverso la predisposizione di un contratto di *escrow* e questi vanno analizzati separatamente, perché rispondono alle contrapposte esigenze dell'acquirente, da una parte, e del venditore dell'altra. Per un approfondimento sul ruolo svolto dal contratto di *escrow* nei contratti di M&A, si vedano, *ex multis*, V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Contratti*, 2013, 2, 195 ss.; G. CERUTTI, *Gli strumenti di garanzia dei pagamenti nei contratti*, in *I contratti di acquisizione di società e di aziende*, a cura di C. Monesi – U. Draetta, Milano 2007, 517 ss.; D. PROVERBIO, *Le clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano 2000, *passim*; G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase agreement*, Milano 2011, 120 ss.; A. MANZINI, *L'acquisizione di partecipazioni sociali*, in *Manuale delle acquisizioni di imprese*, a cura di A. Motta, Milano 2003, 430 ss.; C. MARTINETTI, *Le "garanzie" delle garanzie e le clausole indennitarie*, in AA.VV., *Le acquisizioni societarie*, a cura di M. Irrera, Bologna 2011, 236 ss.; E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, I, Torino 1995, 248 ss.; A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano 2007, *passim*, in particolare 516 ss.;

Per quanto concerne, invece, il tema della forma del contratto di vendita immobiliare e della forma rivestita da tali istituti, nonché la più ampia problematica del formalismo negoziale, per il giurista di *civil law* il compito non è semplice in quanto non sempre è possibile ricorrere a categorie già note e ragionare in base alle stesse; con particolare riferimento alle figure dell'*earnest money* e del *deposit*, infatti, le quali sono state individuate come analoghe o quantomeno assimilabili all'art. 1385 c.c., non si possono riproporre le riflessioni svolte per il diritto francese, dal momento che queste non sono qualificabili come contratti accessori e collegati, per le quali si ponga un problema di coordinamento formale con il contratto principale di vendita. Come si è avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti, tali somme di denaro sono generalmente versate, in forza di un'espressa previsione contrattuale, al *real estate broker* al momento della sottoscrizione del contratto di trasferimento immobiliare e quindi si configurano come dei pagamenti a carico del soggetto interessato al perfezionamento dell'acquisto⁵⁷⁵; le clausole che le prevedono si trovano inserite all'interno del regolamento contrattuale e di quest'ultimo condividono anche il profilo formale, a pena di nullità⁵⁷⁶. Questo atteggiamento così rigoroso è frutto di un'evoluzione del sistema anglosassone, poiché prima del 1989 un contratto, per la sua valida conclusione, non necessitava di alcuna forma; la legge richiedeva unicamente, a fini probatori, la presentazione di un *written memorandum*, ossia “un principio di prova scritta cui fosse apposta la firma della parte contro cui il documento era fatto valere, o di un suo rappresentante”⁵⁷⁷. La mancata redazione di tale documento non comportava, tuttavia, la nullità del contratto bensì implicava soltanto che questo sarebbe stato sprovvisto di tutela giurisdizionale; nel famoso caso giurisprudenziale *Monnickendam v. Leanse* del 1923 le parti avevano concluso un contratto di vendita di immobile in forma orale accompagnato dal versamento di una caparra da parte

A. LANCIANI, *Il prezzo (modalità, aggiustamenti, garanzie del pagamento dilazionato)*, in *Le acquisizioni societarie*, in AA.VV., V ed., Bologna 2015, 323 ss.; L. PONTI – M. MASETTI, *La vendita garantita delle partecipazioni sociali*, Padova 1997, 386 ss.; M. DE ANDRÈ, *Le clausole relative al prezzo*, in AA.VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano 1990, 195 ss.; S. EREDE, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e di M. De Andrè, Milano 1990, *passim*.

⁵⁷⁵ Sul punto, cfr. L.T. SLOSSBERG, *The essentials of real estate law*, III ed., Cengage Learning, Stamford 2015, 149, per il quale “*earnest money is a sum of money paid by the buyer at the time of entering into a contract to indicate the buyer's intention of carrying out the terms of the contract*”.

⁵⁷⁶ “Oggi il *contract for sale of land* deve necessariamente avere forma scritta e contenere tutte le clausole (*terms*) su cui le parti hanno espresso il loro consenso (*have expressly agreed*)” (M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, cit., 72).

⁵⁷⁷ M.D. PANFORTI, *op. cit.*, 73. Ai sensi della sez. 40 dello *Statute of Frauds* si leggeva: “*no action can be brought upon any contract or sale of land [...] unless the agreement upon which such action shall be brought, or some memorandum or note thereof shall be in writing and signed by the party to be charged*”.

dell'acquirente, che venne trattenuta dal venditore, in forza dell'allegato inadempimento di controparte. In assenza dell'attuale disciplina, il contratto non venne dichiarato nullo ma solo *unenforceable* e il venditore fu ritenuto legittimato a ritenere la caparra consegnatagli in forza di un accordo meramente verbale⁵⁷⁸. Una tale soluzione non sarebbe più ammissibile nell'attuale diritto anglosassone che, sotto questo profilo, non si discosta da quello delineato dall'art. 1350 c.c., dal momento che qualsiasi contratto relativo a beni immobili necessita della forma scritta, pena la nullità dell'atto avente forma orale; ne deriva l'ulteriore conseguenza che, poiché il contratto e l'atto di trasferimento costituiscono due atti distinti, quando questi abbiano per oggetto beni immobili, saranno rappresentati da due distinti documenti.

Per quanto concerne, invece, il problema del formalismo negoziale all'interno dell'ordinamento, si può affermare che, analogamente al diritto francese e al diritto italiano, nei quali vige il principio della libertà della forma, quest'ultimo è presente anche nel sistema di *common law*, al punto che è affermazione frequente e indiscussa tra i commentatori che “*as a general rule, no formalities are required for the creation of a contract in English law*”⁵⁷⁹. Similmente a quanto riscontrabile nei due sistemi continentali appena citati, l'affermazione di principio sembra tuttavia essere immediatamente contraddetta e smentita nel momento in cui si passi all'analisi delle diverse categorie contrattuali classificate in base ai requisiti formali. Ci si avvede, infatti, che nel diritto inglese, ancora una volta in maniera non molto dissimile dall'ordinamento italiano, possono essere individuate tre distinte categorie di contratti, a seconda del tipo di formalità richiesta: a) contratti solenni (*under seal*) per i quali è necessariamente richiesta la redazione di un *deed* quale condizione di esistenza dell'atto medesimo⁵⁸⁰; b) contratti sottoposti alla formalità

⁵⁷⁸ Cfr. M.D. PANFORTI, *op. cit.*, 75. Ad una simile decisione si era già giunti qualche decennio prima nel caso *Thomas v. Brown (1876) 1 Q.D.B. 714* sempre concernente la vendita in forma meramente orale di un terreno, accompagnata dal versamento di una caparra a titolo di anticipo sul prezzo. Il contratto venne riconosciuto valido e, pertanto, fu dichiarato legittimo il pagamento della caparra; secondariamente, poiché la conseguenza della forma orale non si traduceva nella nullità del contratto ma della impossibilità di essere fatto valere in giudizio quale titolo per un'azione creditoria, colui che aveva versato la caparra non avrebbe potuto invocare il contratto per giustificare la pretesa della restituzione. Sarebbe stato possibile, tutt'al più, farlo valere in via d'eccezione e di difesa: cfr. G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova 1990, 294 ss.

⁵⁷⁹ P.S. ATIYAH, *Form and substance in Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1988, 93.

⁵⁸⁰ Si tratta di una categoria che contiene atti per i quali la forma del *deed* è richiesta “per dare giuridicità e forza vincolante ai contratti a titolo gratuito o, comunque, senza controprestazione (o *consideration*)” quali “le donazioni, le promesse unilaterali, i contratti costitutivi di un *lease*, ossia di un diritto di usufrutto immobiliare, per una durata superiore a tre anni” (G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 287). In questi contratti il *deed* rappresenta lo “speciale *vestmentum* del rapporto e ne costituisce la causa diretta ed esclusiva della sua giuridicità vincolante” (*ivi*, 28). In particolare, il *deed under seal* presenta quattro caratteristiche, ossia la scrittura (a mano o a stampa, su pergamena o carta semplice); la sottoscrizione da parte dello stipulante alla presenza

della scrittura, come requisito *ad substantiam*; c) contratti per i quali la forma della scrittura è richiesta *ad probationem* ai fini della loro azionabilità in giudizio⁵⁸¹. Sia che si ragioni in termini di eccezioni alla regola, sia che si preferisca discorrere di deroghe a un principio, in ogni caso pare evidente come anche oltremontana si pongano i medesimi problemi a suo tempo esposti con riferimento alla *renaissance du formalisme*, tanto in Francia quanto in Italia⁵⁸².

Ciò premesso, relativamente alla tripartizione appena riportata, si può affermare che si tratta di una scala formale a livelli decrescenti, nel senso che alcuni contratti richiedono la massima formalità per la loro costituzione mentre altri la richiedono solo in funzione probatoria; una tale configurazione è però lentamente venuta meno nel corso degli ultimi anni, sia per il drastico ridimensionamento delle formalità proprie degli atti *under seal*⁵⁸³, sia per le recenti modifiche apportate al modello del *conveyancing* nell'ambito dei trasferimenti immobiliari, insieme all'introduzione del *registered conveyance* quale regola di applicazione generale per tutto il territorio anglo-gallese.

Come è stato notato dai commentatori, il formalismo inglese e, in particolare, quello relativo al contratto di vendita, ha subito una vera e propria evoluzione nel corso della sua storia giuridica, poiché se inizialmente era caratterizzato da elementi che per aspetti non lo allontanavano molto dal sistema del diritto romano, nella prospettiva di garantire in questo modo il massimo grado di certezza ai

di un testimone; una locuzione certa e non equivoca che attesti che l'atto è stato eseguito seguendo le particolari formalità (quale, ad esempio "*signed as a deed*"); infine, la consegna del documento, che costituisce "la formalità che completa l'atto, facendogli acquistare piena rilevanza giuridica" (ivi, 31). Secondo la ricostruzione di G. GORLA, *Il contratto*, Milano 1955, 445, il *deed under seal* consiste in un documento *signed, sealed and delivered*, cioè sottoscritto, sigillato e consegnato e "in ciò consiste la sua forma. La cerimonia di apposizione del sigillo e della consegna indica che la persona identifica sé stessa con suo deed e vi impegna la personalità". E aggiunge: "Il sigillo, privilegio in Francia dei gentiluomini, cadde presto in decadenza, mentre in Inghilterra, secondo un processo storico proprio dello spirito inglese tendente a imitare il gentleman e a fare di ogni uomo un gentleman, il sigillo si diffuse dalla nobiltà fra il popolo e dura tutt'oggi" (*ibidem*).

⁵⁸¹ Quali i contratti di garanzia e i contratti che trasferiscono con efficacia obbligatoria immobili ovvero diritti che comportano un potere di godimento delle utilità fornite da quest'ultimi.

⁵⁸² Per questi motivi sono del tutto condivisibili le parole di R. CLARIZIA, *La libertà di forma in civil law e in common law*, cit., 186, la quale si chiede "che senso ha parlare di libertà di forma se l'atto giuridico deve necessariamente avere un *vestmentum* affinché sia intellegibile una volta uscito dalla sfera del dichiarante?".

⁵⁸³ Ai sensi della *section 1(3)* del *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act* del 1989 sono richiesti come necessari unicamente: a) la firma da parte dello stipulante alla presenza di un testimone ovvero la firma del suo rappresentante alla presenza dello stipulante e di due testimoni; b) la consegna *as a deed*. Si ricordi inoltre che prima del 31 luglio 1990, "*a deed has to be sealed; that is to say, it had to bear wax, or a wafer, or some other indication of a seal*" (E.H. BURN – J. CARTWRIGHT, *Modern law of real property*, cit., 1007). In forza del disposto della *section 1(1)* tale formalità è stata abolita. Nello stesso senso le parole di M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, cit., 238: "l'elemento più macroscopico, il complesso dei requisiti formali del *deed*, va fortemente ridimensionato per il presente. La necessità del sigillo è stata abolita (1989), la sua consegna viene interpretata in modo sempre più elastico, e la scrittura non è più soltanto su carta o su pergamena".

soggetti coinvolti nella vicenda contrattuale, nel corso degli ultimi decenni – in conseguenza di alcune riforme legislative - esso è stato decisamente attenuato, avvicinandosi sempre di più al consenso traslativo del sistema di *civil law*⁵⁸⁴. In altri termini, la presenza di una serie di fattori ha contribuito a ridimensionare il modello del sistema del formalismo traslativo inglese⁵⁸⁵ e tra questi vanno certamente ricordati, in primo luogo, il progressivo abbandono del formalismo quale *vestmentum* necessario per conferire validità all'atto traslativo di diritti immobiliari (che a lungo tempo era risultato, agli occhi dei giuristi inglesi, il miglior strumento per coniugare e coordinare le esigenze di certezza e di rapidità degli scambi giuridici), avvenuto anche grazie al ridimensionamento del rigoroso formalità del *deed under seal*⁵⁸⁶; secondariamente, un ruolo importante è stato svolto dall'intervento del sistema della trascrizione con efficacia sanante di un atto imperfetto nella forma⁵⁸⁷; infine, si deve dare atto della strutturazione per distinte fasi del procedimento di vendita, che non si identifica più con un singolo negozio traslativo bensì trova la sua unità solo in seguito alla frammentazione e quindi ricomposizione degli attributi proprietari. Il sistema di registrazione obbligatoria

⁵⁸⁴ Come sottolinea G. GORLA, *Il contratto*, cit., 444, “la forma è veramente una forma omnibus come la *stipulatio* romana, che serve per rendere valida qualunque promessa (lecita), indipendentemente dal suo contenuto o, diremmo noi, dalla causa più o meno tipica, gratuita, onerosa, sufficiente o insufficiente”.

⁵⁸⁵ Peraltro è da notare come la formula *solus consensus obligat*, nell'ambito del diritto immobiliare, sia più un'affermazione di principio – figlio di un'epoca in cui regnava sovrano il dogma dell'autonomia della volontà - che non vera regola di disciplina; in riferimento alla teorizzazione del suddetto principio di diritto naturale, ricorda infatti G. ASTUTI, *Contratto*, cit., 780, come “le enunciative di principio dei giusnaturalisti e giusrazionalisti siano rimaste, per quanto concerne i negozi giuridici privati, su un piano molto generico e astratto, e rivelino una scarsa meditazione delle categorie civilistiche e sul sistema dei contratti obbligatori, come sulla concreta esperienza dei rapporti economico-sociali”. Nello stesso senso la riflessione di P.G. MONATERI – R. SACCO, voce *Contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino 1988, 140: “L'analisi mostra peraltro che in Francia e in Italia la proprietà acquistata per effetto del contratto consensuale manca di alcune prerogative se al contratto non segue la consegna della cosa mobile o la trascrizione del contratto immobiliare nei registri *ad hoc*. I limiti cui alludiamo dipendono dalla regola possesso vale titolo, dalla regola sul conflitto fra due atti trascritti dallo stesso alienante, da regole specifiche sull'opponibilità dell'alienazione ai creditori dell'alienante. [...] Va notato, inoltre, che taluni beni sono sottratti ovunque alla regola consensualistica: così ad esempio i titoli di credito”. Non lasciano margini di dubbi le parole di G. GORLA, *Il contratto*, cit., 323, per il quale “il principio del nudo consenso cioè dell'affidamento del promissario sulla base della pura e semplice promessa del promittente non è stato accolto nella *civil law*”.

⁵⁸⁶ Cfr. M.D. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, cit., 228: “La storia della vendita, insomma, può essere interpretata come un succedersi di espedienti con i quali si è cercato di ridurre la contrapposizione fra certezza e rapidità. Ogni soluzione effettivamente adottata, e cioè ogni tecnica di vendita – *feoffment*, *traditio*, *nantissement*, *conveyancing by deed*, vendita consensuale, *conveyancing* trascritto – era ovviamente adeguata alla mentalità, alle ideologie giuridiche prevalenti, alle condizioni sociali di quel tempo, al grado di elaborazione del diritto da parte dei giuristi dell'epoca”.

⁵⁸⁷ Si veda sul punto A. MIRABELLI PROCIDA DI LAURO, *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*, cit., 629, il quale nota peraltro come “il principio di pubblica fede, che è alla base del sistema del *compulsory registration* e che tende a garantire la certezza del regime di circolazione degli immobili, trova un importante temperamento nella possibilità di procedere alla rettifica del registro nel caso di iscrizione ottenuta con frode, qualora l'atto sia falso e ogni qualvolta ciò sia necessario per correggere un errore o un'omissione”.

degli atti relativi a beni immobili ha ulteriormente contribuito a colmare una distanza tra *civil law* e *common law* che sembrava insuperabile fino a poco tempo fa, in quanto l'effetto traslativo è conseguenza della *registration* e il contratto di vendita si viene ad articolare in una sequenza tripartita composta da un atto obbligatorio (*contract*), un atto traslativo (*form of transfer*) e la trascrizione (*registration* vera e propria nel *Register Land*), che non suona per nulla ignota al giurista italiano⁵⁸⁸.

In considerazione del confronto comparatistico che si sta compiendo, con particolare riferimento al tema della forma della caparra confirmatoria, si è visto come un tempo nel sistema di *common law* non vi fosse nessun ostacolo né al versamento di una caparra (denominata *deposit* nella contrattualistica anglo-americana) collegata a un contratto di vendita immobiliare concluso in forma orale, né alla sua ritenzione da parte del venditore, essendo impossibile per il *tradens* fondare la propria pretesa restitutoria sulla base della forma orale del contratto. Una tale soluzione si dimostra, tuttavia, inaccettabile alla luce della riforma legislativa attuata con il *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act* del 1989, che prescrive l'adozione obbligatoria a pena di nullità del *contract for sale of land*; la pretesa del *tradens* non può quindi ricevere alcuna tutela *at law*, tranne il caso in cui questa sia fatta valere in via d'eccezione o di difesa. Nemmeno il sistema in *equity*⁵⁸⁹, solitamente più attento e sensibile alle esigenze di tutela delle parti, al

⁵⁸⁸ Secondo l'analisi di A. MIRABELLI PROCIDA DI LAURO, *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*, cit., 636, il nuovo sistema inglese è quello che riesce a “coniugare, in maniera più felice, l'esigenza di celerità dei trasferimenti con il principio di pubblica fede, posto a tutela dell'affidamento che i terzi ripongono nelle risultanze pubbliche del registro”. Efficienza che non si riscontra in maniera così evidente nel sistema statunitense, dove, al contrario, in alcuni stati vi è l'adozione di “sistemi miti ispirati parallelamente alla *registration* facoltativa e alla *recordation*, i quali consentono al cittadino di ricorrere liberamente a un sistema di pubblicità costitutiva o ad un sistema di pubblicità dichiarativa, sulla base di una valutazione individuale ispirata all'esigenza di sopportare il minor costo” (*ibidem*).

⁵⁸⁹ Con il termine *equity* si fa genericamente riferimento “a quel sistema di principi, di istituti e di rimedi processuali sviluppatosi dal XV secolo in avanti attraverso la prassi giudiziaria della Corte regia di Cancelleria (*Court of Chancery*) [...] storicamente emersa coi connotati di una giurisdizione discrezionale ed equitativa ispirata alla giustizia del singolo caso concreto e si è via via consolidata come un complesso di strumenti integrativi, correttivi o addirittura innovativi rispetto al sistema di *common law* e al suo formale rigorismo” (A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., 530). In altre parole, lo sviluppo della giurisdizione di *equity* fu l'inevitabile conseguenza del progressivo irrigidimento del sistema di *common law* e dell'incremento eccessivo di formalismi e di tecnicismi durante il corso dei secoli, tale da costringere i cittadini a ricorrere sempre più spesso alla giustizia del re, sempre più diffidenti nei confronti del sistema dei *writs*, che si rivela del tutto inadeguato per rispondere alle nuove esigenze di tutela della vita sociale inglese. Il gran numero di richieste inviate al re comportarono la necessità dell'organizzazione di un'apposita struttura *lato sensu* – burocratica per farvi fronte, “dapprima la Cancelleria di Corte e successivamente un vero e proprio Tribunale, cui fu delegato il potere sovrano di statuire secondo equità, caratterizzato per il fatto di essere esercitato non in base alle regole del diritto ma in base alle regole della coscienza. [...] Solo successivamente, quando un tale sistema di giustizia cominciò a conoscere un più diffuso apprezzamento, si rese necessaria la presenza di veri e propri giuristi che raccolsero così l'eredità di una funzione giudiziaria del concreto, risalente alla tradizione pretoria del diritto romano” (M.

fine di evitare decisioni ingiuste e inaccettabili dal buon senso comune, sembra poter sopperire alle innovazioni introdotte con la legge del 1989, prima della quale la dichiarazione di nullità del contratto concluso in forma orale sarebbe parso troppo rigorosa e sarebbe stata corretta in forza della *doctrine of part performance* quale contenuta nella *section 197* del *Restatement of Contracts*⁵⁹⁰. In forza di una tale dottrina, un contratto concluso oralmente e nullo in via di principio avrebbe potuto essere recuperato e così dichiarato *enforceable* a condizione che le parti fossero in grado di dimostrare: a) che fossero stati eseguiti significativi miglioramenti sull'immobile; b) il totale o parziale pagamento del corrispettivo della vendita e c) che la parte che lo aveva effettuato fosse attualmente in possesso dell'immobile⁵⁹¹. La sussistenza dei suddetti requisiti veniva considerata dalle corti di *equity* come sufficiente per fornire tutela alla parte, poiché sarebbe stato ingiusto ignorare le pretese di chi fosse stato in grado di dimostrare il possesso attuale del bene e avesse già provveduto – in tutto o in parte – all'adempimento della propria obbligazione. In conseguenza delle rigide formalità introdotte il *Law Property Act*, tuttavia, gli interpreti si sono interrogati circa la sopravvivenza della *part*

PETRULLI – F. RUBINO, *Il trust: nozione giuridica e operatività del sistema italiano*, Milano 2006, 16). I due sistemi di fatto si svilupparono parallelamente per un paio di secoli, fino a quando verso la metà del XVI secolo i mutamenti storico-politici condussero a un vero e proprio scontro tra i due sistemi, in quanto l'*equity* rappresentava il potere regio mentre il *common law* era lo strumento in mano alla potente classe dei giuristi, decisi a difendere il primato del diritto e della tradizione giuridica inglese sulla volontà del re. Come nota sempre A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., 542, “la lotta condotta con motivazioni tecniche o etiche per l'uno o l'altro sistema giuridico (*equity* o *common law*) fu in realtà una battaglia per il potere politico. Ed è anche vero che l'indomabile senso di indipendenza dei giudici di *common law* giocò qui soprattutto come arma politica anti-assolutistica”. La vicenda si concluse infine nel XVII secolo, quando l'*equity* subì un vero e proprio arresto, non solo per ragioni politiche ma anche a causa del suo irrigidimento e crescente formalismo in maniera analoga a quanto era avvenuto secoli addietro per il *common law*; in conclusione, “l'*equity* finì per diventare un secondo e ben definito complesso di casi giudiziari, di istituti, di dottrine e di regole acquisite, che si pose accanto alla *common law*” al punto che al giorno d'oggi l'*equity* appare come un sistema di norme che nel corso della storia hanno progressivamente corretto il diritto inglese e che costituiscono oggi parte integrante del diritto inglese” (*ivi*, 546).

⁵⁹⁰ Per l'origine di tale dottrina si vedano le parole di J.A. MACKENZIE, *Texbook on Land Law*, Oxford University Press 2016, 55: “*Part performance was an equitable doctrine which arise fairly soon after the Statute of Frauds 1677 first introduced the requirement for written evidence of contracts relating to land that eventually later became LPA 1925, s. 40. [...] To prevent the statute being used as an instrument of fraud, the equitable doctrine of part performance was developed. This doctrine provided that if a party to a contract had acted on the contract in reliance of the promise of the other party, then the contract would be forced in equity, despite the lack of a written memorandum*”.

