

## **Il rafforzamento degli effetti del contratto**

In senso più ampio l'inserimento di questi istituti nel capitolo relativo agli effetti del contratto ha suscitato, secondo la dottrina maggioritaria, non poche perplessità e si è rilevato che essi sarebbero stati meglio collocati in un proprio capitolo – per la loro rilevanza ed in certo qual modo autonomia – del codice civile e non nel quinto sezione seconda del libro quarto.

*Messineo* – inquadra la clausola penale e la caparra nel sistema di sicurezza per la soddisfazione del credito e, più precisamente, in quelle misure preliminari della stessa dottrina denominate **misure rafforzative dell'adempimento**, in quanto premono sul debitore per stimolarlo ad adempiere, senza per mano dell'esecuzione forzata.

Di questa misure fa parte anche il diritto di ritenzione.

### **Funzione coercitiva indiretta –**

Determinare in capo ad uno o ad ambedue i contraenti, pressioni psichiche al fine dell'esatto adempimento della prestazione o delle prestazioni risultanti dal contratto.

Per quanto riguarda, invece, la tecnica redazionale e la natura di tali istituti la Corte di Cassazione in una pronuncia recente ha affermato che *"in materia contrattuale le caparre, le clausole penali ed altre simili, con le quali le parti abbiano determinato in via convenzionale anticipata la misura del ristoro economico dovuto all'altra in caso di recesso o di inadempimento, non avendo natura vessatoria, non rientrano tra quelle di cui all'art. 1341 cod. civ. e non necessitano, pertanto, di specifica approvazione (Cass. civ., Sez. II, 18/03/2010, n. 6558).*

### **A) La clausola penale**

**art. 1382 c.c.** **effetti della clausola penale:** *la clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento (ingiustificato) o di ritardo (mora) nell'adempimento (1219), uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (c.d. PATTO DI RISARCIBILITA' ULTERIORE, il quale ha la mera funzione di acconto sul risarcimento del danno provocato dall'inadempimento, ma in questo caso vi è l'onere della prova in capo al creditore, di dimostrare il danno sofferto) (1223).*

*La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.*

Per quanto concerne la clausola penale, apposta convenzionalmente dalle parti, essa fa sì che il debitore inadempiente sia tenuto a risarcire il danno nella misura stabilita nel contratto, senza bisogno che il creditore fornisca alcuna prova in ordine all'*an* e al *quantum* dell'ammontare del danno (art. 1382, II co., c.c.).

Il creditore, finché è possibile, può in ogni caso sempre pretendere dal debitore l'adempimento, ma non può cumulare tale pretesa con quella relativa alla penale tranne il caso in cui questa sia stata stipulata per il semplice ritardo (art. 1383 c.c.). Il risarcimento dell'eventuale danno ulteriore è possibile solo se esista un'espressa pattuizione in tal senso, ma in tal caso il creditore dovrà fornire la prova dell'effettivo danno subito, secondo le regole generali.

L'istituto persegue nello stesso tempo fini:

- 1) **risarcitori** – poiché si atteggia come una liquidazione preventiva, convenzionale e forfettaria dei danni derivanti dall'inadempimento; difatti secondo La Cassazione "*la clausola penale mira a determinare preventivamente il risarcimento dei danni soltanto in relazione alla ipotesi pattuita, che può consistere nel ritardo o nell'inadempimento; ne consegue che, ove sia stata stipulata per il semplice ritardo e si sia verificato l'inadempimento, essa non è operante nei confronti di questo secondo evento* (**Cass. civ., Sez. II, 09/11/2009, n. 23706**);
- 2) **coercitivi** – indurre il debitore ad adempiere;
- 3) **eventualmente punitivi** – nel senso che il debitore deve pagare il danno qual'ora non riesca a provare che l'inadempimento o il ritardo dipendono da cause non imputabili allo stesso. In altri termini l'inadempiente deve pagare la penale non perché ha procurato un certo danno, ma perché così è stato convenzionalmente stabilito che può però equamente essere ridotta dal Giudice qual'ora determini "un abuso" o "uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale". Anche qual'ora ci sia un inadempimento parziale secondo una massima della Cassazione "*dal combinato disposto degli artt. 1382 e 1384 c.c. deve desumersi che l'obbligo per la parte inadempiente di corrispondere la penale, ove pattuita, sussista non solo in caso di totale inadempimento delle obbligazioni principali, ma anche nella diversa ipotesi in cui detta obbligazione sia stata adempiuta solo in parte.*" (**Cass. civ., Sez. II, 15/12/2009, n. 26216**). **In merito a tale pronuncia è opportuno già segnalare la sentenza delle Sezioni Unite del 2005 che** "*il potere del giudice di ridurre la penale, previsto dall'art. 1384 del c.c., può essere esercitato d'ufficio, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso, la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione, si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita*" (**Cass. civ., Sez. Unite, 13/09/2005, n. 18128**).

Ottima interpretazione, come già accennato, della funzione della Clausola penale ci viene offerta dalla Suprema Corte secondo cui "*la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato nella clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta. Pertanto, deve escludersi che la clausola penale prevista dall'articolo 1382 del codice civile possa essere ricondotta all'istituto proprio del diritto nord-americano dei "punitive damages" avente una finalità sanzionatoria e punitiva che è incompatibile con un sindacato del giudice sulla sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito.*" (**Cass. civ., Sez. III, 19/01/2007, n. 1183**)

## 1) Natura giuridica

A) **Patto accessorio** – sostenuta soprattutto in giurisprudenza ed in parte in dottrina (*Mirabelli – Messineo*) – la clausola, s'intende, appunto, come un patto accessorio al contratto cui accede, contratto che può essere della più varia natura. Difatti secondo la Corte nomofilattica "stante la natura accessoria della clausola penale rispetto al contratto che la prevede, l'obbligo che da essa deriva non può sussistere autonomamente rispetto all'obbligazione principale; ne consegue che, se il debitore è liberato dall'obbligo di adempimento della prestazione per prescrizione del diritto del creditore a riceverla, quest'ultimo perde anche il diritto alla prestazione risarcitoria prevista in caso di mancato adempimento del predetto obbligo" (**Cass. civ., Sez. III, 26/09/2005, n. 18779**).

B) **Negozi autonomo** – preferibile (*Capozzi*) – sostenuta dalla dottrina prevalente (*Bianca – Trimarchi – Marini*) – la cui causa costante consiste nell'attuazione di uno scopo pratico separato dal negozio cui accede.

Ciò risponde, d'altro canto all'intento delle parti le quali vogliono perseguire, con il contratto e con la clausola, scopi diversi che non interferiscono tra di loro. Si è d'avanti ad un collegamento necessario, ma questo fenomeno conferma l'autonomia dei negozi tra loro collegati.

## 2) Clausola penale pura –

È quella con la quale le parti stabiliscono che nel caso d'inadempimento la parte adempiente può chiedere contemporaneamente sia il pagamento della clausola penale che l'integrale risarcimento del danno.

**A) ammissibilità** da parte di alcuni autori (*Trimarchi*), per il principio dell'autonomia privata.

**B) Inammissibilità** – secondo la giurisprudenza della Cassazione e la dottrina prevalente (*Messineo – Gabrielli – De Nova*), poiché non sarebbe altro che una forma di pena privata in contrasto con i principi di uno Stato di diritto, che non consente l'autotutela del privato fuori dai casi espressamente previsti dalla legge

## 3) Divieto di cumulo –

**art. 1383 c.c. divieto di cumulo:** *il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo.*

Il problema principale riguarda **il momento** in cui **può dirsi esclusa** una delle due pretese.

A) alcuni autori (*Ghiron*) individuano questo momento nella richiesta da parte del creditore;

B) sembra preferibile (*Capozzi*) quella della prevalente dottrina (*Magazzù – Mirabelli*) secondo la quale, in mancanza di una specifica norma, l'efficacia preclusiva deve essere attribuita non alla semplice domanda, ma all'effettiva esecuzione della prestazione, nel senso che sia sempre possibile al creditore mutare la domanda proposta, fino al momento in cui abbia ricevuto o l'adempimento o la penale.

In merito a ciò la Suprema Corte per quanto riguarda le obbligazioni di durata assistite da una clausola penale, il divieto di cumulo fra la prestazione principale e la penale prevista dall'art. 1383 c.c. riguarda le sole prestazioni già maturate e inadempite, e non anche quelle non ancora maturate e per le quali permane l'obbligo dell'adempimento, poiché, in caso contrario, sarebbe consentito al debitore di sottrarsi all'obbligazione attraverso il proprio inadempimento. (**Cass. civ., Sez. III, 15/02/2005, n. 2976**)