⁵⁹¹ Cfr. M. JENNINGS, *Real Estate Law*, Cengage Learning, Stamford 2007, 380. Si vedano anche le parole di P. GILLIES, *Business Law*, XII ed., The Federation Press 2004, 395: “*According to this doctrine, where in the case of a contract not conforming to the statutory requirements (for example, it may be wholly oral) the plaintiff has done relevant acts of part (or whole) of his or of her side of the bargain, the equitable remedies will be attracted to the contract. The major such remedy is specific performance of the contract, although the doctrine of part performance will also where apt ground an injunction. [...] In theory the doctrine of part performance can be applied to contracts other than contracts for the sale of land. In practice, however, is only ever invoked in relation to contracts for the sale of land*”.

performance doctrine, in quanto sebbene la riforma legislativa non abbia fatto alcun riferimento alla stessa (né in termini di abolizione, né in termini di conservazione), sembra più corretto intendere, anche in considerazione dell'intento perseguito dal legislatore inglese, che tale dottrina sia stata abolita per essere sostituita, alla presenza di determinati requisiti di fatto e di diritto, da un altro strumento proprio della giurisdizione di *equity*, definito *estoppel*⁵⁹². Quest'ultimo consiste nella “concezione per cui, quando una persona, mediante dichiarazioni o la propria condotta, volontariamente o negligenemente, induce un'altra ad agire sulla base dell'una o dell'altra, ad essa è fatto divieto (*estopped*) di invocare l'invalidità delle proprie dichiarazioni o disconoscere la propria condotta, se ciò arreca pregiudizio alla persona che su di esse ha fatto affidamento”⁵⁹³. L'*estoppel* si configura dunque come uno strumento sia di diritto sostanziale sia di diritto processuale il cui presupposto per la concessione alla parte che lo invoca è duplice,

⁵⁹² La posizione della *Law Commission Report on Formalities for Contracts of sale of land 1987* (Law Comm. no. 164) era chiara nella decisione di abolire la *doctrine of part performance*, che così si esprimeva: «*We see no cause that the recommended repeal and replacement of the present section as to the formalities for contracts for sale or other disposition of land will inhibit the courts of the equitable discretion to do justice between parties in individual otherwise hard cases*» (cfr. J.A. MACKENZIE, *Texbook on Land Law*, cit., 56). Per quanto concerne la definizione della *estoppel doctrine*, si vedano le parole della stessa Autrice: “*A proprietary estoppel may arise where some representations has been made by one party and relied upon by another to his detriment*” (*ibidem*). Si veda a proposito un'emblematica pronuncia giurisprudenziale statunitense in cui le richieste di tutela dell'attore sono state accolte non tanto in forza della *doctrine of part performance* bensì della regola dell'*estoppel*: “*In one case, a plaintiff made a small down payment under a contract for the sale of land. The plaintiff took possession and made extensive renovations of teh land. He sought specific performance on the basis of promissory estoppel. The court held that promissory estoppel was not necessary where the statute of frauds is satisfied throught the part performance doctrine. The court recognized, hoever that the part performance doctrine was grounded on equitable estoppel, which requires that clear and convincing evidence that the parties entered into the contract, that there was part performance by the part seeking to enforce it, and that the part performance was induced by the defendants' misrepresentations. The court found all these elements, including misrepresentation by the defendants in continued assurances that they would honor the contract.* Sullivan v. Porter, 2004 ME 134, 861, A.2d 625” (J.E. MURRAY JR. - T. MURRAY, *Corbyn on Contract Desk Edition*, 2017 Edition, LexisNexis Edition 2017, 124).

⁵⁹³ F. DE FRANCHIS, *Law Dictionnary*, voce *Estoppel*, Milano 1989, 76. Secondo F. ASTONE, *Sulla rilevanza dei precedenti extratestuali nella nostra esperienza giurisprudenziale: un caso in materia di estoppel, responsabilità precontrattuale e promesse unilaterali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano 2008, 47, nt. 1, *estoppel* “è un termine non precisamente traducibile, la cui radice (*stupare, stop, estouper*) lascia tuttavia intendere che si tratti di un arresto imposto da un ostacolo, da una barriera e, quindi, in senso tecnico, da una preclusione”. Per la definizione degli autori anglosassoni, si veda, *ex multis*, M.H. WHINCUP, *Contract Law and Practice: the English system with Scottish, Commonwealth and continental comparisons*, Kluwer Law International, 2006, 93: “*The rule of equitable estoppel developed in the High Trees case may now be broadly stated as follows: if a person by words or conduct makes a promise or representation which he intends another person to act upon, and that other person does act upon it as intended, then the promisor or representator cannot deny his promise or representation if it would be unfair to do so*”. Due sono le condizioni perché l'attore possa agire di fronte alla giurisdizione di *equity* chiedendo tutela attraverso l'*estoppel*: in primo luogo, si richiede “*a clear representation that the representator will not insist on the enforcement of strict legal rights*” e, secondariamente, che nelle circostanze del caso concreto risulti “*inequitable not to allow the representee who has been so influenced by the representation as to warrant the intervention of equity*” (G.M. PIKIS, *An analysis of the English Common Law, principles of equity and their application in a British former colony*, Cyprus, BRILL 2016, 65).

in quanto il suo impiego deve risultare *just and equitable* e occorre altresì che la parte a favore della quale esso sorge abbia effettivamente agito, modificando la propria precedente posizione. Per quanto concerne in particolare l'ipotesi di un contratto di compravendita immobiliare che difetti della forma scritta, si ritiene che possa essere invocata la figura del *proprietary estoppel*⁵⁹⁴, la quale è specificatamente prevista in quelle situazioni in cui il proprietario di un bene immobile induca la controparte – attraverso il proprio comportamento ovvero le proprie dichiarazioni - a ritenere di aver acquisito o di poter legittimamente e validamente acquisire la titolarità sul detto bene.

Sebbene si tratti di un istituto nato nel XVII secolo, né la dottrina né la giurisprudenza anglosassoni sono ancora giunte a una definizione completa ed esaustiva dell'*estoppel*, dal momento che ancora oggi questo presenta caratteri non ben definiti e piuttosto vaghi, e che pertanto implica (in maniera analoga ad una clausola generale) l'intervento del giudice al fine di una concretizzazione del suo contenuto, al punto che si suole affermare cinicamente che "*l'estoppel est plus souvent cité qu'appliqué, et plus appliqué que compris*"⁵⁹⁵. Proprio al fine di evitare interpretazioni troppo estensive nonché per limitare pretese non adeguatamente motivate, si ritiene unanimemente che uno dei presupposti fondamentali per l'attivazione della figura consista nella sussistenza della *detrimental reliance*, ossia un affidamento tradito, in quanto deve sussistere "*la croyance que l'on avait acquis ou allait acquérir un droit legal sur la propriété du bien*"⁵⁹⁶. Si comprende come in forza di tale meccanismo – nonché grazie alla flessibilità delle regole di *equity*⁵⁹⁷ - sia possibile recuperare il contratto nullo ai sensi di legge per non lasciare totalmente prive le parti di alcuna tutela nella particolare ipotesi in cui si siano comportate come se effettivamente un valido contratto sia stato perfezionato,

⁵⁹⁴ Gli autori sono soliti individuare due diverse tipologie di *estoppel*, uno definito *promissory estoppel* e l'altro *proprietary estoppel*: "il primo sorge allorché una parte ad un *contract* si sia impegnata espressamente o implicitamente a non agire per l'esecuzione degli obblighi discendenti in tutto o in parte dal *contract*"; il secondo, invece, viene tutelato "l'affidamento di chi nella convinzione di aver acquistato dei diritti su determinati beni – senza che il proprietario, al corrente di tale sua convinzione, lo abbia reso edotto della reale situazione – abbia effettuato spese in ordine ai suddetti beni" (C.M. CARENA, voce *Estoppel*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino 1992, 149).

⁵⁹⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'estoppel du droit anglais*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, a cura di M. Behar-Touchais, Economica, 2000, 4.

⁵⁹⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'estoppel du droit anglais*, cit., 11.

⁵⁹⁷ I rimedi di *equity* si differenziano molto da quelli forniti dal *common law* per diversi aspetti, in primo luogo per il loro carattere discrezionale; secondariamente, per essere il frutto di secoli di decisioni adottate dalla Cancelleria, sulla base di considerazioni di ordine morale; infine, per offrire un'alternativa rispetto al rimedio tipico del *common law*, rappresentato dal risarcimento dei danni (ad esempio, ricorrendo all'impiego dell'*injunction* ovvero della *specific performance*): cfr. U. MATTEI, *Common law*, cit., 322 ss.

nonostante questo sia invalido *at law*⁵⁹⁸.

Ad un esame più attento si scorge altresì come questa dottrina presenti alcune analogie sia con il dovere di comportarsi secondo buona fede nei rapporti contrattuali sia con il divieto di *venire contra factum proprium*⁵⁹⁹, e una simile comunanza di intenti è stata più volte sottolineata da parte dei commentatori che hanno avuto modo di approfondire tali questioni in un'ottica comparatistica⁶⁰⁰: il

⁵⁹⁸ “Consideration was given to the situation where the parties behaved as if there was a binding contract between them, only to discover, subsequently, that this was not the case, and then one party refused to give effect to their non-contractual agreement. In such circumstances, the Commission was clear that the doctrine of estoppel should then be applicable” (M. THOMPSON – M. GEORGE, *Thompson's Modern Land Law*, Oxford University Press 2017, 207).

⁵⁹⁹ Il brocardo venne coniato dai glossatori, deducendolo in maniera più o meno diretta dalle antiche fonti romane, all'interno del quale esso non si trova espresso esplicitamente (non se ne trova infatti traccia nel Digesto), e ciò deriva dalla tendenza dei giuristi del tardo Medioevo di ricorrere all'uso di formule astratte e di frasi generiche, estraendolo dai passi del *Corpus Iuris*. Nonostante la vaghezza del principio e la difficoltà di determinarne il contenuto in maniera più precisa, esso sopravvisse nel corso dei secoli, al punto da divenire comune ai diversi ordinamenti giuridici europei, seppure non assurgendo mai al rango di regola giuridica ma rimanendo piuttosto un'idea ispiratrice, un criterio orientativo dai contorni piuttosto vaghi, che tuttavia si dimostrava duttile e flessibile e, pertanto, idonea ad essere impiegata in tutte quelle ipotesi in cui fosse necessario valutare caso per caso – alla luce del divieto - la soluzione preferibile. In altri termini, la conservazione della regola latina del *venire contra factum proprium* rispondeva perfettamente a questa esigenza, consentendo appunto di poterla utilizzare liberamente nella soluzione delle controversie, ossia nella soluzione di solo talune controversie, relative a talune precise fattispecie” (F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, cit., 78). Nella dottrina moderna il principio venne per la prima volta espressamente formulato nel 1912 da parte del giurista tedesco Erwin Rizler in una monografia dal titolo *Venire contra factum proprium*, in cui il suddetto principio era posto a confronto con la regola della buona fede, da una parte, e l'*estoppel*, dall'altra. Ciò che caratterizza e rende unica l'opera non è solo l'accostamento delle tre figure ma l'impiego del metodo comparatistico: come è stato notato, “pour la première fois un civiliste allemand utilise explicitement la méthode comparative pour dégager des nouvelles règles dans le cadre du nouveau Code civil de 1900. [...] Il s'agit de la première fois que dans l'histoire de la littérature juridique allemande de notre siècle, un civiliste s'intéresse au droit anglais” (F. RANIERI, *Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou de venire contra factum proprium dans les droit allemand et suisse et sa diffusion en Europe*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, a cura di M. Behar-Touchais, Parigi Economica, 2000, 26).

⁶⁰⁰ Condividono questa posizione, *ex multis*, F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, cit., 79 ss.; E. FERRARIS, *La buona fede negli orientamenti della giurisprudenza inglese*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1955, 759, nt. 1, per il quale l'*estoppel* è “un istituto che esprime un concetto noto ai giuristi di *civil law* come *exceptio doli generalis* o *venire contra factum proprium*”. Sullo stretto collegamento tra principio di buona fede, *estoppel* e il brocardo *non licet venire contra factum proprium*, cfr. Y. ZHOU, *Principles of International Law. Foundation and principles of international law. Sources of international law. Law of treaties*, in *Encyclopedia of Public international law*, Elsevier 2014, 80. In maniera analoga anche P. PARDOLESI, *Seminari di diritto privato comparato*, Bari 2011, 95, il quale ritiene che il principio dell'*estoppel* occupi all'interno dell'ordinamento anglosassone “lo spazio che in altre esperienze è affidato al divieto di *venire contra factum proprium*”. La sovrapposizione tra buona fede e divieto di contraddizione è quanto mai evidente all'interno dell'ordinamento tedesco, dove il § 242 BGB, relativo al dovere di buona fede, viene considerato il luogo normativo del divieto di *venire contra factum proprium*, il quale diviene così principio ispiratore dell'ordinamento, persino in grado di colmare le lacune del diritto, nonché vera e propria *regola iuris* in forza della quale risolvere le questioni sottoposte all'attenzione del giudice. In particolare, il brocardo viene impiegato per controversie riconducibili a diverse categorie, quali la preclusione dell'esercizio del diritto nei confronti di chi, con il proprio comportamento ovvero le proprie dichiarazioni, abbia ingenerato nella controparte la convinzione che egli non avrebbe più esercitato il proprio diritto (c.d. *exceptio doli generalis*); la possibilità riconosciuta al creditore di neutralizzare l'eccezione di prescrizione o di decadenza, qualora il debitore con il proprio comportamento avesse dimostrato di non voler avvalersene più; la preclusione dell'azione di nullità del contratto per difetto di forma *ad substantiam* in capo a chi l'abbia dolosamente causata (cfr. F. FESTI, *Il divieto di “venire contro il fatto proprio*, Milano 2007, 27 ss.; F. RANIERI, *Le principe*

tratto comune dei suddetti principi sarebbe individuabile, da una parte, nell'essere strumenti a disposizione del giudice attraverso i quali attribuire ovvero negare rilievo al carattere contraddittorio di un determinato comportamento oggetto del giudizio e, dall'altra, nello stabilire una regola di comportamento la cui violazione impedisce alla parte negligente di vedere tutelato il proprio diritto ed, eventualmente, lo espone ad obblighi restitutori ovvero risarcitori nei confronti di controparte⁶⁰¹. Si potrebbe legittimamente affermare, pertanto, che analogamente al principio di buona fede oggettiva e al divieto del comportamento contraddittorio, anche l'*estoppel* sia idoneo a intervenire in situazioni in cui, in presenza di una specifica previsione normativa, sia considerato necessario - nonché moralmente giusto - prestare protezione agli interessi della parte diligente del rapporto, la quale abbia riposto il proprio affidamento sul comportamento tenuto da controparte, rivelatosi in un secondo momento non coerente, contraddittorio e in conflitto con quanto dichiarato ovvero mostrato in precedenza, al punto da risultare fortemente incerto e ambiguo⁶⁰².

È dunque ragionevole affermare che, nell'ambito del diritto immobiliare, anche nel sistema di *common law* le conseguenze derivanti dal difetto di forma del contratto di compravendita e, in particolare, le problematiche relative all'individuazione del soggetto legittimato a detenere le somme versate (ovvero ricevute) a titolo di caparra, possano trovare la loro - seppur parziale - soluzione

de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, cit., 26 ss.).

⁶⁰¹ Sul tema si vedano anche le parole di N. DE LUCA, *Estinzione della fideiussione ex art. 1955 c.c. e ritardo sleale nell'esercizio del diritto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 5, 2001, 617 ss., il quale - in occasione di un confronto comparatistico sui mezzi di tutela processuale del soggetto che ritenga di aver subito da controparte un danno a causa del ritardo sleale nell'esercizio del diritto - riconduce *estoppel*, *abus du droit* e *Verwirkung* ad una categoria omogenea, in quanto tutti sono strumenti processuali idonei per sanzionare un comportamento abusivo, seppur impiegati con funzione residuale. In particolare, per quanto concerne l'*estoppel*, nel quale rileva l'affidamento generato nel terzo, è qualificato come "una tipica eccezione processuale, usata anche in altri ambiti, che consente al giudice, accertato un potenziale *unjust prejudice*, di rilevare un fatto impeditivo della pretesa: la pronuncia dichiarerà *estopped* il diritto" (*ivi*, 621).

⁶⁰² In senso contrario all'equiparazione della clausola di buona fede e del divieto di *venire contra factum proprium*, L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto. Atti del Convegno linceo, Roma, 27-29 maggio 1991*, Roma 1992, 321 ss., il quale riconduce il brocardo medievale all'alveo dei principi (generali) problematici o dialettici (per distinguerli dai principi dogmatici), i quali "non hanno né la struttura, né l'efficacia delle norme giuridiche. Essi forniscono premesse verosimili, punti di partenza accettabili di argomentazioni di tipo dialettico, che concludono con un giudizio di preferenza tra più ipotesi possibili di soluzione di un caso concreto". Il principio della buona fede nei contratti, al contrario, va annoverata tra le clausole generali, che non devono essere confuse con i principi generali in primo luogo perché l'intervento del giudice e della sua discrezionalità sono funzionali non alla produzione di regole concrete di decisione bensì all'integrazione della fattispecie ovvero, come nel caso della buona fede, alla "formazione della regola di decisione del caso singolo, rinviando a *standards* sociali ravvisati come tipi ideali di comportamento in senso assiologico" (*ivi*, 323). Per quanto concerne il profilo strutturale, inoltre, le clausole generali sono vere e proprie norme: la buona fede, in particolare, è una norma giuridica incompleta, destinata a concretizzarsi con l'intervento del giudice attraverso il riferimento all'ambiente sociale.

sul terreno del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, del dovere di correttezza e di tutela dell'affidamento generato nella controparte⁶⁰³. La regola dell'*estoppel*, per quanto sia di difficile inquadramento nel contesto normativo e dogmatico dell'ordinamento italiano e non sia del tutto sovrapponibile con la nozione di buona fede in senso oggettivo, risulta comunque utile per mettere in evidenza come anche nel sistema di *common law* gli ostacoli relativi alla disciplina e alla regolamentazione degli effetti scaturenti da un contratto privo della forma richiesta a pena di nullità possano essere risolti attraverso il ricorso ad una nozione elastica che si basa, da un lato, sulla possibilità di sindacare nel merito il comportamento che risulti incoerente e contraddittorio e, dall'altro, in maniera complementare, sul giustificato affidamento generato nella controparte con il proprio atteggiamento ovvero con le proprie dichiarazioni, in base ai quali sono maturate delle aspettative e si è pure agito di conseguenza⁶⁰⁴. Quando nel capitolo precedente si è analizzata la particolare fattispecie concreta di un contratto di compravendita immobiliare stipulato in forma meramente orale e accompagnato dal versamento di una caparra⁶⁰⁵, si è giunti alla conclusione che il rifiuto

⁶⁰³ L'affidamento (*reliance*) è elemento su cui fa perno la *estoppel doctrine*, in quanto è considerato essenziale ai fini della sussistenza di un legittimo interesse meritevole di tutela: “*It is essential, for estoppel rights to arise, that there must be reliance on the expectation and that the other party is in some way responsible for, or party to, the action in reliance. [...] In all cases of estoppel, the claimant must show that he has acted in reliance on his expectation, that is, he must be able to point to behaviour on which he would not have embarked but for the existence of that belief. This means that the action must be action taken in the belief that there is in existence a binding contract*” (M. THOMPSON – M. GEORGE, *Thompson's Modern Land Law*, cit., 217). In senso critico circa la sussistenza del principio di buona fede in senso oggettivo nel diritto inglese, cfr. G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984, 721 ss., e ciò è dovuto in base a un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo, se è vero che nella giurisdizione di *equity* ricorrono spesso la nozione di buona fede (tanto in senso soggettivo quanto oggettivo), tuttavia non si deve dimenticare come tale sub-sistema il correttivo dell'ordinamento *common law* in senso stretto, all'interno del quale, invece, come solo soliti ricordare i più autorevoli giuristi britannici, “*there is no overriding general positive duty of good faith*” (R. POWELL, *Good Faith in Contracts*, in *Current Legal Problems*, IX, Stevens and Sons, 1956, 25). Secondariamente, l'apparente lacuna *at law* viene colmata dalla presenza della *reasonableness*, che sostituisce la buona fede ed è qualificabile come un clausola che “fa capo al raziocinio dell'uomo ed è un omaggio alla naturalità del suo senso logico come dato neutro, asettico, laico o secolare, non certo immorale e neppure morale, ma, in se stesso, senz'altro amorale” (*Buona fede e ragionevolezza*, cit., 724).

⁶⁰⁴ Si comprende come, alla luce di una tale impostazione, i concetti di coerenza e di contraddizione assumano un ruolo di centrale e determinante importanza poiché diventano a loro volta standard valutativi dei comportamenti all'attenzione dell'interprete: non solo e non tanto in un'ottica etica e filosofica ma propriamente giuridica e pure economica. La coerenza diviene infatti sinonimo di certezza, di prevedibilità delle conseguenze, mentre la contraddizione evidentemente rappresenta incertezza e dubbio, i quali sono di solito osteggiati dal fenomeno giuridico in generale e, in particolare, nei rapporti tra privati, il tema della certezza dei rapporti è in presa diretta sia con il superamento del dogma della volontà (a favore delle concezioni oggettive del negozio giuridico), sia con l'obiettivo di stabilità dei rapporti giuridici.

⁶⁰⁵ Mentre nell'ambito delle vicende rette dal diritto italiano il versamento di una caparra può essere considerato quale elemento fattuale idoneo a rafforzare la convinzione dell'esistenza non solo della trattativa ma pure del raggiungimento dell'accordo relativo al trasferimento del diritto, nel sistema anglosassone - al fine dell'applicazione dell'*estoppel doctrine* - i giudici di *equity* concentrano la loro attenzione su due diversi fattori, ossia l'immissione nel possesso da parte dell'acquirente e il fatto che questi abbia compiuto delle spese per il fondo. In altri termini, non viene tanto in

ingiustificato del venditore di procedere con la redazione del contratto in forma scritta non poteva che essere ricondotto all'ambito della violazione della buona fede e del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. (sebbene sia stato precisato che in una tale ipotesi non può propriamente discorrersi di interruzione della trattativa in quanto il contratto, seppur in maniera informale, è già stato concluso in forza dell'accordo intervenuto tra le parti), che a sua volta trova fondamento nel rapporto fattuale instauratosi tra le parti, le quali, una volta coinvolte nella trattativa, si trovano in un contesto relazionale che impedisce di far riferimento – per le eventuali ipotesi di responsabilità – all'art. 2043 c.c. In maniera non dissimile, può osservarsi come anche l'*estoppel* sembra collocarsi a metà strada tra contratto e torto, tra responsabilità contrattuale e responsabilità per fatto illecito⁶⁰⁶, quasi in una *no man's land* giuridica, sia perché esso può essere invocato con riferimento a un *contract* che in realtà non è stato formalmente concluso (e quindi, ragionando *stricto iure*, si tratta di un contratto invalido), sia perché la stessa dottrina – soprattutto quella statunitense - si è interrogata circa la stessa validità del principio, paventando persino il rischio che l'impiego dell'*equitable estoppel* potesse condurre ad un vero e proprio scardinamento del *law of contract* tradizionale⁶⁰⁷.

4. La caparra confirmatoria nello spazio giuridico europeo, tra regole formali, clausole generali e tentativi di armonizzazione

Il breve percorso comparatistico fin qui svolto e le riflessioni che lo hanno accompagnato dovrebbero consentire di svolgere qualche considerazione conclusiva in merito alle problematiche che ne sono state oggetto, ossia la forma della caparra confirmatoria, la forma del contratto di compravendita immobiliare

considerazione il pagamento anticipato di somme quanto piuttosto si va alla ricerca di altri indici i quali dimostrino in maniera univoca che il compratore si comporti quale proprietario. Si vedano in proposito le parole di M. THOMPSON – M. GEORGE, *Thompson's Modern Land Law*, cit., 217: “The most convincing act of reliance is likely to be going into possession of the property in question and spending money upon it. Although such action would be the best form of reliance, reliance is not limited to such acts. So, for example, reliance has been held to include selling land to a third party in the belief that the land which was being sold would enjoy the benefit of a right of way, or the giving up of a job and a council house to live near a parent in a house provided by that parent”.

⁶⁰⁶ Si vedano in proposito le parole di S.M. WADDAMS, *Dimensions of Private Law: categories and concepts in Anglo-American legal reasoning*, Cambridge University Press 2003, 58: “*Estoppel* has a close relation to contract: the words or conduct of a person that induce expectations in another give rise to a legal obligation. Yet the obligation is not purely contractual. Neither promise or bargain have been required, nor has the remedy been always equivalent to the plaintiff's expectations. Moreover, if the concept of *estoppel* were applicable to a promise standing alone, it would largely subsume contract law”.

⁶⁰⁷ Come ricorda C.M. CARENA, voce *Estoppel*, cit., 147, “anche negli Stati Uniti il carattere rivoluzionario del principio dell'*equitable estoppel* è stato avvertito con non minore sensibilità che in Gran Bretagna; anche qui infatti esso è venuto, secondo Gilmore, a scardinare il *law of contract* ed in particolare a decretare quella che egli ha definito «la morte del contratto»”.

cui essa è strutturalmente connessa e il tema del formalismo negoziale, quale ampia categoria che contiene in sé le prime due e che si mostra necessaria per la loro corretta comprensione, sia in un'ottica statica sia in un'ottica dinamica, facendo riferimento con quest'ultima ai rapporti intercorrenti tra l'una e l'altra e della loro collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico. In particolare, nel capitolo precedente l'attenzione si è concentrata sugli effetti e sulle conseguenze prodotti dal versamento di una caparra confirmatoria in forza di meri accordi verbali senza che alla stessa facesse poi seguito la formalizzazione dell'accordo - ai fini della validità di quest'ultimo - come era stato invece pattuito tra le parti; posta l'invalidità del contratto principale per violazione dell'art. 1350 c.c., rimaneva lo spazio per domandarsi come potessero essere regolati i rapporti tra *tradens* e *accipiens* e la risposta cui si è giunti è stato il ricorso alla fattispecie della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., quale categoria idonea a disciplinare le conseguenze del pagamento di una somma a titolo di caparra confirmatoria cui non sia seguita la conclusione del contratto ai termini di legge.