Inoltre la richiesta di applicazione di una clausola penale contrattualmente prevista per il caso di inadempimento (richiesta senza la quale il giudice che pronunzi la risoluzione del contratto non può statuire sull'applicazione della clausola) **non può considerarsi implicitamente contenuta nella domanda di risoluzione del contratto per inadempimento ovvero in quella di risarcimento del danno**, stante l'indipendenza di tali domande da quella di pagamento della penale, la quale si configura come autonoma sia rispetto all'inadempimento (potendo trovare applicazione tanto in ipotesi di domanda di risoluzione del contratto quanto in quella in cui venga proposta domanda di esecuzione coatta dello stesso) sia rispetto al danno (atteso che la penale può essere prevista anche in assenza di un concreto pregiudizio economico. (Cass. civ., Sez. II, 24/04/2008, n. 10741 - Cass. civ., Sez. II, 15/10/2007, n. 21587)

#### 4) Riduzione della penale –

**art. 1384 c.c. riduzione della penale:** *la penale può essere diminuita equamente dal giudice, 1) se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero 2) se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento (1181, 1526-2, att. 163).*

Il giudice, non può ridurre una penale non rapportata ad un danno, qualora essa non sia manifestatamente eccessiva e non può neanche ridurla al danno effettivamente subito dal creditore.

Il suo non è un giudizio sul danno, **ma un giudizio di equità** in ordine all'eccessività della penale.

Sulla pronuncia d'ufficio o meno da parte del giudice nel corso degli anni si sono sviluppati due indirizzi.

#### **La precedente giurisprudenza**

Il giudice, fuori dai casi espressamente previsti, non poteva pronunciarsi d'ufficio; occorreva, perciò la richiesta della parte interessata, che poteva anche considerarsi implicitamente contenuta nella contestazione di non aver addirittura nulla a titolo di penale.

Tale Giurisprudenza sin dall'entrata in vigore del codice civile del 1942, ha sviluppato tale principio della domanda al fine della giusta riduzione della penale.

Questo orientamento, successivamente, è stato posto in discussione nel 1999 con la sentenza n. 10511 della Suprema Corte, che aveva invece concluso nel senso opposto, e cioè che la penale potesse essere ridotta dal giudice anche d'ufficio.

Alla base di questo nuovo indirizzo vi erano state in particolare due presupposti.

- 1) In primo luogo si era rilevato come, nonostante la giurisprudenza avesse fino a quel momento negato al giudice il potere di riduzione d'ufficio della penale, l'adesione al principio suddetto fosse, in alcune pronunce, **più formale che sostanziale**, arrivando talune volte a ritenere la domanda di riduzione implicita nell'assunto della parte di nulla dovere a titolo di penale; altre, a ritenere l'eccezione relativa proponibile in appello.
- 2) In secondo luogo l'interpretazione tradizionale dell'art. 1384 c.c. non appariva più adeguata alla luce di una rilettura degli istituti costituzionalmente orientata e fondata

in particolare sul dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi ex art. art. 2 della Costituzione e sull'esistenza di un principio di inesigibilità quale limite alle pretese creditorie (sent. Corte Cost. n. 19/1994), da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza sanciti dal codice civile.

Tuttavia, questo nuovo principio non ha trovato seguito nella successiva giurisprudenza della Corte che ha rimarcato l'orientamento tradizionale.

L'indirizzo maggioritario si fondava sul principio generale, al quale l'art. 1384 non faceva eccezione, per cui il giudice **non può pronunciarsi se non nei limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti.**

Inoltre, la possibilità di ridurre la penale – si diceva – è prevista dalla legge come istituto a tutela degli specifici interessi del debitore, e pertanto a lui solo, nell'esercizio della difesa dei propri diritti, è rimessa ogni iniziativa a riguardo e ogni consequenziale valutazione della eccessività della penale ovvero della sua sopravvenuta onerosità in rapporto alla parte di esecuzione che il contratto ha avuto.

Ma dopo questo breve *excursus* si arriva alla pronuncia della Cassazione del 2005 secondo cui, il giudice ha il potere di rilevare *ex officio* la eccessività della clausola penale.

Con la sentenza n. 18128/2005, le Sezioni Unite civili della Cassazione hanno posto fine al contrasto giurisprudenziale.

Il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva risponde **ad una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata** - in sintonia con il principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti negoziali, e con la clausola di buona fede, inerente anche alla fase della formazione del contratto - e può di conseguenza essere esercitata d'ufficio, anche in difetto di istanza della parte interessata. (Cass. civ., Sez. I, 24/09/1999, n.10511).

È da questo principio già enunciato che si arriva alla sentenza del 2005. Il ragionamento delle Sezioni Unite si conclude infatti con una scelta di posizione netta, che vede l'autonomia contrattuale assottigliarsi "in danno" degli interessi superiori dell'ordinamento, quegli interessi che il giudice deve in ogni caso tutelare. L'autonomia contrattuale è riconosciuta dalla legge ai privati con dei limiti che devono essere sempre osservati e a tutela di quest'osservanza vengono affidati al giudice determinati poteri che possono anche consistere nel paralizzare clausole contrattuali poste a tutela di interessi di parte, nel caso in cui il contenuto non sia conforme alla legge o non sia diretto a realizzare interessi meritevoli secondo l'ordinamento.