Alla luce delle riflessioni svolte nei paragrafi precedenti, si intende qui tentare di adottare una prospettiva dall'alto, che non si limiti alla ripetizione delle analogie e delle differenze tra i vari sistemi giuridici con riferimento ai temi indicati (operazione che peraltro è stato doveroso compiere nei paragrafi precedenti per l'inquadramento della fattispecie di caparra nei diversi ordinamenti e per la sua comprensione con particolare riferimento al suo elemento formale) ma che possa davvero dirsi comparatistica, ossia che possa offrire un diverso spunto di riflessione sulle tematiche oggetto del confronto, al fine di individuare possibili soluzioni alternative - non presenti nel sistema giuridico di riferimento - che sono già state avanzate e sperimentate negli ordinamenti stranieri, nonché al fine di saggiare e valutare la correttezza e la congruità di quelle già proposte per il diritto italiano. La comparazione non deve infatti confinarsi nella giustapposizione di categorie e di istituti (sebbene tale attività risulti in un primo momento imprescindibile per l'inquadramento degli stessi) ma deve necessariamente procedere oltre, sul piano dell'elaborazione di nuove prospettive giuridiche che siano conformi con i principi dell'ordinamento e che possano contribuire a una migliore comprensione dell'ipotesi di lavoro, soprattutto qualora questa presenti lacune o i risultati cui si è giunti siano per certi versi insoddisfacenti e parziali⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ In questo senso, si veda la riflessione di T. ASCARELLI - A. MIGNOLI, *Lecture per un corso di diritto commerciale comprato: estratto per gli studenti*, Milano 2007, 54, a proposito del metodo comparativo: "Che invero non si tratta comparare, elencando una serie di soluzioni isolate che finirebbero allora per essere prive di senso, ma di studiare la soluzione di problemi nella disciplina

In un tale contesto, l'indagine comparatistica dovrebbe così offrire gli strumenti per valutare se le soluzioni proposte in base ai principi di diritto e alla normativa italiana su questo particolare tema di indagine possano considerarsi soddisfacenti, se necessitino di essere migliorate e precisate nonché se siano omogenee con una tendenza riscontrabile anche in altri sistemi giuridici, nel tentativo di giungere a soluzioni dogmaticamente corrette e quanto più possibile uniformi che possano favorire il traffico giuridico internazionale⁶⁰⁹.

Se queste sono le premesse metodologiche, si potrebbe tentare di suggerire una lettura delle conseguenze derivanti dalla mancata formalizzazione del contratto, nonostante l'avvenuto versamento di una somma quale anticipo della prestazione, la quale tenga conto delle diverse esperienze giuridiche analizzate, ossia quella francese e quella di *common law*, soprattutto in un'ottica *lato sensu* rimediale, ossia adottando una prospettiva che si dimostri idonea, da un lato, a tutelare la parte diligente del rapporto e, dall'altro, a conservare quanto più possibile gli effetti del contratto.

La prima immediata considerazione è che il tema della forma della caparra confirmatoria riceve un diverso trattamento nei diversi sistemi giuridici in funzione della concezione delle regole di forma dei negozi giuridici a livello di ordinamento nel suo complesso: così in Francia, dove apparentemente ancora domina il principio del consensualismo e della libertà della forma contrattuale, l'accordo di caparra non richiede altro per la sua valida conclusione che il raggiungimento dell'accordo tra le parti, posto che lo stesso contratto di compravendita immobiliare non necessita di alcuna forma *ad substantiam*⁶¹⁰. Nell'ordinamento francese, infatti, le formalità pubblicitarie imposte per il contratto di vendita avente ad oggetto beni immobili hanno valore dichiarativo e non afferiscono al procedimento di formazione della volontà contrattuale ma si collocano su un piano diverso, attinente

vigente e nel loro sviluppo storico, nell'ambito di più sistemi, rendendosi conto della diversità della portata e del perché delle soluzioni e raggiungendo così quella più completa intelligenza di ogni sistema e di ogni problema che è frutto del suo studio in un ambito più vasto e indipendentemente dalla quale lo studio comparativo si ridurrebbe ad una mera antologia dei risultati raggiunti, indipendentemente dal suo impiego”.

⁶⁰⁹ Come osserva R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 19, il diritto comparato, anche attraverso l'imitazione dei modelli stranieri, deve essere funzionale ad un miglioramento del diritto nazionale e allo sviluppo del diritto interno.

⁶¹⁰ Secondo P.G. MONATERI, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano 2008, 157, attraverso la formula del trasferimento mediante semplice consenso “i giuristi francesi risolvono il noto problema dei rapporti tra atto di alienazione ed esecuzione di tale atto, e fra titolo che vale come giustificazione giuridica della vicenda di trasferimento, e modo mediante il quale si attua il trasferimento. La soluzione enunciata dai giuristi francesi è nel senso di appiattare tutti questi rapporti e di semplificare riconducendo l'efficacia reale al contratto di vendita, aggiungendo tale efficacia alla sua già normale efficacia obbligatoria”.

alle esigenze di tutela dei terzi e alla certezza del traffico giuridico⁶¹¹. La soluzione non sembra allontanarsi dal sistema italiano, dove manca qualunque previsione legale in tema di forma della caparra e dove i commentatori sono soliti ripetere che questa non sia sottoposta ad alcun particolare onere formale, ma esiste invece una norma come l'art. 1350 c.c. che muta completamente lo scenario, in quanto introduce una prescrizione di forma a pena di nullità di taluni contratti e pertanto costringe ad interrogarsi circa la forma assunta dal patto di caparra che acceda a uno di questi.

Il problema si pone in termini analoghi nel sistema di *common law*, nonostante l'apparente lontananza dall'ordinamento italiano, in quanto il primo e maggiore ostacolo sembra essere rappresentato dalla difficoltà di individuare, a livello di microcomparazione, un istituto che sia analogo e rispondente alla fattispecie di cui all'art. 1385 c.c. Solo adottando un approccio funzionalistico, tuttavia, ci si avvede di come il diritto anglosassone abbia adottato e sviluppato altre categorie giuridiche in grado di assolvere alle stesse funzioni svolte dalla caparra confirmatoria, le quali si rivelano pertanto del tutto idonee a tutelare tanto il venditore quanto l'acquirente di un diritto reale immobiliare⁶¹²; la differenza più rilevante rimane a livello di istituto, in quanto si deve dare atto dell'assenza di una figura che sia capace di contenere in sé sia la funzione *lato sensu* di garanzia sia la funzione di mezzo di recesso, in quanto né il *deposit* né l'*earnest* né la *penalty clause* possono essere accostati, per quanto concerne l'elemento causale e la sua versatilità, all'art. 1385 c.c. La distanza che si coglie su questo piano, quale conseguenza del tentativo di individuare - nel diritto straniero - l'equivalente giuridico di un istituto di diritto interno, che ne ricordi la struttura e che persino

⁶¹¹ L'attuale sistema pubblicitario francese è stato introdotto dalla legge ipotecaria del 23 marzo 1855 che assoggetta a trascrizione tutti gli atti e tutti i giudizi attinenti a modificazioni o a costituzioni tra vivi di diritti reali immobiliari ai fini della loro opponibilità nei confronti dei terzi. Nonostante la natura dichiarativa di tale meccanismo, è innegabile che questo “modifica l'assolutezza della regola del consenso traslativo” (A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*, cit., 606) in quanto affermare che la trascrizione serve per rendere opponibile il trasferimento nei confronti dei terzi altro non significa che “il consenso trasferisce [...] una proprietà non a tutti opponibile” ovvero che “il consenso trasferisce solo alcune componenti della proprietà (quelle che si possono opporre all'alienante e ai terzi in mala fede)” (P.G. MONTANERI, *Contratto e trasferimento della proprietà*, cit., 227).

⁶¹² Come infatti ricordano K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 37, quando si compia un'indagine comparatistica può accadere che, a prima vista, nell'ordinamento straniero oggetto di analisi manchi una categoria ovvero un istituto quali sono delineati da diritto nostrano: è importante, tuttavia, che l'indagine non si arresti a questo piano superficiale ma si spinga oltre, nella consapevolezza che “ogni società affida al proprio diritto la soluzione di problemi analoghi ma che i diversi sistemi giuridici risolvono in modo differente anche se, a volte, i risultati sono gli stessi. [...] In conclusione, non ci si può lasciare distrarre dal sistema concettuale del proprio ordinamento giuridico, poiché cardine di ogni comparazione deve rimanere il problema concreto”.

svolga le medesime funzioni, viene meno quando lo sguardo del comparatista si sollevi un poco e si sposti all'esame della cornice normativa all'interno della quale si inserisce l'impiego delle figure simili alla caparra confirmatoria, ossia i contratti relativi al trasferimento della proprietà immobiliare. Si scorge a questo punto che il sistema inglese, nonostante l'affermazione del principio della libertà contrattuale, si rivela un sistema decisamente formalistico, in cui alle statuizioni di principio segue in realtà un articolato e complesso sistema che regola in maniera chiara le prescrizioni attinenti alla forma dei contratti. In particolare, per quanto concerne le compravendite immobiliari, il diritto inglese prevede che queste debbano essere redatte per iscritto pena la nullità dell'atto, esattamente come previsto dall'art. 1350 c.c.: ciò comporta che le clausole contrattuali relative alla dazione di una somma a titolo di *deposit* ovvero di *earnest* devono essere necessariamente contenute nell'atto negoziale avente forma scritta e, inoltre, che gli eventuali *down-payments* o anticipi versati dal potenziale acquirente al venditore in forza di un contratto concluso oralmente non hanno efficacia e, pertanto, non possono costituire il fondamento giuridico per poter avanzare una valida pretesa alla restituzione chi li abbia effettuati. Questa impostazione è evidentemente accostabile a quella adottata dal diritto italiano, dove la parte che abbia versato una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria a mani del terzo intermediario ovvero direttamente della controparte sulla base di meri accordi verbali, con l'intesa che si addivenga in un momento successivo alla redazione per iscritto del contratto, non potrà né invocare i mezzi di tutela offerti dall'art. 1385 c.c. né pretendere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, essendo entrambi i negozi invalidi e non conclusi per l'ordinamento.

Da queste brevi considerazioni si comprende come il problema della forma della caparra confirmatoria non assuma valore in sé e per sé, in un'ottica statica, quanto piuttosto in una prospettiva dinamica, nell'ambito del collegamento con il contratto principale cui accede: i dubbi e le questioni circa gli oneri formali cui eventualmente può soggiacere la caparra confirmatoria sorgono, infatti, solo quando essa sia funzionalmente connessa a un negozio per il quale la legge impone una particolare forma *ad validitatem*, poiché in tali ipotesi è logico domandarsi, innanzitutto, se tali prescrizioni formali investano anche la caparra medesima, ai fini della sua efficacia. Ciò premesso, il ragionamento si sposta su un diverso piano, poiché si tratta di considerare l'eventualità in cui il contratto principale, a causa del mancato rispetto della normativa in tema di forma, sia invalido e, pertanto, non solo improduttivo di effetti *ex se* ma pure idoneo a travolgere la validità del patto

di caparra, in conseguenza del particolare rapporto sussistente tra i due negozi: in primo luogo, si ricordi che la caparra confirmatoria presuppone l'esistenza di un contratto, il quale costituisce la *condicio sine qua non* da un punto di vista giuridico; secondariamente, il collegamento tra caparra e negozio principale è unilaterale, nel senso che solo le vicende relative al secondo si riflettono sulla prima, e mai l'inverso. Se ciò vale per il diritto italiano e quello francese, per il sistema di *common law* il ragionamento non può evidentemente essere ricostruito in questi termini - non potendo definirsi il *deposit* o l'*earnest* quali contratti accessori - bensì considerando tali istituti come clausole inserite all'interno del regolamento contrattuale: se il contratto che le prevede è sottoposto al vincolo della forma scritta, tale onere non potrà non estendersi alle previsioni in esso contenute. In ogni caso, la questione rimane la medesima nei diversi ordinamenti, in quanto si tratta di comprendere se la caparra validamente costituita anche solo verbalmente e in forza del suo effettivo versamento da una parte all'altra, con la specifica funzione di assolvere ai compiti che le sono propri, sia comunque in grado di esplicare i suoi particolari effetti quali previsti nella fattispecie normativa ovvero sia idonea a produrre altri e diversi effetti, mutando la situazione giuridica precedente.

In altri termini, il problema della forma della caparra finisce per trasformarsi in un problema attinente alla verifica delle conseguenze derivanti – nei rapporti tra *tradens* e *accipiens* - dal suo versamento in occasione di un contratto nullo per l'ordinamento, poiché mancante della forma scritta *ad substantiam*; l'interprete è dunque chiamato a valutare sia gli effetti scaturenti dalla invalidità del contratto principale cui la caparra accede, sia la circostanza che la nullità del contratto è idonea a distruggere le aspettative di colui che ha versato la somma di denaro, avendo confidato nel fisiologico perfezionamento del contratto. Ciò comporta che si debba tenere in considerazione una pluralità di elementi, quali il ruolo svolto dalla caparra all'interno della vicenda negoziale, l'incidenza delle prescrizioni di forma, i comportamenti tenuti dalle parti durante lo svolgimento del rapporto, i pregiudizi derivanti dall'inefficacia del patto di caparra.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, nel capitolo precedente si è giunti alla conclusione che l'unico spazio concesso al soggetto che ha proceduto al versamento della somma a titolo di caparra confirmatoria per ottenere una tutela dell'interesse frustrato si situa a livello di responsabilità contrattuale qualora il mancato perfezionamento del contratto sia dovuta al mediatore immobiliare, mentre nell'ipotesi in cui la mancata formalizzazione dell'accordo orale sia imputabile alla controparte la via da percorrere è quella della responsabilità

precontrattuale, non tanto per rottura ingiustificata della trattativa *stricto sensu* quanto piuttosto per comportamento contrario al dovere di buona fede e di violazione dell'affidamento del *tradens*, il quale senza sua colpa ha confidato nella conclusione del contratto di compravendita.

Sotto questo particolare aspetto ecco che il sistema italiano e il sistema di *common law* tendono a convergere, in quanto il recupero del contratto nullo operato dalla giurisprudenza di *equity* attraverso la *estoppel doctrine* si avvicina, per certi aspetti, alla tutela della parte diligente ai sensi dell'art. 1337 c.c.; entrambi gli istituti, infatti, nonostante le differenze che li caratterizzano per quanto concerne la struttura (essendo la prima un rimedio di carattere sia sostanziale sia processuale, mentre la seconda una fattispecie sostanziale che qualifica un comportamento) e taluni presupposti applicativi (si consideri che la buona fede oggettiva è il parametro di riferimento della *culpa in contrahendo* ma è un concetto per lo più sconosciuto al diritto anglosassone, dove l'*estoppel* trova il suo fondamento giuridico in una pluralità di fattori e di elementi rilevanti), sono destinati a offrire un rimedio di fronte a un contratto concluso oralmente che tuttavia abbia già prodotto qualche effetto tra le parti e, soprattutto, che abbia generato nella parte non inadempiente una ragionevole aspettativa sia sulla validità del contratto sia sul suo perfezionamento. In entrambi gli ordinamenti sembra pertanto ingiusto lasciare privo di alcuna protezione il soggetto che abbia concluso un contratto mancante della forma scritta *ad substantiam*, specialmente in quelle particolari fattispecie concrete in cui il difetto di forma non impedisce che le parti abbiano modificato la realtà giuridica preesistente ovvero abbiano semplicemente deciso di rimandare la formalizzazione dell'accordo già raggiunto. In termini generali l'*estoppel* viene così a svolgere una funzione analoga a quella rivestita all'eccezione di buona fede in senso oggettivo all'interno delle trattative e della responsabilità precontrattuale, poiché si inserisce sempre all'interno di un rapporto qualificato (e, quindi, tipicamente, un rapporto contrattuale), in conseguenza della dichiarazione ovvero della promessa fatta da una parte all'altra circa un determinato comportamento futuro. Il difetto del requisito di forma del contratto di compravendita immobiliare impedisce un pieno e completo dispiegamento degli effetti tipici di quest'ultimo – quale il trasferimento della titolarità del bene – ma non esclude che i comportamenti negligenti della parte possano essere in qualche modo sanzionati (sia attraverso il risarcimento del danno, sia attraverso i particolari rimedi rimessi alla discrezionalità dei giudici di *equity*) e che gli interessi della parte diligente siano meritevoli di tutela, nonostante sia escluso per quest'ultima di divenire

proprietaria del diritto immobiliare proprio a causa del difetto formale che colpisce l'atto di trasferimento.

Le considerazioni fin qui svolte trovano un riscontro parzialmente diverso sul piano del diritto francese e ciò deriva dalla particolare conformazione delle regole formali in tema di diritto dei contratti: si è avuto modo di osservare come il principio consensualistico e di libertà delle forme sia sempre più un ricordo del passato⁶¹³, in quanto le norme che impongono la forma scritta *ad substantiam*, quali ad esempio l'art. 1582, comma 2, *Code civil* in tema di vendita, secondo cui «*elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé*» vengono sistematicamente interpretate come volte a regolare non tanto la validità quanto la prova dell'atto⁶¹⁴. A tali previsioni si affianca (ma forse sarebbe meglio dire si contrappone) il fiorire di un numero sempre maggiore di norme prescriventi oneri formali *ad validitatem*, soprattutto nei settori ritenuti meritevoli di maggiore attenzione da parte del legislatore, che così interviene in maniera decisa nell'imporre regole di carattere formale sia nella formazione del contratto (specialmente per quanto concerne gli obblighi di informativa precontrattuale), sia nella sua esecuzione, soprattutto là dove vi possa essere un significativo squilibrio contrattuale tra le parti⁶¹⁵, nonché persino nel contenuto del regolamento contrattuale⁶¹⁶. In particolare, nel *secteur*

⁶¹³ Si veda la riflessione di H. KÖTZ – S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 151: “Anche se i giuristi muovono tutt'ora dal principio di libertà di forma occorre chiedersi se questa visione rispecchi ancora la realtà. A prescindere dal crescente numero di contratti soggetti a requisiti di forma, questo principio mal si concilia con il fatto che, in genere, il contratto stipulato verbalmente è considerato inefficace dall'uomo comune [...]. Questa convinzione è senz'altro comprensibile in quanto la stipula di contratti verbali ormai si limita quasi esclusivamente ai negozi della vita quotidiana che vengono adempiuti immediatamente da entrambe le parti”.

⁶¹⁴ Cfr. R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 707.

⁶¹⁵ Si vedano le chiare parole di L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 123: “Le prescrizioni di forma sono dislocate lungo tutto il percorso di formazione del contratto: il nuovo diritto le utilizza non solo con riferimento all'accordo vero e proprio ma altresì per gli atti che precedono il contratto, per le informazioni da fornirsi prima del perfezionamento dell'accordo, per le manifestazioni di volontà successive, per le comunicazioni in corso di rapporto, nonché per gli atti la cui collocazione nel processo di formazione del regolamento contrattuale è essa stessa problematica (es. conferma scritta nella vendita a distanza). I vincoli formali si impongono, insomma, fin dal primo contatto tra le future parti, in un contesto in cui l'inedita procedimentalizzazione della formazione del consenso mette in crisi il modello della fattispecie contrattuale e della sua completezza, imponendo di abbandonare la consueta indagine indifferenziata sulle prescrizioni di forma e i loro effetti per fare luce piuttosto sulla natura dell'atto a forma vincolata e sul suo ruolo nel procedimento di formazione e nella fase di esecuzione del contratto”.

⁶¹⁶ Questo tipo di formalismo viene definito “*formalisme au sens strict de condition de validité du contrat*” e si contrappone al formalismo nell'accezione generica, che sta a indicare la necessità di un atto scritto ai fini della validità del contratto. Il formalismo in senso stretto, al contrario, ha come obiettivo di “*remédier aux abus des contrats d'adhésion, et d'assurer l'information et la protection de celle des parties qui se trouve en situation d'infériorité par rapport au rédacteur du contrat*” (J. GHESTIN, *La formation du contrat*, cit., 337). In questo caso si può anche correttamente sostenere che il formalismo assolva ad una funzione di carattere informativo, poiché “l'accento non si pone tanto sulla forma scritta quanto sulla necessità di fornire al contraente bisognoso di tutela determinate indicazioni scritte prima o contemporaneamente alla stipula del contratto” (H. KÖTZ – S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 153).

protégé (concernente unità abitative o miste abitative-professionali) la vendita avente ad oggetto un immobile da costruire costituisce una normativa inderogabile, in forza della quale non solo è imposta la redazione in forma scritta del contratto preliminare ma pure l'adozione dell'atto notarile, a dare ulteriore conferma della delicatezza e dell'importanza del contratto posto in essere⁶¹⁷; le somme che sono versate a titolo di deposito di garanzia, inoltre, sono rigidamente disciplinate dallo stesso legislatore per quanto concerne le modalità di versamento nonché gli importi, con l'intervento del notaio quale depositario delle stesse. In una tale cornice normativa, che evidentemente riflette precise scelte di politica legislativa, il problema di una conclusione del contratto in forma orale e della sorte degli eventuali pagamenti effettuati tra le parti a titolo di *arrhes* non si pone neppure, nel senso che nessun tipo di tutela e di recupero dell'atto nullo potrà essere compiuto, essendo le prescrizioni formali dettate non solo a pena di nullità ma pure a tutela di interessi pubblici, assumendo così il rango di norme di ordine pubblico⁶¹⁸.

Lo scenario francese si attesta, dunque, su due posizioni molto distanti tra loro: la prima, figlia del consensualismo e del principio della libertà della forma negoziale, in forza della quale i contratti di compravendita immobiliare stipulati verbalmente hanno efficacia *inter partes*, “purché il consenso sia sufficientemente determinato e purché le parti abbiano voluto assumere un vincolo giuridico”⁶¹⁹; la seconda, quale portata della moderna concezione del neo formalismo della seconda metà del XX secolo (che concepisce il formalismo negoziale non come condizione necessaria e sufficiente per il perfezionamento del contratto, in sostituzione della volontà, bensì come strumento razionale e legale per garantire la certezza giuridica delle relazioni contrattuali), sulla scorta della quale i *contrats solennelles* – tanto quelli redatti per atto autentico che per scrittura privata – devono necessariamente

⁶¹⁷ Si sta facendo riferimento alla fattispecie denominata *vente en l'état de futur achat* (VEFA), disciplinata dall'art. L. 261-3 del codice della costruzione e dell'abitazione, che si articola in due distinte fasi: il *contrat de réservation* (assimilabile per certi aspetti al contratto preliminare) che deve essere redatto per iscritto e può assumere sia la veste di scrittura privata sia di atto autentico notarile; il contratto definitivo VEFA, che viene stipulato “quando il programma di costruzione è stato definito e le opere possono avere inizio” ossia quando “il venditore è divenuto proprietario dell'area ma l'immobile non è venuto ancora ad esistenza in quanto non ancora costruito o costruito solo in parte” (B. FRANCESCHINI, *La compravendita di immobile da costruire in Francia*, cit., 556).

⁶¹⁸ Come sottolinea J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, cit., 394, è la stessa normativa a stabilire, all'art. L. 261-5, comma 4, codice della costruzione e dell'abitazione, che il contratto preliminare debba necessariamente rivestire le forme prescritte dalla legge, in quanto “*est nulle toute autre promesse d'achat ou de vente*”.

⁶¹⁹ H. KÖTZ – S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 173, che aggiungono: “Se il venditore nega la sussistenza del contratto, il compratore può offrire la prova testimoniale per dimostrare il contrario soltanto se è in grado di dimostrare un *commencement de preuve par écrit*, ossia un documento che rende plausibili le sue affermazioni (art. 1341) e nella maggior parte dei casi vi riuscirà.”

rivestire, a pena di nullità, la forma prescritta dalla legge. Il legislatore ha così tracciato una linea di demarcazione molto netta, individuando *a priori* alcuni contratti in cui la forma assurge a modalità di esteriorizzazione del consenso, al fine di proteggere non solo l'interesse dei privati ma anche l'interesse pubblico; la violazione di tali prescrizioni è la nullità del contratto con effetto retroattivo, senza che vi sia spazio né per la c.d. *confirmation de l'acte nul*, né per la ratifica dello stesso⁶²⁰.

Anche nell'ordinamento francese, tuttavia, può esservi lo spazio, non tanto per recuperare il contratto nullo per difetto di forma prescritta *ad validitatem*, quanto, piuttosto, per tutelare la parte che abbia visto delusa la propria aspettativa e abbia riposto il proprio affidamento sia nella validità del contratto, sia nella conclusione dell'affare. Nella fattispecie concreta in cui il promittente abbia non soltanto permesso che il contraente abitasse per molti anni nell'immobile ma abbia altresì, con il suo comportamento, “*volontariement crée de faux espoirs dans l'esprit de celui-ci*”, si configura un atto illecito e il promittente è tenuto al risarcimento dei danni *ex art. 1240 del Code Civil* (che dal 1 ottobre 2016 ha sostituito il precedente art. 1382 in tema di responsabilità extracontrattuale)⁶²¹. In particolare, si deve segnalare la recente tendenza nella dottrina francese ad approfondire e sviluppare con crescente interesse il principio della *interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, il quale trova applicazione non solo in riferimento alla teorica del divieto di *abus des droits*⁶²² bensì anche come principio autonomo, che viene direttamente accostato dagli interpreti all'*estoppel* d'oltremontana⁶²³. Si tratta, tuttavia, di una posizione ancora minoritaria tra gli autori,

⁶²⁰ La *confirmation* per il diritto francese “*est l'acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique et qui, exprès ou tacite, peut résulter d'une exécution spontanée*” (G. CORNU, voce «*Confirmation*», in *Vocabulaire juridique*, VIII ed., PUF 2007, 205) e, secondo la dottrina, non si applica alle ipotesi di nullità che sanzionano il vizio di forma solenne (cfr. J. FLOUR – L. AUBERT – E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, XIV ed., Sirey 2010, n. 346). La conferma è dunque un negozio unilaterale, espresso o implicito, con cui la parte legittimata a far valere l'azione di nullità vi rinuncia, così estinguendo la nullità.

⁶²¹ Se il promittente ha permesso che il contraente abitasse per molti anni nell'immobile e se, con il suo atteggiamento, “ha fatto “*volontariement crée de faux espoirs dans l'esprit de celui-ci*” si configura un atto illecito e il promittente è tenuto al risarcimento dei danni *ex art. 1382 Code Civil*” (H. KÖTZ – S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 175). Per quanto concerne la diversa numerazione degli articoli (in particolare, nell'ultima citazione riportata), si ricordi che, in seguito alla recente riforma del 2016 del diritto francese delle obbligazioni e dei contratti, il precedente art. 1382 del *Code civil* è stato trasposto – senza alcuna modifica di contenuto – nel nuovo art. 1240 del *Code civil*.

⁶²² Per un completo approfondimento sul tema, cfr., *inter alia*, C. RESTIVO, *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Milano 2007; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano 2013; per una sintesi di dottrina e giurisprudenza voce «*Abus de droit*», in *Encyclopédie Dalloz*, 5 ss.

⁶²³ Favorevoli al riconoscimento della sussistenza di un dovere generale di coerenza, nonché alla generalizzazione del principio, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats*, in *L'interdiction de se contredire au détriment*

in quanto buona parte della dottrina francese continua a mostrare una certa diffidenza e ostilità nei confronti dell'accoglimento della dottrina dell'*estoppel* all'interno dell'ordinamento, e ciò principalmente dovuto a una pluralità di fattori quali il tendenziale atteggiamento di chiusura nei confronti “*aux idées venues d'ailleurs*”⁶²⁴, la fedele devozione al principio dell'autonomia della volontà, la scarsa inclinazione del diritto francese - intriso di regole rigide e di concetti astratti - alla recezione di regole e concetti flessibili, vaghi e indeterminati, nonché il timore di introdurre una visione moralista e moralizzatrice dei rapporti contrattuali⁶²⁵. La giurisprudenza francese, al contrario, ha spesso mostrato una certa apertura e sensibilità nei confronti della nozione di *confiance légitime* (accostabile all'idea di legittimo affidamento), al punto da invocarla e applicarla in una pluralità di decisioni, quale vero e proprio principio di diritto; questo perché i giudici francesi, non diversamente da quelli italiani e statunitensi, hanno più volte ritenuto necessario riconoscere e dichiarare la responsabilità del contraente che, con il proprio comportamento o attraverso parole contraddittorie e incoerenti, abbia tradito l'affidamento che in lui aveva riposto l'altra parte, provocandogli un danno suscettibile di accertamento⁶²⁶. In modo particolare, nell'ambito delle numerose pronunce giurisprudenziali che hanno sanzionato l'*interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, argomentando a partire dalla teoria de *l'abus des droits*, vi rientrano anche le ipotesi di rottura ingiustificata della trattativa nel periodo precontrattuale, in conseguenza del fatto che il responsabile dell'interruzione dei *pourparlers* abbia fatto sorgere nella controparte “*la croyance légitime que le contrat serait conclu*”⁶²⁷. Parte della dottrina francese, all'interno di un panorama

d'autrui, Parigi, Economica 2001, 83 ss. e, *ivi*, H. MUIR WATT, *Rapport de synthèse*, 175 ss.

⁶²⁴ D. MAZEAUD, *La confiance légitime et l'estoppel*, in *R.I.D.C.* 2-2006, 364.

⁶²⁵ Cfr. D. MAZEAUD, *La confiance légitime et l'estoppel*, *cit.*, 364 ss., il quale sottolinea come i timori manifestati dalla dottrina tradizionale nei confronti della “*consécration du concept de confiance légitime, et plus prosaïquement l'erection d'un principe de cohérence contractuelle*” sono giustificati dall'affermazione che ciò comporterebbe “*seraient un gage donné à ceux qui prêchent depuis quelques années pour une prise en compte plus forte de l'éthique en matière contractuelle et emporteraient une atteinte inopportune, dans une perspective économique notamment, à la liberté individuelle, laquelle doit s'entendre aussi de la liberté de changer d'avis et d'attitude dans la recherche de ses propres intérêts que le contrat a vocation à satisfaire*”.

⁶²⁶ Come nota ancora una volta D. MAZEAUD, *La confiance légitime et l'estoppel*, *cit.*, 385, con riferimento alla decisione della *Cour de cassation* del 5 ottobre 2004, “*la seule incohérence d'un contractant à l'occasion de l'exercice de son droit de rompre un contrat n'est pas susceptible d'emporter sa responsabilité pour rupture abusive, encore faut-il que son cocontractant ait subi un préjudice réel et certain, que la simple perte d'illusions éphémères ne suffit pas à caractériser*”. Nel caso di specie, si trattava del pregiudizio lamentato da un contraente nei confronti dell'altro, il quale aveva così bruscamente interrotto la trattativa, che non era ragionevole pensare che avesse creato un legittimo affidamento, a causa della brevità del periodo durante il quale costui “*avait pu se bercer d'illusions*” (*ibidem*).

⁶²⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats*, *cit.*, 90.

così variegato e così frastagliato, giunge infine a riconoscere che, al di là delle possibili formule cui ricorrere sia per reprimere *ex post* sia per prevenire condotte genericamente qualificate come incoerenti (quali abuso del diritto, divieto di *venire contra factum proprium*, *exceptio doli generalis*), il fondamento comune alle diverse ed eterogenee ipotesi vada individuato nel principio di buona fede oggettiva, il quale in ultima istanza si rivela il parametro più idoneo per sanzionare i comportamenti contraddittori⁶²⁸.

Questa impostazione si rivela, peraltro, del tutto in linea con la soluzione proposta nel capitolo precedente nonché con la posizione della dottrina e della giurisprudenza italiane, poiché in presenza di un contratto concluso in forma orale e accompagnato dal versamento di una somma a titolo di caparra confirmatoria, cui non sia seguito il perfezionamento del procedimento di formazione del contratto medesimo con l'osservanza della forma scritta *ad substantiam*, si ritiene che l'unica via percorribile siano la responsabilità precontrattuale e il risarcimento dei danni, e non il recupero dell'atto nullo, come invece è stato affermato in alcune – per la verità isolate – pronunce giurisprudenziali, dove il principio *nemo contra factum proprium venire potest* è stato impiegato per giungere ad un vero e proprio “salvataggio”⁶²⁹ del contratto concluso in difetto della forma prescritta dalla legge *ad validitatem*. Si ritiene, infatti, che il principio di buona fede, per quanto possa legittimamente operare all'interno di un ambito retto da norme imperative e sia, pertanto, idoneo a fondare una responsabilità per rottura ingiustificata della trattativa, per lesione del legittimo affidamento, per comportamento incoerente e contraddittorio, debba essere limitato - in caso di sua violazione - al risarcimento del danno e non possa pertanto legittimamente fondare la pretesa per un'esecuzione in forma specifica del contratto non concluso; invocare l'*exceptio doli generalis* ovvero ricorrere alla buona fede quale fonte equitativa del rapporto contrattuale nelle ipotesi della mancata redazione per iscritto del negozio pare una forzatura, poiché comporta una rilettura in chiave correttiva della clausola di buona fede (come si registra nel sistema delineato dal principio di *Treu und Glauben* di cui al § 242 BGB) che risulta inaccettabile all'interno dell'ordinamento italiano⁶³⁰.

⁶²⁸ In questo senso ancora la riflessione di M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats*, cit., 95 ss., la quale ritiene che il principio di buona fede costituisca una “*technique de plus par laquelle le juge pourra réviser le contrat et y introduire ce qu'il estime équitable et juste*”.

⁶²⁹ In questi termini si esprime P. RESCIGNO, in *Presentazione* a A. Negri, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione: il sistema italiano e il sistema francese a confronto*, Napoli 1981, XII.

⁶³⁰ Questa posizione sembra emergere da una sentenza del Tribunale di Verona che, in presenza di un contratto di locazione destinato a civile abitazione mancante della necessaria forma scritta *ad substantiam*, come previsto dall'art. 1, comma quarto, legge 431/1998 in tema di locazioni di

La distinzione tra buona fede ed equità deve essere pertanto tenuta ferma, proprio come fa il Codice civile nel momento in cui attribuisce alla prima la funzione di criterio di valutazione del comportamento delle parti nella fase di formazione (art. 1337 c.c.) e nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.), mentre definisce la seconda quale “criterio di bilanciamento degli interessi applicabile come mezzo di ricostruzione in via ermeneutica del significato di un contratto a titolo oneroso quando l'applicazione dei canoni di interpretazione dettati negli artt. 1362-1370 c.c. sia fallita, oppure come fonte di integrazione del contratto quando il testo approvato dalle parti presenti punti oscuri non esplicabili con i mezzi interpretativi o lacune non colmabili da norme di diritto dispositivo o dagli usi (art. 1374 c.c.)⁶³¹.

Al di là della difficoltà dei giudici di familiarizzare con un concetto elastico – spesso dai contratti sfumati – quale il divieto di *venire contra factum proprium*, nonché della complessità di una sua limitazione e concretizzazione al singolo caso sottoposto all'attenzione dell'interprete, è la stessa clausola generale di buona fede

immobili urbani a fini abitativi, è giunta ad affermare che un tale contratto stipulato in forma verbale è sì nullo ma “detta nullità non conduce necessariamente all'inesistenza della locazione, la quale, al contrario, a fronte dell'eccezione del conduttore di una locazione di fatto a norma dell'art. 13, comma 5, l. cit., si converte in un contratto valido” (Trib. Verona, 21 giugno 2000, in *Arch. loc.*, 2001, 131). Una tale decisione va contestualizzata, in primo luogo alla luce del particolare contesto legislativo, poiché si tratta di una previsione che fa perno sul c.d. rapporto contrattuale di fatto ma in maniera del tutto singolare e incomprensibile, dal momento che gli effetti si producono solo per il passato e sembrano poi arrestarsi quando venga dichiarata la nullità; si tratta, in altri termini, di “norme contrarie al sistema [...] inidonee ad ottenere in concreto quel risultato che la legge ha inteso perseguire, tutelando oltre ogni ragionevole misura il conduttore” (G. STELLA RICHTER, *Nullità del contratto per difetto di forma e locazione di fatto degli immobili ad uso abitativo*, in *Giustizia Civile*, 9, 379). A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione che, nel caso di specie, il locatore aveva preteso la conclusione del contratto in forma orale e, pertanto, si può dedurre che agli abbia abusato della propria posizione nei confronti del conduttore, il quale a sua volta aveva senza colpa confidato nella validità del contratto. Sarebbe pertanto possibile individuare nella sentenza del Tribunale il tentativo – attraverso il salvataggio del contratto nullo - di offrire tutela della parte diligente del rapporto, sulla quale non sarebbe corretto far ricadere le conseguenze derivanti dal comportamento scorretto del locatore. Come sottolinea L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 283, “la possibilità per il conduttore, di promuovere l'accertamento di un rapporto di fatto solo a fronte di una condotta abusiva del locatore che abbia preteso di concludere il contratto in forma orale, ripropone, sotto altre sembianze, quel carattere asimmetrico della forma (e del relativo rimedio) che ne rappresenta tratto ricorrente nei nuovi impieghi normativi, ponendo però all'attenzione del civilista una fattispecie del tutto nuova, e difficilmente collocabile entro le il sistema ricevuto, il quale, imperniato sulla netta separatezza fra regole strutturali e regole funzionali, non tollera contaminazioni fra difetto di forma e valutazioni di buona fede”.

⁶³¹ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano 1998, 539, il quale aggiunge che la buona fede “è una clausola generale che autorizza il giudice, impartendogli in pari tempo una direttiva, a formare da sé la regola di decisione di una questione di responsabilità precontrattuale o contrattuale traendola da standard extrasistemici di valutazione (regola per il caso concreto, ma appunto in quanto regola, bisognosa di giustificazione mediante verifica di universalizzabilità)”. L'equità, al contrario, non è una clausola generale e non fornisce al giudice parametri di valutazione per la formazione della decisione bensì “è un criterio di giudizio rapportato a circostanze di fatto irriducibili a tipologie generali, delle quali il giudice è tuttavia autorizzato a tenere conto ai fini dell'integrazione delle lacune del contratto secondo esigenze di giustizia del caso concreto” (*ibidem*).

in senso oggettivo che osta alla sua estensione “nella gestione delle regole di forma”⁶³², poiché si tratta di un paradigma di comportamento che non è stato configurato dal legislatore per assurgere a regola di giudizio della nullità dell'atto, bensì per fornire un parametro valutativo etico-sociale dei comportamenti contrattuali, dalla fase della formazione del contratto, passando attraverso l'esecuzione e l'interpretazione di quest'ultimo⁶³³. Come è stato autorevolmente affermato tempo addietro, “la buona fede non può mai essere un criterio che decide dell'esistenza di un rapporto obbligatorio” e, di conseguenza, quando è in gioco una questione attinente alla forma, “è rigorosamente esclusa dalla legge l'operatività del divieto di *venire contra factum proprium*”⁶³⁴.

Fatte queste dovute precisazioni, necessarie per la corretta ricostruzione del ruolo della buona fede in senso oggettivo, e ritornando così all'analisi delle diverse fattispecie dell'ordinamento francese, la figura che sembra maggiormente avvicinarsi all'ipotesi di lavoro quale esposta nel secondo capitolo e posta alla base dello studio comparatistico è, come già accennato nei paragrafi precedenti, la promessa sinallagmatica di vendita redatta in forma di scrittura privata e subordinata, ai fini della sua validità, alla redazione dell'atto notarile: qualora una delle parti rifiuti di procedere al completamento del procedimento di formazione del contratto, il suo comportamento è sanzionato dalla giurisprudenza francese con l'obbligo di risarcimento del danno, e tale decisione trova la sua *ratio*, da una parte, nella considerazione che, in questa particolare ipotesi, trattandosi di una *promesse réciproce ne valant pas vente*, un accordo è stato già raggiunto ma esso necessita di un *vestmentum* ulteriore ai fini della sua validità ed efficacia. Si comprende, pertanto, ad un'osservazione più attenta, che la somiglianza con il sistema italiano è solo apparente, poiché in questo caso il risarcimento del danno costituisce l'unica forma di riparazione ammessa, essendo esclusa quella in forma specifica (non essendosi perfezionato alcun contratto); nella fattispecie di *promesse réciproce valant vente*, al contrario, il difetto di forma assurge a inadempimento contrattuale

⁶³² L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 77.

⁶³³ La critica alla possibilità di impiegare la buona fede al fine di attribuire effetti a un contratto privo della forma prescritta *ad substantiam* è stata chiaramente illustrata anche da V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova 1969, 68 ss., il quale basa la propria tesi principalmente su diverse ragioni, quali, in primo luogo, l'impossibilità di far dipendere la valutazione circa l'esistenza ovvero l'inesistenza di un rapporto contrattuale da una clausola a contenuto generale (e quindi necessariamente ampio e indefinito) quale la buona fede. Secondariamente, l'Autore ritiene necessario mantenere circoscritte le cause di nullità delle convenzioni tra privati, al fine di mantenere e conservare la rapidità e la sicurezza delle contrattazioni commerciali.

⁶³⁴ Entrambe le citazioni sono di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 4. Nello stesso senso, più recentemente, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, 370 ss.

sanzionabile ricorrendo all'esecuzione in forma specifica, in quanto la formalizzazione del contratto è considerato un momento meramente esecutivo del processo di formazione del contratto. Non si tratta, dunque, di provvedere al risarcimento dei danni causati dal comportamento scorretto e contraddittorio tenuto da una delle parti durante la fase di formazione del contratto – e quindi riconducibile alla responsabilità precontrattuale – bensì di semplice risarcimento per equivalente, stante l'impossibilità di obbligare la parte inadempiente alla conclusione del contratto. A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione circa il ruolo della nozione di *culpa in contrahendo* all'interno del diritto francese: è noto come questa sia una categoria poco familiare all'ordinamento d'oltralpe, dove ha ricevuto scarsa attenzione da parte degli interpreti e, conseguentemente, una pressoché inesistente elaborazione teorico-dottrinale⁶³⁵. In assenza di una norma che prescriva il dovere di buona fede nella fase di formazione del contratto (obbligo che è espressamente previsto solo per l'esecuzione dello stesso), gli illeciti verificatisi nel periodo temporale che va dalle trattative al perfezionamento del contratto sono sempre stati sanzionati alle volte con il ricorso alla responsabilità aquiliana di cui all'art. 1382 del *Code civil* (art. 1240 in base alla nuova numerazione), notoriamente basata sul concetto di *faute*, altre volte con le norme in tema di vizi del consenso (artt. 1330 ss. del *Code civil*), nonché facendo riferimento al dovere di esecuzione di buona fede del rapporto obbligatorio⁶³⁶. Per

⁶³⁵ Chiare sul punto le parole di B. FAUVARQUE-COSSON – H. MAZEAUD, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations: perspectives internes et européennes*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore. Atti del Convegno (Pisa, 25-26 maggio 2007)*, a cura di E. Navarretta, Milano 2008, 236: “*Le Code civil brille pour son silence sur la période précontractuelle des négociations*”. Nello stesso senso anche la riflessione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella famosa sentenza Fonderie Meccaniche Tacconi del 17 settembre 2002 (C-334/00), dove si affronta il delicato tema della responsabilità precontrattuale per rottura ingiustificata delle trattative (nella specie, per rifiuto della società tedesca convenuta di addivenire alla conclusione del contratto di compravendita), riportata integralmente in *The UNIDROIT Principles in practice: Caselaw and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, a cura di M. J. BONELL II ed., 2004: “*Le droit français ne comporte aucune disposition relative aux négociations précontractuelles et à l'élaborations des contrats. La responsabilité précontractuelle est fondée sur la doctrine de l'abus de droit combinée à l'équité et à la mesure du raisonnable. [...] Aussi longtemps qu'aucun contrat n'a vu le jour, le dommage résultant de la période précontractuelle est considéré comme relevant des matières délictuelles ou quasi délictuelles*”.

⁶³⁶ Cfr. V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 23 ss. Secondo A.M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 393, le ragioni di una tale mancanza risiedono nella “preoccupazione che, attraverso la responsabilità precontrattuale, potessero essere inserite all'interno del sistema delle aporie tendenti a ridimensionare il ruolo della libera volontà dei contraenti”. Ciò significa che il diritto francese, per sanzionare il comportamento illecito e la scorrettezza precontrattuale, ricorre alla categoria del fatto illecito: ne consegue che nell'ambito della fattispecie del recesso ingiustificato dalle trattative (che costituisce una delle ipotesi principali di *culpa in contrahendo*), l'interprete dovrà verificare la ricorrenza del danno, nonché valutare che il comportamento tenuto dalla parte si discosti dallo standard del buon padre di famiglia e, infine, individuare il nesso di causalità tra fatto illecito e danno. Per quanto concerne in particolare l'elemento soggettivo, è stato sottolineato come nonostante questo sia spesso individuato nella

questo motivo, è stato notato come “il giurista francese sia ormai abituato a trattare la responsabilità precontrattuale alla stregua e con gli stessi mezzi di un fatto illecito”⁶³⁷ e non pare condivisibile l'opinione secondo cui la fase precontrattuale sia un “*un no man's land juridique*”⁶³⁸. Sulla base di tale impostazione, la giurisprudenza francese è potuta pervenire a riconoscere la responsabilità per interruzione ingiustificata delle trattative già in stadio avanzato, e ciò in considerazione del fatto che “il grado di confidenza raggiunto man mano che le trattative volgono alla conclusione comporta un aumento della responsabilità per entrambe le parti”⁶³⁹. Si deve peraltro notare come nell'ordinamento d'oltralpe le diverse figure di *avant-contrats*, tra cui va certamente annoverata la promessa sinallagmatica di vendita, sono spesso impiegate dalle parti proprio al fine di evitare gli inconvenienti di un regime specifico per la fase precontrattuale: attraverso la predisposizione di vincoli contrattuali già nella fase delle trattative, le parti contraenti si mettono al riparo “da possibili imboscate”⁶⁴⁰ e provvedono a regolamentare in maniera quanto più precisa i rapporti intercorrenti tra le stesse, al fine di evitare di incorrere in situazioni di incertezza potenzialmente idonee a dar luogo a responsabilità per fatto illecito.

Un tale scenario è stato tuttavia oggetto di una recente e rilevante modifica, in occasione dell'approvazione della legge di riforma del diritto francese delle obbligazioni e dei contratti (la già menzionata *Ordonnance* n. 2016-131) che, tra le varie innovazioni introdotte, ha anche riformato la fase della formazione del contratto, innanzitutto introducendo espressamente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede anche nel periodo che precede il raggiungimento dell'accordo negoziale⁶⁴¹; il nuovo art. 1104 del *Code civil* così dispone: «*Les contrats doivent*

malafede, tuttavia la responsabilità viene “affermata anche in ipotesi in cui manca l'intento di nuocere e la rottura dei *pour parler* è imputabile per semplice colpa” dove per colpa si intende la violazione della diligenza dell'*homme normalement avisé* (L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, Torino 2000, 206).

⁶³⁷ A. DE MAURO – P. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova 2002, 11.

⁶³⁸ D. MAZEAUD, *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillé*, in *Dr. et patrimoine*, juillet-août 1996, 44.

⁶³⁹ A.M. MUSY, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 393. Come ricorda N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 2008, 5, per evitare di intaccare il principio di libera volontà dei contraenti, la giurisprudenza quando è chiamata a verificare se ricorra un'ipotesi di rottura ingiustificata della trattativa adotta “un approccio di estrema prudenza, esigendo che la scorrettezza emerga in modo evidente ed indiscutibile; preoccupazione che si accentua quando i contraenti sono operatori professionali”.

⁶⁴⁰ A.M. MUSY, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 394.

⁶⁴¹ Ai sensi dell'art. 1104 del *Code civil* il dovere di buona fede entra nella formazione del contratto e si aggiunge al dovere di informazione e al dolo per reticenza; in particolare, gli artt. 1112 e 1112-1 del *Code civil* stabiliscono, rispettivamente, che “tanto lo svolgimento delle trattative sono liberi, ma devono nondimeno essere imperativamente conformi alla buona fede” e che “il contraente che sia a conoscenza di un'informazione la cui conoscenza è determinante per la controparte il dovere di comunicargliela qualora quest'ultima la ignori legittimamente ovvero faccia affidamento su di lui”

être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre publique». In secondo luogo, si deve sottolineare che è stata altresì disciplinata per la prima volta la fattispecie della responsabilità precontrattuale in tre diverse disposizioni il cui obiettivo comune è la regolamentazione dei *pourparlers*⁶⁴² e dell'obbligo di informazione nella fase precedente la formazione del contratto, facendo sì che il legislatore francese abbia finalmente recepito all'interno del codice civile una categoria che ad esso era formalmente estranea ma che, al contrario, era ben nota e consolidata nella prassi giurisprudenziale⁶⁴³. In particolare, l'art. 1112 del *Code civil* così dispone: «*L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu*». Si tratta, a ben vedere, di una norma di sintesi, che recepisce, da un lato, il principio della libertà contrattuale di cui al nuovo art. 1102 del *Code civil*⁶⁴⁴ e, dall'altro, il dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase di negoziazione, formazione, esecuzione del contratto di cui al già menzionato art. 1104 del *Code civil*; in conseguenza, la rottura delle trattative che sia frutto della malafede della parte deve considerarsi abusiva e quindi *fautive*, ossia idonea a generare responsabilità a titolo di colpa (*faute*) in maniera analoga a quanto aveva tempo prima affermato la giurisprudenza⁶⁴⁵. Per quanto concerne, in terzo luogo, il tema relativo alla

(L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code Civil: l'Ordonnance 2016 n. 131 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2016, 328).