È confacente analizzare anche una casistica, successiva alla sentenza del 2005, che limita il potere d'ufficio del giudice in base, anche, ad i principi già enunciati recepiti dal primo orientamento (della non rilevabilità d'ufficio)

*Il potere discrezionale di ridurre equamente la penale manifestamente eccessiva, attribuito al giudice del merito dall'art. 1384 c.c., può essere esercitato dallo stesso anche d'ufficio al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appaia meritevole di tutela.*

(App. Genova, Sez. III, 02/04/2008)

*In tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 cod. civ. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio, ma l'esercizio di tale potere è subordinato all'assolvimento degli oneri di allegazione e prova, incombenti sulla parte, circa le circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della*

penale, che deve risultare "ex actis", ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, senza che il giudice possa ricercarlo d'ufficio.

(Cass. civ., Sez. III, 28/03/2008, n.8071)

La riduzione della penale pattuita "ex contractu", ove invocata dalla parte interessata non in via di azione ma in via di eccezione, può essere proposta per la prima volta anche nel giudizio di appello; peraltro il relativo potere del giudice, essendo posto a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato anche d'ufficio pur se le parti abbiano contrattualmente convenuto l'irriducibilità della penale.

**(Cass. civ., Sez. III, 24/11/2007, n. 24458)**

Posto che la clausola, contenuta in un contratto tra un professionista e un consumatore, con cui si impone a quest'ultimo il pagamento, a titolo di penale, di una somma d'importo manifestamente eccessivo, in quanto ne sia riconosciuta l'abusività, deve ritenersi altresì illecita sotto il profilo della causa negoziale, va dichiarata d'ufficio la nullità della transazione relativa a detta clausola.

Trib. Torino, 28/05/2007

**Molto particolare risulta, per chi scrive, questa sentenza del Tribunale di Milano secondo cui "l'esercizio da parte del giudice del potere di diminuire equamente la penale ai sensi dell'art. 1384 c.c. richiede, oltre alla specifica istanza del soggetto obbligato, anche l'allegazione da parte dello stesso delle ragioni dell'asserita manifesta sproporzione della penale rispetto all'interesse del creditore e la prova delle circostanze che rendano rilevabile l'eccessività della penale."** (Trib. Milano, Sez. VI, 27/10/2009)

**Del tutto conforme, invece, al principio stabilito dalle Sezioni Unite del 2005, è questa pronuncia della Cassazione secondo cui "in tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art.1384 cod. civ., essendo previsto a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare effettivamente meritevole di tutela, e, dunque, connotandosi come potere esercitabile anche d'ufficio, può essere esercitato anche qualora le parti abbiano contrattualmente convenuto l'irriducibilità della penale.** (Cassa con rinvio, App. Messina, 23 Luglio 2002)"**Cass. civ., Sez. II, 28/09/2006, n. 21066**

[Nota] – Capozzi – si ritiene che rientri nel divieto contenuto nell'art. 1229 (Clausole di esonero da responsabilità) anche la pattuizione di una penale di ammontare irrisorio, in quanto il debitore attraverso la stipulazione della stessa si può sottrarre alle conseguenze del proprio dolo.

[Nota] – Capozzi – si ritiene secondo la giurisprudenza che la penale non determina una novazione ma soltanto una modificazione accessoria del contratto.

[Nota] – secondo una recentissima sentenza della Cassazione il principio della riducibilità della penale eccessiva ha carattere generale ed **é, pertanto, applicabile a tutti i contratti nei quali sia inserita la clausola penale**, in essi compresa la transazione. (Cass. civ., Sez. II, 21/04/2010, n. 9504)

## **B) La caparra confirmatoria**

**art. 1385 c.c. caparra confirmatoria: se al momento della conclusione (1326) del contratto una parte dà all'altra (effetti reali a differenza della clausola penale), a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta (1194).**

**Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente (1218), l'altra può recedere** (natura **legale di tale recesso** – per la giurisprudenza, tale figura riveste in realtà un modello speciale di risoluzione del contratto per inadempimento) **dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra (1386,1826; att. 164).**  
*Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione (1453 e seguenti) del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali (1223 e seguenti; att. 164).*

### **Inapplicabilità dell'art. 1384 – riduzione della penale da parte del giudice**

La caparra confirmatoria si avvicina all'istituto del recesso; essa è, infatti, per così dire, un recesso per il quale viene pattuito un corrispettivo.