⁶⁴² Come notano I. BEYNEIX – L.C. LEMMET, *La négociations des contrats*, in *RTD com.* 2016, 1, “*le droit français ne connaît pas à proprement parler le concept de «négociation» mais plutôt celui de «pourparlers»*”, traducibile quest'ultima espressione come «trattative».

⁶⁴³ Come notano B. FAUVARQUE-COSSON – H. MAZEAUD, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations*, cit., 236, “*il ne s'agit pas d'un changement radical mais d'une codification a droit constant, inspirée de la jurisprudence française qui n'avait pas attendu l'APF pour consacrer l'exigence de négotier en bonne foi*”. Nello stesso senso anche I. BEYNEIX – L.C. LEMMET, *La négociation des contrats*, cit., 1, per i quali “*l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale e de la preuve des obligations, prende acte des solutions dégagées par la jurisprudence notamment sur le processus du formation de contrat et la réparation en cas de rupture fautive des pourparlers. [...] Concernant la phase de négociation, cette réforme consiste essentiellement en une codification de la jurisprudence*”.

⁶⁴⁴ Questa la nuova formulazione dell'articolo: «*Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*».

⁶⁴⁵ Cfr. Cass. comm., 7 janvier 1997, n. 94-21.561, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007319876>, con particolare riferimento al caso in cui vi siano state trattative di lunga durata, il comportamento di una delle due parti viene considerato *fautive* e la Cassazione viene così investita dalla Corte di appello del potere di esercitare il suo controllo sull'eventuale abuso del diritto perpetrato ai danni della parte diligente. Nello stesso senso anche Cass. comm., 7 avril 1998, n. 95-2.361, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007373338>, dove, sempre in conseguenza del fatto che “*la rupture de pourparlers s'étant étendus sur un temps très*

quantificazione del danno, si prevede, in maniera non dissimile dal sistema italiano (e fedelmente alla posizione a suo tempo adottata dalla giurisprudenza francese), che il risarcimento sia limitato all'interesse negativo, ossia alla perdita effettivamente subita a causa della mancata conclusione del contratto, senza che sia possibile risarcire il vantaggio economico sperato ovvero che si sarebbe ragionevolmente ottenuto se il contratto si fosse perfezionato⁶⁴⁶. Il nuovo quadro legislativo viene infine completato dalle disposizioni contenute negli artt. 1112-1 e 1112-2, del *Code civil* che prescrivono, rispettivamente, il dovere precontrattuale di informazione generale (relativamente alle informazioni determinanti il consenso di una parte, ma da questa ignorate) e la responsabilità di colui che – senza autorizzazione - divulghi un'informazione riservata ottenuta in occasione di una trattativa negoziale.

Grazie a tali innovazioni il sistema francese si va a collocare nella scia tracciata da altri ordinamenti quali quello italiano e tedesco per la teorizzazione della responsabilità precontrattuale, colmando – anche sotto un profilo di diritto positivo – una lacuna che a lungo tempo aveva fatto sì che l'ordinamento di *common law* angloamericano apparisse, sotto questo particolare aspetto, molto più simile al diritto italiano rispetto a quello francese proprio per aver dimostrato una particolarmente sensibilità e attenzione rispetto alle questioni scaturenti da comportamenti scorretti durante la fase della trattative, dalla loro brusca e ingiustificata interruzione nonché dalla violazione delle dichiarazioni e delle promesse relative alla futura conclusione di un contratto, *a fortiori* se accompagnate da atti di esecuzione del contratto medesimo (quali, *inter alia*, l'avvio di opere di ristrutturazione e di lavori sul bene immobile oggetto del trasferimento)⁶⁴⁷. A prescindere dall'innovazione avvenuta a livello normativo in

long”, la parte convenuta, avendo tenuto un comportamento tale da “*manquer de loyauté*”, veniva condannata al risarcimento del danno causato all'altra.

⁶⁴⁶ Cfr. Cass. comm. 26 novembre 2003, n. 00-10.243 (c.d. arrêt Manoukian), in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007049778>, dove si legge che il pregiudizio subito dalla società attrice “*n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains*”; in altre parole, trattandosi di una “*faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels*” questa non è idonea a risarcire il “*préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat*”.

⁶⁴⁷ Si registrano alcune pronunce giurisprudenziali italiane che sono affini, quantomeno nella fattispecie al celebre caso *Walton Stores*, che vedeva come soggetti coinvolti, da un lato, i proprietari di un terreno (i coniugi Mahler) e dall'altro la società Walton Stores al fine della conclusione di un contratto di leasing. Poiché in pendenza della trattativa i coniugi aveva iniziato opere di demolizione e di costruzione di un nuovo edificio (necessarie per l'operazione commerciale collegata al leasing immobiliare) e la società aveva poi comunicato la propria intenzione di interrompere la trattativa, i coniugi si risolsero ad agire in giudizio per ottenere l'adempimento del contratto ovvero, in

Francia, in ogni caso è indubbio che il sistema di *common law* si sia mostrato a lungo tempo estremamente duttile e flessibile nel recepire un istituto apparentemente molto distante - in termini di categorie dogmatiche - quale la *culpa in contrahendo*, e ciò forse proprio grazie alla particolare struttura a-codicistica del diritto anglo-americano, la quale si rivela non una debolezza ma un punto di forza, che permette al diritto di adattarsi e di rispondere in maniera pragmatica alle diverse esigenze emergenti dalla realtà delle contrattazioni. In modo particolare il sistema statunitense, a differenza dell'atteggiamento piuttosto ostile adottato dalla giurisprudenza anglosassone su questo tema, si è dimostrato aperto e flessibile nella ricezione e nell'accoglimento del principio in base al quale le parti di una trattativa devono comportarsi secondo buona fede per non creare false aspettative nella controparte anche nell'arco temporale intercorrente tra l'inizio della negoziazione e la stipulazione del contratto, senza che ciò comporti una lesione ovvero una limitazione della libertà contrattuale⁶⁴⁸. Al fine di proteggere le legittime aspettative del contraente deluso, si deve peraltro sottolineare come il sistema anglo-statunitense abbia elaborato diversi istituti – tra i quali va certamente annoverato il *promissory estoppel* - che non costituiscono una dottrina completa paragonabile alla riflessione teorica sviluppatasi, a partire dalla seconda metà del

subordine, il risarcimento dei danni. La domanda venne accolta, limitatamente al risarcimento dei danni, dai giudici di primo grado, di appello e dall'Alta Corte, sulla base della considerazione che la società non potesse negare la conclusione del contratto. Un caso analogo si è presentato all'attenzione della Suprema Corte, riguardante una trattativa relativa a una locazione: in pendenza della formalizzazione di un nuovo contratto i conduttori, che giàavano preso possesso dell'immobile, avevano eseguito opere di ristrutturazione, facendo affidamento sul fatto che il locatore aveva fatto intendere il suo assenso rispetto alla stipulazione del contratto medesimo. In seguito al completamento di tali opere il locatore aveva manifestato il suo diniego al contratto ma in tutti i gradi di giudizio questi venne condannato al risarcimento del danno, poiché egli, nonostante fosse a conoscenza di quanto eseguito dai conduttori, era rimasto inerte, creando così un legittimo affidamento. Cfr. Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, cit.

⁶⁴⁸ Si veda in proposito la decisione della Corte federale in *Goodman v. Dicker* (169 F.2d 684): “*He who by his language or conduct leads another to do what he would not have otherwise done, shall not subject such person to loss or injury by disappointing the expectations upon which he acted*”. Per comprendere il diverso approccio adottato oltremarica è sufficiente ricordare l'*opinion* espressa da Lord Ackner nel celebre caso *Walford v. Miles* del 1992 (*opinion* sulla quale si basò la decisione della Suprema Corte inglese), per il quale l'obbligo di condurre in buona fede le trattative è essenzialmente in contrasto (*repugnant*) con la contrapposizione (*adversarial position*) che caratterizza le parti impegnate nella trattativa. Nonostante una tale impostazione, “le cose non stanno in termini così drastici” (C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 332), in parte perché la stessa dottrina di *common law* “non può oramai permettersi di negare a viso aperto la buona fede” (*ibidem*) anche grazie al diverso atteggiamento del diritto statunitense, che nello *Uniform Commercial Code* ha espressamente previsto il dovere generale buona fede definendolo al § 2-103 come «*honesty and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing*»: concetto che, al giorno d'oggi, nessuno tra i più rigorosi giudici inglesi metterebbe in discussione, a riprova del fatto della compatibilità tra *common law* e principio di buona fede. Secondo C. CASTRONOVO, *Verso un codice europeo*, cit., 26, nt. 12, “l'importanza di questa norma sta nel fatto che essa rappresenta l'anello di passaggio per un'accettabilità del principio in ambito di *common law* che non lo conosce sulla base dell'idea che, poiché altri ordinamenti di *common law* lo hanno accettato, allora esso non può essere più detto contrario con lo spirito del *common law*”.

XIX secolo, intorno alla *culpa in contrahendo* soprattutto nell'ordinamento tedesco e, successivamente, anche in quello italiano (nonché proseguita durante tutto il corso del XX secolo), ma sono comunque strumenti assai utili per stemperare le rigidità delle regole del contratto nonché per evitare decisioni che finirebbero per apparire ingiuste e insoddisfacenti⁶⁴⁹. In un tale contesto, il versamento di una somma a titolo di caparra, ovvero di *deposit* o di *earnest* rappresenta un pagamento anticipato sostenuto da una parte in vista della conclusione del contratto principale (sia esso già perfezionato ovvero ancora nella fase delle trattative), ed è indice tangibile della serietà del comportamento della parte che lo effettua nonché segno del fatto che questa confidi nella conclusione ovvero nella formalizzazione del contratto e, pertanto, può ragionevolmente costituire la base giuridica di un *reliance interest* meritevole di tutela, in maniera del tutto analoga alle ipotesi in cui una parte chieda al giudice il risarcimento del danno per le spese inutilmente sostenute nella ragionevole previsione di ottenere un determinato vantaggio dalla conclusione del contratto⁶⁵⁰.

In conclusione del percorso comparatistico fin qui svolto è possibile trarre alcune considerazioni finali, partendo innanzitutto dalla generale constatazione che entrambi i sistemi giuridici oggetto della presente ricerca offrono diversi strumenti che permettono di sanzionare i comportamenti scorretti nella fase delle trattative e della formazione del contratto al fine di bloccare le pretese della parte che, con la propria condotta ovvero le proprie dichiarazioni, abbia suscitato false speranze e false aspettative nella controparte; in secondo luogo, al di là delle specifiche caratteristiche dei singoli rimedi e dei relativi presupposti applicativi, che ovviamente possono variare da ordinamento a ordinamento - in dipendenza sia del

⁶⁴⁹ Il *promissory estoppel* (funzionalmente collegato alla tutela di un diritto reale) costituisce, infatti, una tra le varie *doctrines* elaborate dal diritto anglo-statunitense attraverso il tipico metodo casistico, quali *preliminary negotiation*, *implied warranties*, *unilateral mistake*, *misrepresentation tortious interference with prospective contractual relations*, *unjust enrichment*. Ciò che accomuna questi strumenti consiste nell'essere più o meno influenzati dalla teorica della *good faith*. Per ulteriori approfondimenti, cfr. A.M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 396 ss. Secondo P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, Torino 1998, 61, la maggiore sensibilità del diritto statunitense rispetto alla fattispecie di responsabilità contrattuale è in parte rinvenibile nei contatti a livello accademico e dottrinale tra mondo tedesco e mondo americano a partire dagli anni '30 del Novecento, e in parte all'importante articolo di Farnsworth del 1987 (dal titolo *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*), in cui venne affermato che la responsabilità precontrattuale non era del tutto assente nel mondo anglo-americano ma sarebbe già presente, operando nei casi di *unjust enrichment*, *misrepresentation* e *specific promises*.

⁶⁵⁰ In conclusione, come nota A.M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 398, la flessibilità tipica del modello di *common law* (in particolare di quello americano), la possibilità di allocare la misura di risarcimento ritenuta equa nella fattispecie (indipendentemente dal tipo di responsabilità), il continuo e saggio esercizio del principio di ragionevolezza da parte delle corti [...] danno al sistema anglo-americano il modo di proteggere in modo efficace la posizione delle parti nella fase precontrattuale; sia che essa sfoci in un contratto, sia che ad esso non si addivenga”.

diverso grado di elaborazione dottrinale sia della sensibilità e della familiarità della giurisprudenza con categorie giuridiche quali la buona fede oggettiva, la ragionevolezza, l'affidamento, il divieto di *venire contra factum proprium* - si nota un tratto comune che consiste nella volontà di non lasciare privo di tutela il soggetto diligente e che abbia senza colpa confidato nella promessa ovvero nel comportamento altrui, al punto da aver modificato la propria situazione giuridica precedente. Come terzo aspetto, si osserva che nei diversi ordinamenti si pone in maniera trasversale il problema delle clausole generali, anche all'interno di sistemi giuridici che, ad un esame superficiale, sembrano del tutto ignorarle⁶⁵¹: concetti quali la buona fede, l'affidamento, la ragionevolezza, la correttezza, il divieto di comportamento contraddittorio, presentano il grande e indiscusso vantaggio di costituire un momento di apertura dell'ordinamento giuridico verso l'esterno (ossia il contesto sociale in cui sono presenti) che vive ed opera alla luce di certi valori che in quanto richiamati dalla clausola generale, attraverso di essa trovano concretizzazione. La legislazione per clausole generali rappresenta, pertanto, un modello di compilazione delle norme giuridiche che esprime la tensione verso una continua aderenza del dato normativo alla realtà sociale; attraverso le clausole generali l'ordinamento trova la chiave di adeguamento automatico continuo di se stesso alla realtà sociale; ciò in aperto contrasto alla teoria positivista, per la quale in diritto è tale se e in quanto positivizzato nella norma di legge e l'interprete è del tutto vincolato a quest'ultima (la quale si presenta rigida, senza elementi di apertura), così da causa l'inevitabile irrigidimento dell'ordinamento, che rimane uguale a se stesso mentre nel frattempo la realtà sociale continua a mutare ed evolvere. Con la tecnica delle clausole generali il sistema giuridico è reso, al contrario, elastico e flessibile, consentendo al giudice un giudizio di valutazione e di apprezzamento della realtà sociale o, meglio, attraverso un riferimento alla realtà sociale, al punto che le clausole generali possono essere definite come delle vere e proprie valvole respiratorie dell'ordinamento.

Questa moderna modalità di scrittura dei precetti normativi, presenta, tuttavia,

⁶⁵¹ È solito affermarsi che l'uso delle clausole generali sia caratteristica degli ordinamenti italiano, tedesco e spagnolo, mentre è convinzione comune che il sistema di *common law* ne sia estraneo: ad un esame più attento, nemmeno il diritto anglo-americano è immune dalle clausole generali e dai problemi alle stesse connesse, in quanto “i giuristi di *common law* non concettualizzano le clausole generali come una categoria autonoma di descrizione del diritto positivo ma le risolvono nella dimensione della vaghezza delle formulazioni normative e nelle questioni problematiche che questa dimensione comporta” (V. VELLUZZI, *Clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano 2010, 2, nt. 3). Per quanto concerne il sistema francese, “anche se il termine *clause générale* non fa parte del vocabolario giuridico”, ciò non significa che l'impiego e la funzione delle clausole generali non sia conosciuta: cfr. P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Milano 2017, 146.

alcune difficoltà nel momento applicativo, poiché è noto come le clausole generali necessitino sempre di una specificazione e delimitazione del contenuto, nonché dell'intervento mediatore del giudice che, attraverso il suo apprezzamento (a sua volta storicamente e socialmente condizionato dall'ambiente circostante) ne stabilisce l'interpretazione più corretta al fine di una concreta applicazione⁶⁵², la quale può notevolmente variare da caso a caso in relazione sia delle circostanze concrete, sia del contesto socio-politico-culturale⁶⁵³. Ciò significa che nei diversi sistemi giuridici analizzati si pone in maniera analoga la necessità di superare la vaghezza propria di tali norme elastiche per darvi uno specifico contenuto, perché in caso contrario vi è il rischio di pervenire a risultati che, lungi dal realizzare l'apertura dell'ordinamento verso i valori esterni della realtà sociale, il riequilibrio del contratto, la tutela della parte diligente, la limitazione dei comportamenti scorretti e contraddittori, possono rivelarsi diametralmente opposti e sconfinare nell'arbitrio del giudice, nella imprevedibilità delle sue decisioni, nell'ingiustizia sostanziale⁶⁵⁴. A titolo esemplificativo, si pensi alla nozione di affidamento, la quale è certamente un concetto molto generico e indeterminato che, tuttavia, non deve indurre a ritenere che qualunque situazione sia meritevole di protezione ma comporta la necessaria verifica che la parte la quale lamenta il danno subito in conseguenza del comportamento scorretto tenuto da controparte non solo fosse in

⁶⁵² Si veda sul punto la riflessione di F. PIRAINO, *La liceità e la correttezza*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, a cura di R. Panetta, Milano 2005, 846: “Di fronte a una clausola generale l'interprete compie un'operazione di forte portata valutativa: alla consueta creatività che connota l'elaborazione della regola da applicare al caso concreto, compiuta all'interno di quel limite alle possibili varianti di senso costituito dai dati linguistici della disposizione normativa, si affianca un incremento di creatività, rispetto a quanto accade nell'interpretazione di una norma a fattispecie analitica, nel passaggio dall'enunciato legale alla norma generale ed astratta che da esso si enuclea. Nell'applicazione delle clausole generali è in ballo non tanto la formazione della premessa maggiore a partire da una disposizione che individua una fattispecie specifica e vi connette effetti determinati, quanto piuttosto la decompressione dell'enunciato stesso della clausola generale, espresso in forma sommamente sintetica attraverso il rinvio a un valore”.

⁶⁵³ Cfr. E. FERRARIS, *La buona fede negli orientamenti della giurisprudenza inglese*, cit., 761, la quale afferma che la comprensione del principio di *good faith* e dei suoi possibili aspetti operativi non può prescindere dal rilievo della sua principale caratteristica, ossia l'estrema versatilità a seconda di quelli che risultano essere gli *standards* di comportamento di una certa società considerata a sua volta in un determinato momento storico”.

⁶⁵⁴ Anche in Francia si è avvertita una tale preoccupazione, soprattutto con riferimento alla dottrina dell'abuso del diritto che, nonostante sia nata per perseguire un equilibrio contrattuale, tuttavia “presenta pure il grave inconveniente di essere fonte di un'intromissione sistematica del giudice nell'ambito dell'autonomia contrattuale” (A. CIMINO, *La clausola generale di buona fede nell'esperienza francese*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1995, 787). Per questo motivo, nonché a causa della varietà e della pluralità di significati attribuiti alla clausola generale di buona fede, che “costituiscono un grave ostacolo affinché quest'ultima svolga una funzione autonoma” (*ivi*, 790), la dottrina francese più recente ha agganciato il parametro della *bonne foi* al dovere di lealtà, al punto che la “concezione morale dell'esecuzione del contratto è oramai ritenuta indispensabile in un contesto economico e giuridico come quello attuale, dove fenomeni come la progressiva standardizzazione della produzione e la distribuzione in massa impongono una revisione critica delle teorie classiche del diritto delle obbligazioni” (*ibidem*).

buona fede ma pure che la fattispecie concreta presentasse elementi tali (quali il versamento di una somma di denaro a titolo di caparra) da far ragionevolmente ritenere che il negozio si sarebbe perfezionato, ovvero sarebbe stato formalizzato in conformità delle norme di legge⁶⁵⁵.

Così rilevata la diffusione nei diversi sistemi giuridici delle clausole generali, definite talvolta “valvole di sicurezza” e “organi respiratori dell'ordinamento”⁶⁵⁶, ciò dovrebbe condurre, pertanto, ai fini di un'effettiva unificazione del diritto, ad una definizione del loro contenuto da parte del giudice che sia quanto più armonioso e omogeneo tra i vari paesi, per evitare risultati tra loro distanti se non addirittura contrastanti.

In relazione alle molteplici questioni sollevate sarebbe quanto mai auspicabile che i progetti di armonizzazione del diritto potessero fornire un approccio omogeneo sia sulle regole di responsabilità precontrattuale e di dovere di comportamento improntato alla buona fede e alla correttezza fin dalla fase delle trattative (anche al fine di giungere ad una specificazione del contenuto dei criteri elastici sui quali basare le valutazioni), sia sulle tematiche relative alla fattispecie di caparra *tout court*. Con riferimento alla prima questione, si deve innanzitutto notare come le clausole generali vengano tradizionalmente considerate come un tratto caratteristico della legislazione europea in materia di contratti⁶⁵⁷; in secondo

⁶⁵⁵ Per questi motivi sono condivisibili le parole di F. ASTONE, *Sulla rilevanza dei precedenti extratestuali nella nostra esperienza giurisprudenziale*, cit., 75 ss., il quale ritiene che, all'interno della della responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative si corra il rischio di passare da una clausola generale all'altra, ossia dalla buona fede all'affidamento giustificato, senza individuare in maniera concreta quali siano gli atti e i fatti idonei a fondare questo affidamento. Al punto che spesso la giurisprudenza, nelle sue pronunce, è più propensa ad affermare in maniera negativa quando l'affidamento sia ingiustificato piuttosto che indagare i presupposti che lo rendano giustificato. Ne deriva che “l'assicurazione, l'impegno, la promessa di concludere il contratto rappresentano, nell'analisi della fattispecie, un dato ragionevolmente certo, di accertamento più facile e sicuro rispetto al mero dato della durata [...] ovvero della c.d. serietà delle trattative (che – volendo escludere i casi di scuola – si riduce a una formula priva di contenuto concreto), ovvero ancora rispetto al numero di punti su cui l'accordo è stato raggiunto (che pure rappresenta un aspetto opinabile, rispetto al quale l'opzione assunta dal giudice – che evidentemente non può rifare la trattativa per le parti – sembrerà sempre discutibile)” (ivi, 77). Si vedano sul punto anche le parole di H. KÖTZ – S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 176: “Tutti gli ordinamenti riconoscono che il contraente non merita alcuna tutela se una persona ragionevole, trovandosi nella medesima posizione, non avrebbe confidato nelle dichiarazioni rese dal promittente, ad esempio quando il contraente sapeva che la promessa era nulla e ha confidato nell'adempimento semplicemente perché il promittente aveva dato la sua “parola d'onore” o comunque aveva manifestato che si riteneva vincolato alla promessa e non avrebbe eccepito la nullità”.

⁶⁵⁶ C. TURCO, *Diritto civile*, I, Milano 2014, 24.

⁶⁵⁷ Come sottolinea M. RABITTI, *Art. 1418. Cause di nullità del contratto*, in *Dei contratti in generale, Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, a cura di E. Navarretta - A. Orestano, Torino 2012, “il diritto europeo dei contratti sembra poi dare nuova linfa a categorie classiche del diritto civile che si adattano in chiave funzionale alle nuove realtà cambiando, anche, se necessario, di contenuti. L'obiettivo è di individuare regole tendenzialmente comuni per superare i confini dei singoli ordinamenti e dare soluzioni unitarie ai problemi della patologia nazionale. La via prescelta è la valorizzazione di talune clausole generali utili a valutare l'atto di autonomia privata, anche al di là della sua specifica struttura e funzione. Si pensi all'uso giurisprudenziale del principio dell'abuso

luogo, e come diretta conseguenza della prima affermazione, la tendenza che si è segnalata nelle pagine precedenti, ossia la sempre maggiore valorizzazione del ruolo della clausola generale di buona fede e ragionevolezza all'interno dei rapporti contrattuali (nonché di quelli precontrattuali) è per la verità una tendenza comune non solo all'ordinamento italiano, francese e anglo-americano bensì riscontrabile anche a livello europeo all'interno dei progetti di unificazione del diritto. Si pensi innanzitutto all'art. 1:302 dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PDEC o anche PECL nella formulazione inglese di *Principles of European Contract Law*)⁶⁵⁸, che fornisce la definizione del principio di correttezza: «È da ritenersi ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole. Nella valutazione di ragionevolezza si dovrà tenere conto, in particolare, della natura e dell'oggetto del contratto, delle circostanze del caso e degli usi e pratiche dei traffici o delle professioni coinvolte»⁶⁵⁹. Sempre in termini di definizioni generali, l'art. 1:102 PDEC, in tema di autonomia contrattuale, dispone che «le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza nonché delle norme imperative contenute nei Principi», nonché l'art. 1:201 PDEC, in forza del quale «le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza». Ancora, si consideri l'art. 2:301 PDEC - specificamente dedicato alla fattispecie di responsabilità precontrattuale - ai sensi del quale «in particolare è contrario alla buona fede e alla correttezza iniziare le trattative ovvero continuarle in assenza di un'effettiva volontà di raggiungere un accordo con la controparte». Si tratta di un'ipotesi di falsa rappresentazione della realtà e di induzione a fare sì che una parte confidi, a causa del comportamento tenuto dall'altra, nella conclusione del contratto; si è pertanto in presenza della tipica fattispecie di *culpa in*

del diritto e alla clausola di buona fede in chiave rimediabile». Anche secondo U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, I, Milano 2013, 223, una delle tendenze contemporanee che caratterizzano le clausole generali è proprio quella che “si riferisce al rilievo assegnato, in senso gerarchico e in senso quantitativo, alle clausole generali nel vario laboratorio progettuale transnazionale, che da tempo e notoriamente è assai attivo nel proporre regolamentazioni uniformi dei mercati con riguardo a intere aree sensibili del diritto privato (quali il diritto delle obbligazioni e dei contratti, il diritto dei consumi e della concorrenza, il diritto societario e delle imprese su scala transnazionale)”.

⁶⁵⁸ Si tratta del lavoro frutto di una commissione di giuristi (Commissione per il diritto europeo dei contratti – *Commission on European Contract Law* - CECL) presieduta originariamente dal professore danese Ole Lando e attiva sin dall'inizio degli anni '80, che si poneva come obiettivo l'unificazione del diritto privato (attraverso l'uso del metodo comparatistico) e la redazione di un corpo di regole da applicare ai contratti internazionali. La prima pubblicazione del lavoro di ricerca è del 1995, cui è seguita una seconda edizione nel 2000.

⁶⁵⁹ Condivisibile è l'osservazione di V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, cit., 38, per la quale una tale formulazione della correttezza “conferma la contiguità tra ragionevolezza e buona fede, che ivi si definiscono vicendevolmente, e l'interpretazione della ragionevolezza quale razionalità dell'agire”.

contrahendo – “che oramai può dirsi universalmente ricevuta”⁶⁶⁰ - la quale consiste in una “violazione dell'affidamento che, stante il principio di buona fede, contrasta con esso e genera responsabilità”⁶⁶¹. Dalle norme citate si comprende bene come l'intento del legislatore del Progetto sia chiaramente rintracciabile nella volontà di porre a fondamento dei rapporti contrattuali, fin dal momento della loro gestazione (anzi, si potrebbe dire, soprattutto allo stadio della loro formazione nella fase delle trattative), le regole della buona fede oggettiva, della correttezza e della tutela del legittimo affidamento, al fine di scoraggiare i comportamenti incoerenti, contraddittori, poco trasparenti, disonesti e, in quanto tali, suscettibili di creare false aspettative nella controparte e di indurla verso scelte contrattuali che altrimenti non avrebbe compiuto se fosse stato tenuto un diverso atteggiamento nonché se la parte danneggiata avesse potuto ottenere tutte le informazioni necessarie per maturare un decisione consapevole⁶⁶². È importante sottolineare, infine, come le tre norme sopra citate siano in sintonia sul piano ermeneutico, in quanto l'accostamento tra buona fede e correttezza operato all'interno dei PDEC non deve condurre all'idea di una loro sovrapposizione alle norme imperative relative alla validità del contratto, così come potrebbe dedursi dal contenuto di cui all'art. 1:102 PDEC nonché dall'art. 4:101 PDEC, in forza del quale la contrarietà alle norme imperative produce invalidità: ad un esame più attento si scorge in verità come buona fede e correttezza vadano associate non alle norme imperative bensì alla libertà di concludere il contratto e di determinarne il contenuto, adottando una lettura non orizzontale bensì verticale della disposizione. Ciò permette di preservare la natura e la funzione originaria della correttezza e della buona fede

⁶⁶⁰ Prefazione all'edizione italiana dei *Principi di Diritto Europeo dei contratti*, parte I e II, edizione italiana a cura di C. CASTRONOVO, Milano 2001, XXXI.

⁶⁶¹ C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 331. Con riferimento all'impiego della buona fede all'interno dei PECL, è interessante la riflessione di M. BARCELONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino 2002, 308, che, dopo aver rilevato come i termini buona fede, correttezza e ragionevolezza ricorrano ben diciassette volte, ha parlato di una “eccessiva ridondanza” dell'impiego dei medesimi. Per una lettura critica del ruolo assunto dalla buona fede all'interno del contratto, nonché per una proposta (provocatoria) di abbandono dell'orizzonte della cooperazione per un ritorno all'antagonismo del rapporto contrattuale, cfr. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003, 409 ss., il quale ritiene che la definizione di buona fede che spesso si incontra all'interno dei PECL sia una “formulazione sui trampoli” nonché “rugiadosa”, non adatta a rispondere alle concrete esigenze degli operatori del mercato nonché frutto di una concezione ideologica che considerava la buona fede quale strumento per limitare il mercato.

⁶⁶² In questo senso le parole di D. MAZEAUD, *La confiance légitime et l'estoppel*, cit., 388, il quale nota come “*dans le common law, ainsi que dans les Principes du droit européen du contrat, le concept de confiance légitime constitue le centre de gravité du contrat, bien plus que la volonté de s'obliger, laquelle est le pivot du droit positif français. Au fond, les règles contractuelles sont dans ces corpus articulées autour de l'idée qu'il convient de prendre en considération la confiance légitime ou les attentes raisonnables du créancier que la parole donnée par son débiteur a engendrées, plutôt que la volonté de s'engager exprimée par le débiteur*”.

quali regole di condotta e di conformazione del rapporto contrattuale, e mai quali parametri di validità dell'atto: ciò è quanto propriamente emerge dalla lettura coordinata degli artt. 1:201, 1:102 e 2:301 PDEC, che pertanto non modificano qualitativamente la portata della clausola generale di buona fede ma si limitano a recepirla e a elevarla quale principio ispiratore e parametro di riferimento della materia contrattuale, a partire dalla fase precontrattuale⁶⁶³.

In maniera analoga, anche nel testo del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)⁶⁶⁴ assume un ruolo fondamentale il concetto di dovere di correttezza e di buona fede, espresso con la formulazione di «*general duty of good faith and fair dealing*» (I.-1:103), che peraltro ricorre anche in altre previsioni del *Draft*, in modo da introdurre il dovere di buona fede lungo tutto l'*iter* che conduce alla formazione del contratto, fin dalla fase delle trattative, passando attraverso la sua esecuzione ed interpretazione⁶⁶⁵. Questo dimostra ancora una volta che la buona fede, “a prescindere dalle differenze pur sensibili tra gli ordinamenti nazionali, è già radicata nel diritto dell'Unione Europea”⁶⁶⁶.

È interessante notare come anche nei Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali (elaborati per la prima volta nel 1994 dall'*International Institute for the Unification of Private Law*, cui è seguita una seconda ed ampliata

⁶⁶³ Cfr. *Prefazione all'edizione italiana dei Principi di Diritto Europeo dei contratti*, XXXIII ss.

⁶⁶⁴ Il *Draft* consiste in un progetto a livello europeo che “rappresenta il tentativo di costruire in un sistema unitario, nonostante le ineliminabili differenze, la tradizione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, come espressa nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti e nei Principi di diritto europeo, con l'*acquis communautaire*” (M. GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano 2009, 16). Il *Draft* è infatti il portato dell'intervento dell'allora Comunità (ora Unione) Europea che, a partire dal 2001, aveva manifestato l'intenzione di riavvicinare le legislazioni dei diversi stati membri e, in particolare, per creare un diritto europeo dei contratti comune al territorio europeo, anche al fine del miglioramento dell'*acquis communautaire*. Alla prima comunicazione della Commissione europea dell'11 luglio 2001 seguì quella del 12 febbraio 2003 adottando, il c.d. *Action Plan* al fine di procedere con la redazione di un *Common Frame of Reference*, nonché quella dell'11 ottobre 2004, dove si affermava che «il quadro comune di riferimento sarà messo a punto per migliorare la coerenza dell'*acquis* presente e futuro». Nel testo pubblicato per la prima volta nel 2008 (*interim outline edition*) e poi ripubblicato nel 2009 (*final outline edition*) è confluito il lavoro di due diversi gruppi di studio: da un lato, quello della Commissione per il diritto europeo dei contratti (che, in verità, a sua volta, è entrata a far parte dello *Study Group on European Contract law*), incaricato principalmente di rivedere i PECL e di sviluppare ed elaborare ulteriori principi comuni anche in altri settori del diritto e, dall'altro, lo *European Research Group on Existing EC Private Law*” (il c.d. *Acquis Group*) che ha preparato quelle parti del DCFR basate su principi del diritto privato comunitario esistente.

⁶⁶⁵ Sono gli artt. II.-3:301 (2), 8.102 (1), III.-1:103, relativi, rispettivamente, alla conduzione delle trattative, all'esecuzione dell'obbligazione e all'interpretazione del contratto, tutti alla luce della buona fede. Per una considerazione circa il ruolo della buona fede all'interno del DCFR si vedano, *inter alia*, le parole di G. ALPA, *Autonomia contrattuale e autonomia delle parti, oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 581 il quale sottolinea che “a differenza dei PECL, in cui la buona fede è considerata un principio generale (1:201) nel *Draft* la buona fede appare distribuita nelle diverse sezioni”.

⁶⁶⁶ C. CASTRONOVO, *Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2007, 286, il quale sottolinea, tuttavia, che “ad una considerazione globale del diritto europeo è stato rilevato che la buona fede, non essendo riconosciuta in tutti gli ordinamenti degli Stati membri, ancora non può essere considerata un principio generale del diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti” (*ibidem*).

versione nel 2004) si trovino norme sul dovere di comportarsi in buona fede nel commercio internazionale sia in termini generali (art. 1.7), sia in maniera più specifica con riferimento alla fase precontrattuale: l'art. 2.1.15, rubricato «*Negotiations in bad faith*», dopo aver stabilito al primo comma il principio della libertà di contrattare, si premura, al comma successivo, di stabilire che «*a party, who negotiates or breaks off negotiations in bad faith, is liable for the losses caused to the other party*», ponendo così l'accento, a differenza dell'art. 2:301 PDEC, sul concetto di malafede (definita al terzo comma dell'art. 2.1.15 dei Principi come l'ipotesi in cui una parte intraprenda o prosegua una trattativa «*when intending not to reach an agreement with the other party*») in luogo della contrarietà alla buona fede e alla correttezza proprie di quest'ultimo. È stato inoltre sottolineato come il testo della norma UNIDROIT, fornendo una disciplina della responsabilità precontrattuale, dia “rilievo, sotto il profilo soggettivo, all'intenzione di non raggiungere un accordo che abbia inficiato l'inizio o la conclusione delle trattative”⁶⁶⁷.

Per quanto concerne, da ultimo, il tema che costituisce il principale oggetto della presente ricerca, ossia la fattispecie di caparra confirmatoria, si deve dare atto che tanto i PECL, quanto il DCFR, si occupano del tentativo di predisporre un regime giuridico che sia applicabile sia alla clausola penale sia alla caparra confirmatoria: in particolare, l'intento dei redattori sembra essere, in primo luogo, quello di eliminare qualunque accezione punitiva dalla ricostruzione della fattispecie, a causa dell'ostilità presente nel sistema di *common law* nei confronti delle clausole penali; secondariamente, l'obiettivo perseguito attraverso tali progetti pare consistere nella predisposizione di una disciplina che semplifichi il sistema, accantonando ogni riferimento alla funzione probatoria (che “sembra oramai appartenere al passato”⁶⁶⁸), concentrandosi principalmente sull'elemento della liquidazione forfettaria del danno in conseguenza di inadempimento. Per questi motivi gli artt. 9:509 PECL⁶⁶⁹ e III-3:712 DCFR⁶⁷⁰ non ricorrono né

⁶⁶⁷ G. DE VANNA, *Formazione del contratto*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale*, a cura di U. Patroni Griffi, Milano 2012, 86.

⁶⁶⁸ F.P. PATTI, *Caparra*, cit., 35.

⁶⁶⁹ Art. 9:509 PECL «*Agreed Payment for Non-performance*»: «(1) *Where a contract provides that a party who fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss; (2) However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount when it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances*».

⁶⁷⁰ Art. III-3:712 DCFR «*Stipulated Payment for Non-performance*»: «(1) *Where the terms regulating an obligation provide that a debtor who fails to perform the obligation is to pay a specified sum to the creditor for such non performance, is entitled to that sum irrespective of the actual loss; (2) However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or*

all'espressione clausola penale né caparra confirmatoria e si limitano a fornire una disciplina per i pagamenti (convenzionalmente stabiliti) dovuti in caso di inadempimento, delineando così un istituto ibrido ma idoneo a realizzare la funzione di rafforzamento del vincolo contrattuale nonché di risoluzione del contratto in via stragiudiziale. Nonostante il tema formale sia stato ancora una volta aggirato o, in ogni caso, considerato non meritevole di approfondimento, sembra ragionevole pensare che, partendo dalla predisposizione di una disciplina unitaria, anche le eventuali problematiche connesse con le conseguenze derivanti dalla violazione degli oneri formali del contratto principale cui accede la caparra, siano da affrontare con un approccio che, innanzitutto, non si limiti alla valutazione delle possibili soluzioni alla luce del diritto interno ma che, al contrario, tenga anche in considerazione le prospettive adottate in altri ordinamenti, se queste si dimostrano dogmaticamente coerenti nonché utili per la risoluzione di una particolare questione ovvero per colmare una lacuna di diritto interno⁶⁷¹. Ecco perché il raffronto comparatistico svolto nelle pagine precedenti non si è limitato all'analisi della caparra e del formalismo negoziale ma si esteso, seguendo un approccio di tipo funzionale, fino alla considerazione – all'interno dei sistemi giuridici posti come termini di riferimento per la comparazione - delle soluzioni, delle teorie, dei possibili rimedi e degli strumenti elaborati per rispondere ad un problema comune, che non si limita all'analisi dell'eventuale “sfasatura formale” tra patto di caparra confirmatoria e negozio principale ma che, a ben vedere, si espande fino a ricomprendere tutte le ipotesi in cui una delle parti del contratto veda frustrate le proprie aspettative a causa del comportamento scorretto di controparte. In altri termini, si è compreso come anche in altri ordinamenti, nonostante la non assoluta corrispondenza e sovrapposizione tra istituti e tra fattispecie, è possibile rintracciare soluzioni che offrono tutela alla parte diligente del rapporto contrattuale, finendo così per rilevare che anche su questo piano *lato sensu* rimediale si registra il lento ma inesorabile movimento dei diritti nazionali verso

other judicial act may be reduced to a reasonable amount when it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances».

⁶⁷¹ Con riferimento alla possibilità di correggere il diritto interno ovvero colmare eventuali lacune attraverso il ricorso al diritto straniero e al procedimento comparatistico, si tenga a mente come nell'intenzione dei compilatori dei PECL nulla esclude che questi, in aggiunta al loro impiego come norme generali dei contratti internazionali in forza della scelta compiuta dalle parti (che così li utilizzeranno come legge regolatrice del rapporto sostanziale), siano impiegati come «base per un diritto armonizzato del diritto europeo». Ciò significa che il *corpus* dei principi di diritto europeo dei contratti “potrebbe finire con il permeare i diritti dei singoli Stati, fungendo da parametro ermeneutico di riferimento o, addirittura, da fonte per la soluzione di controversie, per il caso in cui l'ordinamento interno presenti lacune” (M. MELI, *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa e dir. priv.*, I, 2008, 76).

un punto comune, verso una soluzione condivisa⁶⁷². Non solo un'unificazione del diritto dalla prospettiva della fattispecie *stricto sensu* ma anche una tendenza armonizzatrice per quanto concerne gli strumenti messi a disposizione delle parti per reagire ai comportamenti contraddittori che abbiano suscitato un affidamento poi deluso; strumenti sempre più simili non soltanto perché simili sono le esigenze concrete che ne sono alla base ma anche perché l'inevitabile circolazione dei modelli (quale tratto caratteristico di un mondo globalizzato) porta con sé contaminazioni e sovrapposizioni giuridiche, contribuendo all'arricchimento del patrimonio giuridico dei vari ordinamenti. E il diritto comparato, insieme ai progetti di unificazione a livello europeo e internazionale, costituiscono propriamente il migliore strumento per realizzare tali obiettivi, attraverso il costante dialogo tra gli interpreti e tra gli stessi ordinamenti, nel tentativo di liberarsi dagli schemi e dai filtri del proprio sistema giuridico nonché “dalle strettoie dogmatiche tipicamente inerenti al proprio apparato concettuale”⁶⁷³ per abbracciare una prospettiva aperta, flessibile, rivolta all'individuazione delle problematiche concrete e delle loro possibili soluzioni⁶⁷⁴.

Ciò, beninteso, non significa annullare ovvero ignorare le differenze presenti nei diversi sistemi, né tantomeno pretendere che i concetti giuridici siano teorizzati

⁶⁷² È interessante notare come, per quanto concerne l'area dei *remedies* a livello di spazio giuridico europeo (con particolare riferimento al tema delle conseguenze della violazione delle norme di matrice europea prescriventi oneri formali), la stessa Corte di Giustizia ha avuto modo di fare diretto riferimento alla figura dell'*estoppel* nel caso *Courage* (decisione del 20 settembre 2001, C-453/99) e di confermare così l'inarrestabile spinta verso l'armonizzazione e l'unificazione del diritto. Nel caso di specie, si trattava di un contratto illegale, perché contrario all'art. 81 del Trattato (oggi art. 101 TFUE, in materia di divieto di accordi anti concorrenziali) e quindi fonte di danno per uno dei contraenti e, secondo la Corte, “l'applicazione dell'*estoppel* avrebbe condotto a vanificare gli obiettivi di tutela presi in considerazione dalle regole comunitarie” (A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., 103). Ciò che interessa rilevare è pertanto come la Corte di Giustizia riconosca come anche all'interno del diritto inglese, analogamente al diritto europeo, sussista un principio di non contraddizione direttamente ricavabile dai brocardi *ex turpi causa non oritur causa* e *in pari delicto potior conditio defentis*, che tuttavia nel caso concreto non viene applicato a causa della posizione di disequilibrio tra le parti. Nello stesso senso anche le parole di D. WAELBROECK, *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?*, in *The Global Competition Law Centre Working Papers Series - GCLC Working Paper 01/08*, Bruges 2008, 23, nt. 56, il quale ricorda come la giurisprudenza comunitaria (sia nel caso *Courage*, sia nel caso *Alrosa*) “admet l'existence d'un principe d'*estoppel* qui empêche une partie de revenir sur un point admis par elle (*venire contra factum proprium*)”.

⁶⁷³ K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 38.

⁶⁷⁴ In conclusione del capitolo, sembra necessario riportare la riflessione di T. ASCARELLI – A. MIGNOLI, *Lecture per un corso di diritto commerciale comparato*, cit., 54, con riferimento al ruolo e all'importanza del diritto comparato: “facendoci comprendere gli altri il diritto comparato ci aiuta a comprendere noi stessi, né è erroneo paragonare la sua funzione a quella dei viaggi, nei quali pure il mito ci addita il cammino per la maturazione della personalità e la conquista di una compiuta esperienza. Lo studio comparativo del diritto trova appunto la sua costante ed effettiva giustificazione nell'umana sete di conoscere ed offre così l'utilità [...] di aiutarci a comprendere noi stessi nel mondo, collocando nella giusta prospettiva problemi e rendendoci conto del loro porsi, per prepararci ad operare”.

ed assimilati all'interno dei vari Paesi in maniera equivalente ed indistinguibile ma, piuttosto, significa essere consapevoli della necessità di elaborare una dogmatica giuridica quanto più uniforme, che sia atta a rispondere alle concrete esigenze sorte dalla prassi e ad agevolare e favorire lo scambio e il dialogo giuridico, quali presupposti necessari per lo sviluppo e l'espansione del traffico economico⁶⁷⁵. Significa, inoltre, utilizzare il metodo comparatistico come strumento idoneo, in un primo momento, alla rilevazione delle questioni comuni a più ordinamenti giuridici e, quindi, alla loro risoluzione, considerando la validità e la compatibilità delle soluzioni adottate in altri sistemi giuridici, le quali possono sovente indicare una nuova strada da percorrere nell'analisi di un particolare problema ovvero talvolta essere direttamente impiegate all'interno dell'ordinamento interno⁶⁷⁶.

All'interprete, pertanto, è sempre più richiesto di assumere un atteggiamento “rivolto al futuro”⁶⁷⁷ dal momento che, una volta presa consapevolezza delle differenze dogmatico-concettuali esistenti nei vari ordinamenti, si deve “gettare il cuore oltre l'ostacolo”, nel tentativo di formulare una proposta all'ipotesi di lavoro che tenga conto della inevitabile contaminazione tra modelli e sistemi giuridici

⁶⁷⁵ Molto critico si dimostra nei confronti di una tale tendenza N. IRTI, *Diritto europeo e tecnologia*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, 3, quando afferma: “Il diritto europeo è diritto di uno «spazio senza frontiere interne» cioè di uno spazio, sovrastante i territori dei singoli Stati, nel quale si attua e si svolge l'odierno capitalismo. [...] L'uniformità è strumento indispensabile del capitalismo: cioè, la forma ripetitiva e anonima, sciolta dall'identità di luoghi e di soggetti, suscettibile di essere adoperata ovunque e da chiunque. [...] Il cosmopolitismo umanitario consola gli animi smarriti nella vastità dei mercati”. Quello cui sembra fare riferimento Irti sembra piuttosto il diritto comunitario, e non il diritto comune europeo: si veda, ad esempio, in maniera analoga, l'analisi di A. SOMMA, *Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 2008, 1130 ss., dove il diritto comune europeo è contrapposto, in un'ottica critica, al diritto comunitario. A differenza del secondo, infatti, il primo “mira a formulare norme di carattere imperativo avendo in mente la giustizia distributiva, più che la giustizia commutativa: la giustizia sociale, più che la giustizia contrattuale”. Ecco perché a differenza del diritto europeo *tout court* o diritto comunitario, al contrario “il diritto comune europeo, coordinato con il patrimonio costituzionale europeo, prende in considerazione le *chances* individuali dei consociati all'interno del meccanismo di mercato. [...] E il mercato viene visto nella sua essenza di strumento di redistribuzione della ricchezza, da conformare in funzione della possibilità di accedere alle risorse contemplate dal sistema dei diritti sociali e non dalla sua sopravvivenza” (*ivi*, 1131).

⁶⁷⁶ È significativo rilevare come negli ultimi anni anche in un sistema piuttosto ostile al ricorso del metodo comparatistico e all'apertura verso altri modelli giuridici quale il sistema di *common law*, stia dimostrando sempre maggiore interesse e attenzione verso il confronto comparatistico: a titolo esemplificativo, si pensi al famoso caso *Mc Farlane (MCFARLANE v. TAYSIDE, HEALTH BORAD (SCOTLAND) [2002], A.C. 728*, relativo al tema del risarcimento dei danni richiesto dai genitori di un bambino nato sano sebbene nato contro la volontà dei genitori, a causa di uno negligente trattamento contraccettivo. La pronuncia è degna di nota poiché la decisione (in senso negativo al risarcimento) del caso concreto viene giustificata sulla base del confronto con le soluzioni adottate, sul medesimo tema, in altri ordinamenti europei; come è stato osservato dai commentatori, nella sentenza “si afferma espressamente che la funzione del diritto comparato è quella di offrire soluzioni diverse, da soppesare nel processo di formazione dell'opinione del giudice, ma è soltanto uno degli esempi della spinta del diritto comparato alla *judicial cross fertilization*” (A. MIRANDA, *Modernità del pensiero giuridico di G. Criscuoli e Diritto comparato*, III, Torino 2015, 20). Dello stesso parere anche H. STOLL, *La rilevanza normativa della comparazione in un sistema privatistico codificato*, in *Annuario di diritto tedesco (2004)*, a cura di S. Patti, Milano 2006, 20 ss.

⁶⁷⁷ C. CASTRONOVO, *Verso un codice europeo*, cit., 34.

nonché della loro naturale tendenza verso soluzioni uniformi in conseguenza della globalizzazione, ossia di “una realtà che, almeno nel mondo occidentale, si fa sempre più uniforme”⁶⁷⁸. Tenendo sempre a mente l'avvertimento di un grande Autore: “Le categorie giuridiche e i relativi concetti possono anche essere oggetto di storia, come tutte le creazioni dell'intelletto, ma non si deve perdere di vista che essi non sono valori universali ma strumenti di conoscenza di una realtà sociale alla quale si devono adeguare e intimamente aderire”⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ C. CASTRONOVO, *Verso un codice europeo*, cit., 34.

⁶⁷⁹ R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 907.

BIBLIOGRAFIA

VOLUMI E RIVISTE

- AALBERTS R.J., *Real Estate Law*, VIII ed., Cengage Learning, Boston 2011;
- ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003;
- ALBANESE A. – CALVO R. – CAPOBIANCO E. – D'AMICO G., *Rivisitazione delle regole di common law contro le penali: un punto di vista americano su CavendishSquare e ParkEye Ltd*, in *Annuario del contratto 2015*, Torino 2016;
- ALPA G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1971;
- ANCEL M., *Utilità e metodi del diritto comparato. Elementi di introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Napoli 1974;
- ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1952;
- ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale*, III ed., Milano 1962;
- ASCARELLI T. – MIGNOLI A., *Lecture per un corso di diritto commerciale comprato: estratto per gli studenti*, Milano 2007;
- ASTONE F., *Sulla rilevanza dei precedenti extratestuali nella nostra esperienza giurisprudenziale: un caso in materia di estoppel, responsabilità precontrattuale e promesse unilaterali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano 2008;
- ASTONE F., *Venire contra factum proprium*, Napoli 2006;
- ASTUTI G., voce *Contratto (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961;
- ATIYAH P.S., *Form and substance in Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1988;
- AUBRY C. – RAU C., *Droit civil français*, VI ed., par P. Esmien, Parigi 1961;
- AZZALINI M., *Impossibilità ed inesigibilità nel debito di genere*, Milano 2011;
- BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino 2002;
- BARRET O., *La promesse de vente*, in *Répertoire de droit civil*, 2011;
- BAUDRY-LACANTINERIE G. – L. SAIGNAT L., *Della vendita e della permuta*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, XIX, trad. it. Milano 1924;
- BAVETTA G., *La caparra*, Milano, 1963;
- BEHAR-TOUCHAIS M., *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Parigi, Economica 2001;
- BELLANTE M., *Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite*

immobiliari mediante agenzia, in *Rass. dir. civ.*, 2010;

BELLANTE M., *La caparra*, Milano 2008;

BELLOMIA V., *La responsabilità precontrattuale, tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, Milano 2012;

BELLOMO M., voce *Caparra (dir. inter.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960;

BELTRAMO S., *The Italian Civil Code*, Dobbs Ferry, N.Y. 2005;

BENAC-SCHMIDT F., *Le contrat de promesse unilaterale de vente*, Parigi 1983;

BENATTI F., *Culpa in contrahendo*, in *Contr. Imp.*, 1987;

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1961;

BENATTI F., *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960;

BENEDETTO M.A., voce *Vendita (diritto intermedio)*, in *Noviss. dig. disc. priv.*, sez. civ., X, Torino 1975;

BENET A., *Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n. 7, 11 février 1987;

BERNARDINI M., *Proposte e preliminare di contratto nei modelli dei mediatori*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, I, Torino 1995;

BESSONE M., *Mercato, democrazia economica, tutela dei consumatori – Quale “consumerism”?*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1983;

BESSONE M., *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972;

BETTI E., *Diritto romano*, I, Padova 1935;

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni. I. Prolegomeni*, Milano 1953;

BEYNEIX I., *La négociation des contrats*, in *RTD Com. 2016*;

BIANCA C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2014;

BIANCA C.M., *Diritto civile. 3. Il contratto*, II ed., Milano 2002;

BIANCA C.M., *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano 1994;

BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1985;

BIGLIAZZI-GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino 1988;

BIGLIAZZI GERI L. - BRECCIA U. - BUSNELLI F.D. - NATOLI U., *Diritto civile, Fatti e atti giuridici*, II, Torino 1989;

BIQUEZ C., *La promesse de vente de fonds de commerce*, Le Havre 1958;

BLANDINI M. - DE COSTANZO M., *La mediazione nella giurisprudenza*, Milano 2007;

BORRÉ G., *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli 1966;

BOYER L., *La clause de dédit*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Parigi 1985;

BOYER L., *Le astringentes nel diritto francese*, in *Jus*, 1954;

BOZZI A., voce *Caparra*, in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino 1937;

BRECCIA U., *Causa*, in *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino 1999;

BRECCIA U., *Immagini del diritto privato*, I, Milano 2013;

BRIZZOLARI V., *Il preliminare di preliminare: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 6, 2015;

BUCKLAND W.W., *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1932;

BURDESE A., voce *Vendita (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino 1957;

BURN E.H. – CARTWRIGHT J., *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, XVIII ed., Oxford University Press 2011;

BURROWS A., *A restatement of the English law of contract*, Oxford University Press, 2016;

CALVO R., *Il contratto preliminare*, in *Codice Civile. Commentario*, Milano 2016;

CANTARELLA E., voce *Vendita (diritto greco)*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975;

CARAVAGLIOS R., *Il contratto per persona da nominare*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Milano 2012;

CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations*, 4, Parigi 1995;

CARENA C.M., voce *Estoppel*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino 1992;

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico*, Napoli, 1949;

CARNELUTTI F., *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1916;

CARNELUTTI F., *Funzione della caparra nel contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1923;

CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova 1938;

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma 1951;

CARRARA G., *La formazione dei contratti*, Milano 1915;

CARRATTA A. – MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, III, *L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato, la mediazione e la*

negoziata assistita, XII ed., Torino 2015;

CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986;

CASTRONOVO C., *La Cassazione supera se stessa*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2012;

CASTRONOVO C., *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986;

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano 2006;

CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, I, 2011;

CASTRONOVO C., *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano 2007;

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Jus*, 1976;

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa e dir. priv.*, I, 1998;

CASTRONOVO C., *Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2007;

CASTRONOVO C., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, II, 2009;

CASTRONOVO C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010;

CASTRONOVO C., *Verso un codice europeo: i Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, in *Vita not.*, I, 2004;

CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, II Milano 2007;

CATAUDELLA A., *I Contratti. Parte generale*, Torino 1990;

CATTANEO G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1971;

CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano 1982;

CECCHI P., *Efficacia, condizione e termine, esecuzione, penale e caparra*, in *Commentario Cendon*, XXV, Torino 2000;

CENNI D., *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova 1998;

CERUTTI G., *Gli strumenti di garanzia dei pagamenti nei contratti*, in *I contratti di acquisizione di società e di aziende*, a cura di C. Monesi – U. Draetta, Milano 2007;

CHERTI S., *La risoluzione mediante caparra*, Padova 2012;

CHESSA C. – DE GIOIA CARABELLESE P., *Le missive nel sistema giuridico*

scozzese e la caparra confirmatoria nella contrattazione preliminare in Italia: riflessioni diacroniche e comparatistiche, in *Contratto e impresa - Europa*, 2, 2013;

CHIANALE A., voce *Contratto preliminare in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino 1989;

CHIANALE A., *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, I, 1987;

CHITTY J., *Chitty on contracts: general principles*, Sweet and Maxwell 2012;

CICERO C., voce *Formalismo (Rinascita del)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., V, Torino 2010;

CICERO C., *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto "a tutele crescenti"*, in *Riv. not.*, I, 2015;

CICERO C., *Le obbligazioni: I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, VIII, diretto da M. Bessone, Torino 2013;

CIMINO A., *La clausola generale di buona fede nell'esperienza francese*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1995;

CITARELLA V., *La penale esigua e l'equità del contratto*, Torino 2016;

CLARIZIA R., *La libertà di forma in civil law e in common law. Il contratto telematico*, in *Riv. not.*, 6, 1998;

COLAGROSSO E., *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, II, Roma 1946;

COLIN A. – CAPITANT H., *Traité de droit civil par L. Julliot de la Morandière*, II, *Obligations. Droits réels principaux*, Parigi 1959;

COLLART DUTILLEUL M., *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988;

COPPO L., *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code Civil: l'Ordonnance 2016 n. 131 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2016;

CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino 2006;

CORNU G., v° «Arrhes», in *Vocabulaire juridique Capitant*, VIII ed., P.U.F., Parigi 2007;

CORNU G., v° «Confirmation», in *Vocabulaire juridique Capitant*, VIII ed., PUF 2007;

CORNU G., v° «Indemnité», in *Vocabulaire juridique Capitant*, P.U.F., Parigi 1990;

COTTINO G., *Diritto commerciale*, I, II ed., Padova 1986;

CRISCUOLI G., *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984;

CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padova 1990;

D'AMICO G., *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2016;

D'AVANZO W., voce *Caparra*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino 1958;

DE ANDRÈ, *Le clausole relative al prezzo*, in AA.VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano 1990;

DE BISSY A., *L'indemnité d'immobilisation*, in *RDI*, 2000;

DE CASAMASSIMI V., *Contrattazione immobiliare e "preliminare di preliminare"*, in *Dir. e giust.*, 2004;

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II ed., Milano 1966;

DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, voce "Escrow", Milano 1984;

DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico inglese-italiano*, voce "Estoppel", Milano 1989;

DE LUCA M., *La caparra, I contratti in generale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, VIII, Torino 2000;

DE LUCA N., *Estinzione della fideiussione ex art. 1955 c.c. e ritardo sleale nell'esercizio del diritto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 5, 2001;

DE NOVA G., voce *Caparra*, in *Dig. civ.*, II, Torino 1988;

DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge tra le parti*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994;

DE NOVA G., *The Sale and Purchase agreement*, Milano 2011;

DE PALMA A., *La (in)compatibilità della domanda giudiziale di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) con i vari modi di risoluzione del contratto, diversi dal recesso, ex art. 1385, comma 2, c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II;

DE ROSA R., *L'analisi funzionale della forma*, Milano 2011;

DE STEFANO R., *Il problema del diritto non naturale*, Milano 1955;

DE VANNA G., *Formazione del contratto*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale*, a cura di U. Patroni Griffi, Milano 2012;

DALMARTELLO A., *La consegna della cosa*, Milano 1950;

DALMARTELLO A. – PORTALE G.B., voce *Deposito*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964;

DELLACASA M., *La caparra confirmatoria*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi-2*, a cura di V. Roppo, Milano 2006;

DI CHIO G., voce *Mediazione e mediatori*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IX, Torino 1993;

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*,

1984;

DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999;

DI MAJO A., *Vincoli, unilaterali e bilaterali, nella formazione del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino 1997;

DI SABATO F., *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1959;

DI SALVO C., *Clausola penale ed istituti affini. Osservazioni sullo "stato di bisogno" di cui all'art. 1448 c.c.*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1952, 2;

DISTASO N., *I contratti in generale*, II, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino 1980;

DIURNI A. – HENRICH D., *Percorsi europei di diritto privato comparato*, Milano 2006;

DIURNI G. – PECORELLA C., voce *Vendita (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano 1993;

DJOUDI J., «*Arrhes*», in *Répertoire de droit civil Dalloz*, Parigi 2008;

DONATI A., *L'esperienza legislativa francese sulla vendita immobiliare*, in *Diritto Privato 1995*, Padova 1995;

DONZELLA CAMPANA A., *La responsabilità del mediatore in ipotesi di intermediazione immobiliare*, in *Vita not.*, I, 2000;

DRAETTA U., *Il diritto dei contratti internazionali*, I, *La formazione dei contratti*, Padova 1984;

ELLIOTT C. – QUINN F., *Contract Law*, Pearson 2007;

EREDE S., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e di M. De Andrè, Milano 1990;

EROLI M., *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1997;

FABRE-MAGNAN M., *De l'incostitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente, dernière palidoire avant l'adoption du projet de réforme de droit des contrat*, in *Receuil Dalloz*, 16 avril 2015;

FABRIS P., *Mandato di Escrow Agent*, in *Contratti*, 8-9, 2003;

FAGGELLA G., *Dei periodi precontrattuali e della loro vera esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, III, Napoli 1906;

FAGGELLA G., *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. giur.*, 1909;

FAGGELLA G., *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma 1918,

FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, VI ed., a cura di S. Colloca e A. Olivari, Milano 2008;

FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna 1970;

FAURE-ABBAD M., *L'impacte des règles de conclusion des contrats*, in *RDI*, 2016;

FAUVARQUE-COSSON B., *L'estoppel du droit anglais*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, a cura di M. Behar-Touchais, Parigi, Economica, 2001;

FAUVARQUE-COSSON B. – MAZEAUD H., *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations: perspectives internes et européennes*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore. Atti del Convegno (Pisa, 25-26 maggio 2007)*, a cura di E. Navarretta, Milano 2008;

FAVALE R., *Opzione. Art. 1331*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano 2009;

FERRARA A., *Appunti sulla caparra*, in *Dir. e giur.*, 1957;

FERRARIS E., *La buona fede negli orientamenti della giurisprudenza inglese*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1955;

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966;

FERRI G.B., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1969;

FERRI G.B., *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadr.*, I, 1987;

FERRI G.B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1964;

FERRI G.B., *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2002;

FERRI G.B., *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994;

FERRI G.B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1986;

FESTI F., *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano 2007;

FLOUR J. – AUBERT L. – SAVAUX E., *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, XIV ed., Sirey 2010;

FORCHIELLI P., *I contratti reali*, Milano 1952;

FRAGALI M., *Disposizioni preliminari*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Libro delle obbligazioni, 1, Firenze 1948;

FRANCESCHELLI V., *Diritto privato*, Milano 2015;

FRANCESCHINI B., *La compravendita di immobili da costruire in Francia: ruolo del notaio francese e spunti per il notariato italiano*, in *Imm. Proprietà*, 9, 2008;

FRANCIOSI G., *Corso storico istituzionale di diritto romano*, Torino 2014;

FRANCISOT T., *Controverse sur la promesse unilatérale de contrat après la réforme du 10 février 2016*, in *AJ Contrat* 2016;

FRIEDMAN L.M., *A history of American Law*, Simon & Schuster 1985;

FRIGNANI A., *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1981;

FUSARO A., *Il deposito del prezzo presso il notaio in prospettiva comparatistica tra escrow account e conti fiduciari*, in *Annuario del contratto 2014*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino 2015;

FUSARO A., *La clausola di escrow account*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015;

FUSARO A., *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1985;

GABBA P., *Della caparra in diritto italiano*, Città di Castello-Milano-Roma-Napoli 1927;

GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, *Riv. dir. civ.*, 2003, I;

GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II ed., Milano 2006;

GABRIELLI E., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1974;

GABRIELLI G., *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Quaderni del Notariato*, Milano 1995;

GAGLIARDI L., *Prospettive in tema di origine della compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Milano 2007;

GALASSO A. - GALASSO G., voce *Deposito*, *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino 1989;

GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di F. Galgano, Libro quarto – Obbligazioni, (artt. 1372-1405)*, Bologna-Roma 1993;

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova 2004;

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, II ed., Milano 2002;

GALLO F., *Bona fides e jus gentium*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del convegno in onore di*

Antonio Burdese), II, Padova 2003;

GALGANO F., *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. Imp.*, 2008;

GALGANO F., *Sub artt. 1372-1386 effetti del contratto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993;

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, Padova 2009;

GALGANO F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, V, II, 1, Padova 2014;

GALLO A., *Trattative precontrattuali e perfezionamento del contratto*, in *Giur. compl. cass. civ.*, II, 1954;

GALLO P., *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042 in Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano 2003;

GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002;

GALLO P., *Il contratto*, Torino 2017;

GALLO P., *Introduzione al diritto comparato*, II, Torino 1998;

GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004;

GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004;

GAROFALO L., *Sull'eccezione di dolo*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica: Nuovi saggi*, Torino 2016;

GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, III ed., Torino 2010;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli 2007;

GENTILI, A. *Il diritto come discorso*, Milano 2013;

GENTILI A., *Le fonti del diritto privato e l'interpretazione*, in *Manuale del diritto privato*, a cura di S. Mazzamuto, Torino 2016;

GHESTIN J., *La formation du contrat*, in *Traité de droit civil*, III ed., Parigi 1993;

GHESTIN J. – DESCHÉ B., *La vente*, in *Traité des contrats, sous la direction de Jacques Ghestin*, Parigi 1990;

GHIRON M., *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di D'Amelio e Finzi, I, Firenze, 1948;

GIACOBBE E., *Il contratto di mediazione*, in *Trattato di diritto privato*, XIV, Torino 2015;

GIAMMARINO E., *Ritenzione della caparra confirmatoria e domanda di risarcimento dei danni secondo le regole generali*, nota a Cass. 4 marzo 2005, n. 4777, in *Contratti*, 2006;

GIAMPICCOLO G., *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G.

Grosso e F. Santoro-Passarelli, V, Napoli 1974;

GIAMPIERI A., *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale. III. I requisiti del contratto*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Torino 1991;

GIFFARD A.E. – VILLERS R., *Droit romain et ancien droit français. Les obligations*, Parigi 1958;

GILLIES P., *Business Law*, XII ed., The Federation Press 2004;

GIORGIANNI M., *Appunti sulle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965;

GIORGIANNI M., voce *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960;

GIORGIANNI M., voce *La forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968;

GIORGIANNI M., *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano 2009;

GLOAG W.M. – HENDERSON R., *The law of Scotland*, Edinburgh 2007;

GORDON W.M., *Roman Law in Scotland*, in R. Evans-Jones, *The civil law tradition in Scotland*, Edinburgh 1995;

GORDON W.M., *Sale*, in *A history of private law in Scotland. Obligations*, II, a cura di K. Reid e R. Zimmermann, Oxford 2001;

GORGONI M., sub art. 1385, *Caparra confirmatoria*, in *Commentario del Codice civile*, (diretto da E. Gabrielli), *Dei contratti in generale*, II, a cura di E. Navarretta e G. Orestano, Torino 2011;

GORLA G., voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964;

GORLA G., *Il contratto*, Milano 1955;

GRASSETTI G., voce *Clausola (clausola del negozio)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960

GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1937;

GRETTON G.L. – REID K.G.C., *Conveyancing*, Edinburgh 1993;

GRISI G., *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli 2012;

GROSSO G., voce *Contratto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961;

GUERINONI E., *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano 2007;

HUET J., *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin*, Parigi 1996;

IRTI N., *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*,

in *La forma degli atti nel diritto privato - Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli 1988;

IRTI N., *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006;

IRTI N., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano 1985;

IRTI N., *Notazioni esegetiche sulla veduta a domicilio dei valori mobiliari*, in *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano 1986;

IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova 1997;

JANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo. III. L'attività e il contratto*, a cura di N. Lipari, III, Padova 2003;

JENNINGS M., *Real Estate Law*, Cengage Learning, Stamford 2007;

KARP J. – KLAYMAN E. – GIBSON F., *Real Estate Law*, Dearborn Real Estate, Chicago 2003;

KOFANOV L., *Diritto commerciale nella Lex Rhodia, la dottrina dei contratti consensuali*, in *Scritti di comparazione e di storia giuridica. II. Ricordando Giovanni Criscuoli*, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino 2013;

KÖTZ H. – PATTI S., *Diritto europeo dei contratti*, Milano 2006;

LA TORRE A., *Diritto civile e codificazione*, Milano 2006;

LANCIANI A., *Il prezzo (modalità, aggiustamenti, garanzie del pagamento dilazionato)*, in *Le acquisizioni societarie*, in AA.VV., V ed., Bologna 2015;

LECLERC F., *Droit des contrats spéciaux*, II ed., LGDJ, Parigi 2012;

LEPOINTE G. - MONNIER R., *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey 1954;

LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano 1996;

LENER R., *Note sul neoformalismo negoziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1990,

LEVY J.Ph. – CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, II ed., Dalloz 2010;

LISERRE A. - JARACH A., *Forma*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Mario Bessone, XIII, t. III, Torino 1999;

LISERRE A., voce *Forma degli atti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma 1989;

LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, Milano 1966;

LISERRE A., *La forma in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, t. III, Torino 1999;

LOI M.L. - TESSITORE F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano 1975;

LOI P., *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Milano 2017;

LUCIANI A.M., *Escrow*, in *Contr. e imp.*, 2005;

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, I, VIII ed., Milano 2015;

LUMINOSO A., *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, II ed., Milano 2006;

MCAULEY M., *One thousand years of arra*, McGill Law Journal 1977;

MACKENZIE J.A., *Textbook on Land Law*, Oxford University Press 2016;

MACKINTOSH J., *The Roman Law of Sale*, Edinburgh 1982;

MAFFEIS D., *Forma ad substantiam, gestione di affari e divieto di venire contro il fatto proprio*, in *Giust. civ.*, I, 2005;

MALAGUTI L., *Rilievi, nell'ottica del proponente l'acquisto, su alcune clausole contenute nelle c.d. "proposte di acquisto"*, in *Riv. not.*, 1-2, 1994;

MALAURIE P. – AYNÈS L. – GAUTIER P.Y., *Les contrats spéciaux*, VII ed., LGDJ, 2014;

MALAURIE P. – AYNÈS L. – STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations*, VI ed., LGDJ, 2013;

MALINCONICO A., *Responsabilità precontrattuale e caparra confirmatoria*, in *Nuovo diritto*, 1968;

MANFREDINI A.D., *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Torino 2007;

MANZINI A., *L'acquisizione di partecipazioni sociali*, in *Manuale delle acquisizioni di imprese*, a cura di A. Motta, Milano 2003,

MARINI M., *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II;

MARTINETTI C., *Le "garanzie" delle garanzie e le clausole indennitarie*, in AA.VV., *Le acquisizioni societarie*, a cura di M. Irrera, Bologna 2011;

MARTINO P., *Common law v. civil law: Ranulf de Glanville e il rinascimento della cultura giuridica europea del secolo XII*, in *Common law: protagonisti e idee nella storia di un sistema giuridico (studi in memoria di Francesco De Franchis)*, a cura di A. Torre, Milano 2015;

MASTROPAOLO F., *Accordo e consegna nei contratti reali*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994;

MASTROPAOLO F., *I contratti reali*, Torino 1999;

MASUCCI S.T., *La forma del contratto*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova 2003;

MATTEI U., *Il modello di common law*, IV ed., Torino 2014;

MATTIANGELI D., *Il problema della consensualità nel contratto di compravendita romano e la sua recezione nei moderni ordinamenti europei*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (RIDA), LIX, Bruxelles 2012;

MAZEAUD D., *La confiance légitime et l'estoppel*, in *R.I.D.C.* 2-2006;

MAZEAUD D., *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillé*, in *Dr. et patrimoine*, juillet-août 1996;

MAZEAUD H. – MAZEAUD L. – MAZEAUD J. – CHABAS F., *Leçons de droit civil. Principaux Contrats: vente et échange*, III, 2, VII ed., Parigi 1979;

MAZEAUD H. – MAZEAUD L. – MAZEAUD J. – CHABAS F., *Leçons de droit civil, Obligations. Théorie générale*, II, 1, VII ed. a cura di F. Chabas, Parigi 1998;

MAZZAMUTO S., *Il problema della forma nei contratti di intermediazione immobiliare*, in *Contr. Imp.*, I, 1994;

MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2009;

MAZZARESE M. - TARDIA I., *Caparra. Artt. 1385-1386*, in *Il Codice Civile – Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano 2016;

MELI M., *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa e dir. priv.*, I, 2008;

MENGONI L., *Ancora in tema di pagamento al falsus procurator*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1953;

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997;

MENGONI L., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto. Atti del Convegno linceo, Roma, 27-29 maggio 1991*, Roma 1992;

MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano 1998;

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956;

MEOGROSSI G., *Differenze tra caparra e acconto con cenni a problemi di notifica*, in *Nuovo dir.*, 1992;

MERUZZI G., *La quantificazione dell'interesse contrattuale negativo nella responsabilità in contrahendo ex art. 1338 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2005;

MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova 2002;

MESSINA M., *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Torino 2004;

MESSINEO G., voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961;

MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto (artt. 1321-1469 cod. civ.)*, III ed., Milano 1952;

MIGNOT M., *Promesse de vente avec arrhes*, in *JuriClasseur 2010*;

MINERVINI E., *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, II, 1987;

MINNITI G.F., *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadr.*, 1993;

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* a cura di magistrati e docenti, libro IV, tomo II, Torino 1967;

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, Torino 1980;

MIRANDA A., *Modernità del pensiero giuridico di G. Criscuoli e Diritto comparato*, III, Torino 2015;

MITCHELL C. – MITCHELL P., *Landmark cases in the law of contract*, Bloomsbury Publishing 2008;

MOCCIA L., *Il modello inglese di proprietà*, in G. ALPA, M.J. BONELL, D. CORAPI D., L. MOCCIA L., ZENO-ZENCOVICH V., A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari 2012;

MODICA L., *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano 2008;

MONATERI P.G., *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano 2008;

MONATERI P.G. – SACCO R., voce *Contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino 1988;

MONATERI P.G., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003;

MORANDIE., *Trasferimenti immobiliari: procedimenti, prassi e costi negli U.S.A.*, in *Studi e materiali del consiglio Nazionale del Notariato*, 1, Milano 2005;

MORELATO E., *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova 2006;

MUIR WATT H., *Rapport de synthèse*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Parigi, Economica 2001;

MURRAY J.E. JR. - MURRAY T., *Corbyn on Contract Desk Edition*, 2017 Edition, LexisNexis Edition 2017;

MUSTARI M., *Il lungo viaggio verso la realtà. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano 2007;

MUSY A.M., voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig.*

disc. priv. sez. civ., XVII rist., Torino 2002;

NAJJAR I., *La sanction de la promesse de contrat. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, in *Recueil Dalloz* 2016;

NANNI L., *Buona fede contrattuale*, Padova 1988;

NAPOLI G.E., *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2010;

NAPOLI G.E., *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015;

NATOLI U., *I contratti reali*, Milano 1975;

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, 1, Milano 1974;

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961;

NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria sull'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958;

NAVARRETTA E., *Le ragioni della causa e i problemi dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, II, 2003;

NAVARRINI U., *Trattato elementare di diritto commerciale*, I, Torino 1937;

NICOLÒ R., voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964;

OPPO G., *Codice civile e diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993;

ORMANNI A., voce *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino 1957;

OSTI G., voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino 1968;

OSTI G., voce *Forma (negli atti)*, in *Diz. prat.*, III, pt. 1, Milano 1923;

PAGLIANTINI S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Padova 2006;

PAGLIANTINI S., *Della forma del contratto*, in *Comm. Gabrielli, I contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e G. Orestano, Torino 2011;

PAGLIANTINI S., *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, CXVI, I, 2004;

PALADINI M., *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino 2013;

PALAZZO A., *Forma negoziale tra polemiche e realtà*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano 1994;

PALMIERI A., *Le clausole abusive e l'inibitoria: verso una riallocazione (ma a quale prezzo) dei rischi nei contratti di massa*, in *Foro it.*, 2000, I;

PANFORTI M.D., *La vendita immobiliare nel sistema inglese. Storia di un*

problema nell'analisi comparativa, Milano 1992;

PANZARINI E., *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, I, Torino 1995;

PARDOLESI P., *Seminari di diritto privato comparato*, Bari 2011;

PATTI F.P., voce *Caparra (diritto comparato)*, in *Digesto disc. priv., sez. civ., Agg.*, diretto da R. Sacco, Torino 2014;

PATTI S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2012;

PERFETTI U., *La conclusione del contratto. Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni, Milano 2016;

PERLINGERI P. - DONISI C., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, estratto da *Manuale di diritto civile*, VII ed., Napoli 2014;

PERLINGIERI P., *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987;

PERLINGIERI P., *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia*, in *La forma degli atti del diritto privato*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli 1988;

PETRULLI M. – RUBINO F., *Il trust: nozione giuridica e operatività del sistema italiano*, Milano 2006;

PEZZANA A., voce *Caparra (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960;

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova 1990;

PIETROBON V., *Il dovere generale di buona fede*, Padova 1969;

PIKIS G.M., *An analysis of the English Common Law, principles of equity and their application in a British former colony, Cyprus*, BRILL 2016;

PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Milano 2015;

PIRAINO F., *La liceità e la correttezza*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, a cura di R. Panetta, Milano 2005;

PISANI C., *Versamento di fondi e preliminare di vendita. Il ruolo del notaio nel sistema francese*, in *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive. Atti del convegno*, Milano 2007;

PISAPIA A., *Compravendita di immobile e comportamento delle parti in pendenza della condizione*, in *Contratti*, 4, 2009;

PLANIOL M. – RIPERT B., *Contrats civils*, in *Traité pratique de droit civil*, 10, II, Parigi 1932;

POLASTRI MENNI M., *Se la caparra confirmatoria sia suscettibile di riduzione equitativa da parte del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965;

PONTI L. – MASETTI M., *La vendita garantita delle partecipazioni sociali*, Padova 1997;

POOLE J., *Casebook on contract law*, Oxford University Press, 2016;

POWELL R., *Good Faith in Contracts*, in *Current Legal Problems*, IX, Stevens and Sons, 1956;

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Contratto e trasferimento della proprietà immobiliare*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino 2014;

PROSPERI O., *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1976;

PROTETTI E., *Clausola penale e caparra*, in *Enc. forense*, II, Milano 1958;

PROVAGGI G., *Agency escrow*, in AA.VV. *Fiducia, trust, mandato e agency*, *Convegni di Studio di Madonna di Campiglio, Quaderno n. 2*, Milano 1991;

PROVERBIO D., *Le clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano 2000;

PUGLIATTI S., *La trascrizione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano 2011;

PUGLIESE G. – SITZIA F. – VACCAL., *Istituzioni di diritto romano*, Torino 2012;

PRINGSHEIM F., *The greek law of sale*, Weimar 1950;

RABITTI M., *Art. 1418. Cause di nullità del contratto*, in *Dei contratti in generale, Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, a cura di E. Navarretta - A. Orestano, Torino 2012;

RADBRUCH G., *Lo spirito del diritto inglese*, Milano 1962;

RANIERI F., *Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou de venire contra factum proprium dans les droit allemand et suisse et sa diffusion en Europe*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, a cura di M. Behar-Touchais, Parigi, Economica, 2001;

RASI S.A., *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1974;

RAVAZZONI A., *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Quaderni di Notariato*, Milano 1995;

RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, Milano 1966;

REALMONTE F., *Introduzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, Milano 1996;

REDOUIN J., *Les arrhes en droit français*, Parigi 1935;

REILLY J.W., *The Language of Real Estate*, Dearborn Financial Publishing, V ed., 2000;

RESCIGNO, P. *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale: analisi di una prassi immobiliare*, in *Quaderni del Notariato*, Milano 1995;

RESCIGNO P., *Presentazione a A. Negri, Il recupero dell'atto nullo mediante*

esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano, Napoli 1981;

RESCIGNO P., “*Trasparenza*” *bancaria e “diritto comune” dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1990;

RESTIVO C., *Contributo a una teoria dell'abuso del diritto*, Milano 2007;

RICCIUTO V., *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, II ed., Torino 2006;

ROBLEDA O., *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma 1979;

ROCCA M., *Conoscenza e conoscibilità dell'errore. Il danno emergente e il problema del lucro cessante nella responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2005;

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1965;

ROLFI F., *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti delle obbligazioni*, in *Giur. mer.*, 4, 2007;

ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova 2008;

ROMANO SALV., voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1969;

ROPPO V., voce *Contratto, II, Formazione del contratto*, in *Enc. giur.*, IX, Roma 1988;

ROPPO V., *Contratti standard*, Milano 1975;

ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica – P. Zatti, Milano 2001;

ROPPO V., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 2005;

ROTONDI M., voce *Diritto comparato*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino 1960;

ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, Torino 2000;

ROVELLI L., *Responsabilità precontrattuale in caso di mancata conclusione del contratto, Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, II, Torino 2000;

RUBINO L., *La fattispecie e gli effetti del preliminare*, Milano 1939;

RUPERTO C., *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro IV. Delle Obbligazioni (artt. 1362-1424)*, a cura di R. Sgroi, Milano 2011;

SACCO R., *Causa e consegna nella conclusione del mutuo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, I;

SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, I, Torino 1993;

SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, V ed., Torino 1992;

SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, t. 2, III ed., Torino 1999;

SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, IV ed., Milano 2016;

SALAFIA V., *Brevi considerazioni in tema di responsabilità aquiliana per lesione del credito derivante dalla trattativa contrattuale*, in *Mon. trib.*, 1972;

SANGIOVANNI V., *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Contratti*, 2, 2013;

SANTAGATA M.A., *Osservazioni in tema di recesso dalle trattative*, in *Giur. merito*, I, 1973;

SANTORO – PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1959;

SARFATTI M., *Influenza reciproca del diritto romano e del diritto anglosassone*, in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, III, Padova 1938;

SAVIGNY C.F., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. ital. di V. SCIALOJA, III, Torino 1988;

SCALISI V., *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano 1974;

SCEVOLA A., voce *Caparra*, in *Digesto italiano*, II, Torino 1888;

SCHMIDT J., *Note à Cass. 14 janvier 1987*, in *Rec. Dalloz*, Sirey, Jur., 1988;

SCHMIDT-SZALEWSKI J., *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, in *RTD civil*, 2000;

SCHMIDT-SZALEWSKI J., *La période contractuelle en droit français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2, 1990;

SCHUPTER DA CHIOGGIA F., *Il diritto delle obbligazioni*, Padova 1868;

SCIALOJA V., *Sull'art. 37 del cod. comm.*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1909;

SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960;

SCOGNAMIGLIO C., *L'interpretazione*, in E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, II ed., Torino 2006;

SCOGNAMIGLIO R., *Sub art. 1325 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna–Roma 1970;

SHARPLES J., *Supreme Court changes law relating to Liquidated Damages and Penalty Clauses*, in <http://www.stjohnschambers.co.uk/dashboard/wp-content/uploads/The-New-Law-of-Penalties1.pdf>;

SICA S., *Atti che devono farsi per iscritto: art. 1350*, in *Il Codice Civile: commentario, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli*, Milano 2003;

SIMONETTO E., *I contratti di credito*, Padova 1953;

SINCLAIR E. – STEWART A., *Conveyancing practice in Scotland*, Edinburgh 2011;

SLOSSBERG L.T., *The essentials of real estate law*, III ed., Cengage Learning,

Stamford, 2015;

SODDU A., *Forma e formazione del contratto, in particolare della vendita immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1969;

SOLIDORO MARUOTTI L. – PULIATTI S. – LOVATO A., *Diritto privato romano*, Torino 2017;

SOMMA A., *Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 2008;

STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1964;

STOLL H., *La rilevanza normativa della comparazione in un sistema privatistico codificato*, in *Annuario di diritto tedesco (2004)*, a cura di S. Patti, Milano 2006;

TABET A., *La locuzione-conduzione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXV, Milano 1972;

TALAMANCA M., voce *Arrha*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino 1957;

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990;

TALAMANCA M., *L'arra nella compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano, 1953;

TALAMANCA M., voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano 1993;

TASSINARI F., *Dalle proposte di acquisto al preliminare: analisi di una prassi immobiliare*, in *Quaderni del Notariato*, Milano 1995;

THOMPSON M. – GEORGE M., *Thompson's Modern Land Law*, Oxford University Press 2017;

TINA A., *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano 2007;

TORRASI F., *Caparra confirmatoria e rimedi per la parte non inadempiente*, in *Contratti*, 2009;

TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, XX ed., Milano 2015;

TREITEL G.H., *Remedies for the breach of the contract*, Oxford University Press 1976;

TRICLIN A., *La renaissance des arrhes (Analyse de l'article 3, alinéa 4, de la loi n. 92-60 du 18 janvier 1992)*, in *La semaine juridique Edition Générale n. 3*, 19 janvier 1994;

TRIMARCHI V.M., voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1960;

TRONCONE F., *Il diritto alla provvigione del mediatore immobiliare in caso di preliminare del preliminare. Brevi riflessioni a seguito di Cass. Civ, Sez. Un., 6*

marzo 2016, n. 4628, in *Studium Iuris*, 10, 2015;

TROPLONG M., *De la vente ou commentaire du titre IV du livre III de Code Napoléon*, I, V ed., Parigi 1856;

TURCO G., *Diritto civile*, I, Milano 2014;

TURCO G., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano 1990;

TURCO G., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007;

VAGNIL., *La promessa in Scozia. Per un percorso di diritto contrattuale europeo*, Milano 2008;

VECCHI P.M., *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino 1999;

VELLUZZI V., *Clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano 2010;

VENDITTI A., *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, I, 1954;

VIRGO G. – WORTHINGTON S., *Commercial remedies: resolving controversies*, Cambridge University Press 2017;

VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova 1972;

VIVANTE C., *Tratto di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, V ed., Torino 1926;

VITUCCI P., *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato - Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli 1988;

VITUCCI P., *I profili della conclusione del contratto*, Milano 1968;

VITUCCI P., *Impegni assunti con il mediatore e proposta contrattuale*, in *Vita not.*, 1994;

VON JHERING R., *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nullo o non giunti a perfezione*, traduzione dal tedesco e nota di lettura a cura di F. Procchi, Napoli 2005;

WADDAMS S.A., *Dimensions of Private Law: categories and concepts in Anglo-American legal reasoning*, Cambridge University Press 2003;

WAELEBROECK D., *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?*, in *The Global Competition Law Centre Working Papers Series - GCLC Working Paper 01/08*, Bruges 2008;

WHINCUP M.H., *Contract Law and Practice: the English system with Scottish, Commonwealth and continental comparisons*, in *Kluwer Law International*, 2006;

ZAGAMI P., *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e*

nell'ordinamento italiano, in *Trusts*, 2012;

ZHOU Y., *Principles of International Law. Foundation and principles of international law. Sources of international law. Law of treaties*, in *Encyclopedia of Public international law*, Elsevier 2014;

ZIMMERMANN R., *The law of obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996;

ZUCCONI A., *Il giusto motivo nel recesso dalle trattative*, in *Dir. giur.*, 1970;

ZWEIGERT K. – KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano 2001.

GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza europea:

Corte di Giustizia UE, 20 settembre 2001, C-453/99;

Corte di Giustizia UE, 17 settembre 2002, C-334/00;

Corte di Giustizia UE, 18 luglio 2007, C-277/05;

Giurisprudenza di legittimità (civile):

Cass. 28 luglio 1943, n. 1955, in *Riv. dir. comm.*, 1945, II;

Cass. 8 gennaio 1953, n. 18, in *Rep. Foro it.*, 1953, I, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 278;

Cass. 17 aprile 1953, n. 1028, in *Giust. civ.*, 1953, I, 1276;

Cass. 29 dicembre 1955, n. 3964, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 324;

Cass. 27 luglio 1956, n. 2907, in *Rep. Foro it.*, 1956, I, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 100;

Cass. 4 maggio 1957, n. 1517, in *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 233;

Cass. 22 aprile 1958, n. 1326, in *Riv. Foro it.*, 1958, voce *Obbligazione*, 216;

Cass. 25 ottobre 1958, n. 3474, in *Giust. civ.*, Rep. 1958 voce *Obbligazione e contratti*, n. 54;

Cass. 27 novembre 1963, n. 3044, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 194;

Cass. 14 febbraio 1964, n. 324;

Cass. 25 ottobre 1965, n. 2234, in *Giur. it.*, 1966, 411;

Cass. 7 giugno 1966, n. 1495;

Cass. 18 maggio 1967, n. 1408;

Cass. 18 giugno 1968, n. 2005, in RGC, 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, 47;

Cass. 13 luglio 1968, n. 2521, in *Foro it.*, 1968, I, 2454;

Cass. 30 dicembre 1968, n. 4090, in *Giust. civ. Rep.*, 1968, voce *Obbl. contr.*, n. 49;

Cass. 3 ottobre 1969, n. 3161, in *Foro it. Rep.*, 1783;

Cass. 9 giugno 1971, n. 1708, in *Foro it.*, 1971, I, 2792;
Cass. 28 gennaio 1972, n. 199, in *Foro it.*, I, 1972;
Cass. 16 maggio 1975, n. 1893, in *Giur. it., Rep.*, 1975, voce *Obbligazione e contratti*, n. 108;
Cass. 22 gennaio 1977, n. 330;
Cass. 18 maggio 1977, n. 2030;
Cass. 22 agosto 1977, n. 3833, in *Foro it., Rep.* 1977, voce *Contratto in genere*, n. 202;
Cass. 10 novembre 1977, n. 4856, in *Foro it.*, 1978, I, 922;
Cass. 7 giugno 1978, n. 2870, in *Giur. it.*, 1979, 22;
Cass. 14 ottobre 1978, n. 4626, in *Sett. giur.*, 1979, II, 134;
Cass. 20 gennaio 1979, n. 457, in *Mass. Giust. civ.*, 1979;
Cass. 20 agosto 1980, n. 4942, in *Giust. civ., Rep.* 1980, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 382;
Cass. 13 gennaio 1982, n. 186;
Cass. 15 marzo 1982, n. 1691, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 199;
Cass. 15 maggio 1982, n. 3207, in *Foro it., Rep.* 1982, voce *Contratto in genere*, n. 209;
Cass. 24 giugno 1982, n. 3839, in *Giur. civ.*, I, 1, 1983, 553;
Cass. 22 ottobre 1982, n. 5492, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1199;
Cass. 19 aprile 1983, n. 2705, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 4;
Cass. 6 giugno 1983, n. 3856, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, 189;
Cass. 9 aprile 1984, n. 2277;
Cass. 26 gennaio 1985, n. 399, in *Mass. Foro it.*, 1985;
Cass. 27 novembre 1986, n. 6990;
Cass. 26 giugno 1987, n. 5641, in *Vita not.*, 1987, 716;
Cass. 16 dicembre 1987, n. 9348, in *Arch. civ.*, 1988, 285;
Cass. 14 marzo 1988, n. 2435, in *Foro it.*, 1988, voce *Contratto in genere*, n. 319;
Cass. 31 maggio 1988, n. 3704, in *Foro it., Rep.* 1988, voce *Contratto in genere*, n. 316;
Cass. 18 ottobre 1988, n. 5663;
Cass. 5 dicembre 1988, n. 6577, in *Foro it., Rep.* 1988, voce *Contratto in genere*, n. 323;
Cass. 22 gennaio 1989, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332;
Cass. 23 gennaio 1989, n. 398, in *Foro it., Rep.* 1999, voce *Contratto in genere*, n. 297;

Cass. 12 gennaio 1991, n. 256;
Cass. 18 luglio 1991, n. 7985;
Cass. 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Rep. Foro it.*, 1992, I, 1766;
Cass. 16 giugno 1992, n. 7400;
Cass. 17 giugno 1992, n. 7453;
Cass. 16 febbraio 1993, n. 1916, in *Giust. civ.*, 1993, 12, 1, 3013,
Cass. 29 maggio 1993, n. 6024;
Cass. 14 aprile 1994, n. 3472, in *Foro it.*, 1994, I, 1722,
Cass. 17 dicembre 1994, n. *Rep. Foro it.*, 1994, *Valore aggiunto (imposta)*, 367;
Cass. 1 aprile 1995, n. 3823, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 749;
Cass. 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1093;
Cass. 23 maggio 1995, n. 5644, in *Foro it.*, *Rep.*, voce *Contratto in genere*, n. 367;
Cass. 11 marzo 1997, n. 2174;
Cass., 17 novembre 1997, n. 11394, in *Mass. Giur. it.*, 1997, I, c. 1128;
Cass. 14 giugno 1999, n. 5830, in *Giur. it.*, 2000, 11;
Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Danno e resp.*, 2000, 982;
Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, 2250;
Cass. 16 febbraio 2000, n. 1714, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 352;
Cass. 25 maggio 2001, n. 7126, in *Riv. giur. edilizia*, I, 2002, 893;
Cass. 15 aprile 2002, n. 5424, *Riv. not.*, 1573;
Cass. 18 luglio 2003, n. 11243, in *Giust. civ. Mass.*, 2003;
Cass. 19 febbraio 2004, n. 3323;
Cass. 4 marzo 2004, n. 4411, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3;
Cass. 18 giugno 2004, n. 11438, in *Giust. civ. Mass.*, 2004;
Cass. 2 luglio 2004, n. 12472, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4136;
Cass. 30 luglio 2004, n. 14539, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 619;
Cass. 13 febbraio 2006, n. 3017, in *Foro it.*, *Rep.* 2006, voce *Contratto in genere*,
n. 426;
Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, 9, I, 1985;
Cass. 29 marzo 2007, n. 7768, in *Mass. Foro it.*, 2007;
Cass. 25 febbraio 2008, n. 4801, in *Contratti*, 2008, 705;
Cass. 11 giugno 2010, n. 14056, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 6;
Cass. 24 aprile 2013, n. 10056, in *Corr. giur.*, V, 643;
Cass. 31 ottobre 2013, n. 24563, in *Giust. civ. Mass.*, 2013;
Cass. 29 maggio 2014, n. 12061;
Cass. SS.UU. 6 marzo 2015, n. 4628, in *Riv. not.*, I, 2015;

Cass. 6 marzo 2016, n. 4628, in *Giust. civ. Mass. 2015*;

Giurisprudenza di legittimità (penale):

Cass. pen., Sez. V, 29 ottobre 1985, n. 11780, CED 171294;

Cass. pen., sez. II, 3 marzo 1989, n. 11628, in *Cass. pen.*, 1991, I, 58;

Cass. pen., sez. II, 13 aprile 2007, n. 15118, in *Cass. pen.*, 2008, 5, 537;

Giurisprudenza di merito:

App. Milano, 23 maggio 1947, in *Temi*, 1947, 519;

App. Roma, 9 dicembre 1955, in *Giust. civ. Mass.*, 1955, 1244;

App. Palermo 16 luglio 1956, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1956, 85

App. Brescia 3 maggio 1956, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1956, 24

App. Napoli, 11 giugno 1968, in *Dir. giur.*, 1970, 324;

Pret. Manduria, 20 gennaio 1988, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Contratto in genere*, n. 327;

Pret. Savona 14 maggio 1992, in *Nuovo dir.*, 1994;

Trib. Napoli, 12 maggio 1966, in *Nuovo dir.*, 1968;

Trib. Napoli, 23 dicembre 1971, in *Giur. merito*, 1973, I, 587;

Trib. Milano, 28 settembre 1972, in *Mon. trib.*, 1972, 1059;

Trib. Napoli, 15 novembre 1975, in *Temi*, 1978, 243;

Trib. Napoli 20 dicembre 1977, *Foro it.*, *Rep.*, voce *Contratto in genere*, 1979;

Trib. Torino, 23 aprile 1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, 591;

Trib. Napoli 23 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 283;

Trib. Livorno, 30 aprile 1986, *Dir. mar.*, 351;

Trib. Palermo 2 giugno 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 359;

Trib. Torino, 16 aprile 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 299;

Trib. Torino, 7 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 297;

Trib. Verona 21 giugno 2000, in *Arch. loc.*, 2001;

Trib. Napoli 22 marzo 2003, n. 3877, in *Dir. e giust.*, 2004, 68;

Trib. Arezzo 18 settembre 2012;

Trib. Roma, 13 luglio 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1937;

Trib. Salerno, sez. I, 28 gennaio 2009, in www.plurisonline.it;

Giurisprudenza straniera:

CA Paris, 2 mars 1964, D. 1965, somm. 34;

CA Rouen, 19 juin 1991, in RJDA 1991, n. 376;

CA Versailles, 3ème ch., 17 mars 1994, RJDA 1994, n. 1198;

CA Paris, 16ème ch. A., 12 septembre 2005, AJDI 2005, 906;

Cass. 1ère civ., 16 juillet 1956, in *Bull. civ.*, I, n. 312;
Cass. 2ème civ., 27 décembre 1963, in *Bull. civ.*, I, n. 574;
Cass., 1ère civ., 6 octobre 1965, in *Bull. civ.*, I, n. 516;
Cass. 1ère civ., 23 mars 1966, in *Bull. civ.*, I, n. 210;
Cass. comm., 6 janvier 1970, JCP 1970, II, 16240;
Cass. 1ère civ., 14 novembre 1972, in *Bull. civ.*, III, n. 605;
Cass. civ. 1ère, 20 juillet 1981, *Bull. civ.* I, n. 267
Cass. civ. 3ème, 7 gennaio 1987, *Bull. civ.*, III n. 4;
Cass. 1ère civ., 25 avril 1989, in *Bull. civ.*, IV, n. 136;
Cass. 1ère civ., 5 décembre 1995, n. 93-19.874, in *Bull. civ.*, I, n. 452;
Cass. comm. 7 janvier 1997, n. 94-21.561 in
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007319876>;
Cass. comm., 7 avril 1998, n. 95-2.361, in
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007373338>
Cass. 3e civ., 15 février 2006, *Bull. civ.*, III, n. 43.

RINGRAZIAMENTI

Innanzitutto vorrei esprimere un profondo ringraziamento al Professor Carlo Castronovo, con il quale ho avuto la possibilità di condividere un percorso iniziato durante le lezioni di Civile II, continuato con la tesi di laurea e concluso con la presente tesi di dottorato. Ringrazio il Professore per il suo metodo, per il suo rigore ma soprattutto per la sua passione verso lo studio e la ricerca, che mi hanno permesso di amare il diritto civile.

Ringrazio quindi i miei genitori, per il loro inestimabile e insostituibile supporto.

Ringrazio infine i miei Amici: ciascuno di loro sa quanto è importante per me.