L'istituto persegue nello stesso tempo fini:

- 1) confirmatori** – poiché si dimostra l'esistenza di un contratto, in mancanza di altre prove, perché la caparra fa presumere l'esistenza;
- 2) di acconto** – anticipo della prestazione dovuta;
- 3) d'indennizzo** – poiché rafforza il diritto del creditore al risarcimento. La parte inadempiente dovrà corrispondere l'integrale risarcimento, svincolato, cioè, dall'ammontare della caparra la quale, in questo caso, non funge più, come, invece, nell'ipotesi della clausola penale, da preventiva e forfetaria liquidazione del danno.
- 4) Produce effetti reali** – con l'effettiva consegna della somma di denaro o di altre cose fungibili

**Per la natura giuridica** – Sono validi gli stessi argomenti prospettati per la clausola penale.

In definitiva secondo la Suprema Corte la caparra confirmatoria ha natura composita - consistendo in una somma di denaro o in una quantità di cose fungibili - e **funzione eclettica** - in quanto è volta a garantire l'esecuzione del contratto, venendo incamerata in caso di inadempimento della controparte (sotto tale profilo avvicinandosi alla cauzione); consente, in via di autotutela, di recedere dal contratto senza la necessità di adire il giudice; indica la preventiva e forfetaria liquidazione del danno derivante dal recesso cui la parte è stata costretta a causa dell'inadempimento della controparte. Va invece escluso che abbia anche funzione probatoria e sanzionatoria, così distinguendosi sia rispetto alla caparra penitenziale, che costituisce il corrispettivo del diritto di recesso, sia dalla clausola penale, diversamente dalla quale non pone un limite al danno risarcibile, sicché la parte non inadempiente ben può recedere senza dover proporre domanda giudiziale o intimare la diffida ad adempiere, e trattenere la caparra ricevuta o esigere il doppio di quella prestata senza dover dimostrare di aver subito un danno effettivo. La parte non inadempiente può anche non esercitare il recesso, e chiedere la risoluzione del contratto e l'integrale risarcimento del danno sofferto in base alle regole generali (art. 1385, 3° comma, cod. civ.), e cioè sul presupposto di un inadempimento imputabile e di non scarsa importanza, nel qual caso non può incamerare la caparra, essendole invece consentito trattenerla a garanzia della pretesa risarcitoria o in acconto su quanto spettante a titolo di anticipo dei danni che saranno in seguito accertati e liquidati. Qualora, anziché recedere dal contratto, la parte non inadempiente si avvalga dei rimedi ordinari della richiesta di adempimento ovvero di risoluzione del negozio, la restituzione della caparra è ricollegabile agli effetti restitutori propri della risoluzione negoziale, come conseguenza del venir meno della causa della corresponsione, giacché in tale ipotesi essa perde la suindicata funzione di limitazione forfetaria e predefinita della pretesa risarcitoria all'importo convenzionalmente stabilito in contratto, e la parte che allega di aver subito il danno, oltre che alla restituzione di quanto prestato in relazione o in esecuzione del contratto, ha diritto anche al risarcimento dell'integrale danno subito, se e nei limiti in cui riesce a provarne l'esistenza e l'ammontare in base alla disciplina generale di cui agli artt. 1453 ss. cod. civ. Anche dopo aver proposto la domanda di risarcimento, e fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza, la parte non inadempiente può

decidere di esercitare il recesso, in tal caso peraltro implicitamente rinunciando al risarcimento integrale e tornando ad accontentarsi della somma convenzionalmente predeterminata al riguardo. Ne consegue che ben può pertanto il diritto alla caparra essere fatto valere anche nella domanda di risoluzione. (**Cass. civ., Sez. III, 16/05/2006, n. 11356**).

**Inoltre sempre secondo la Corte nomofilattica** con riferimento al rapporto tra i due rimedi previsti dall'art. 1385 c.c. e nel confronto con le posizioni dottrinarie espresse in materia - anche alla luce del principio di ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.) - una volta che sia stata proposta domanda di risoluzione e risarcimento integrale del danno, non può ritenersi consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione di caparra, ponendosi i rapporti tra le due azioni in termini di incompatibilità strutturale e funzionale, altrimenti vanificandosi la funzione della caparra di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno, volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, e consentendosi alla parte non inadempiente di scommettere senza rischi sul processo. (**Cass. civ., Sez. Unite, 14/01/2009, n. 553**).

### **C) La caparra penitenziale**

**art. 1386 c.c. caparra penitenziale:** *se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso. In questo caso, il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuta.*

La struttura della caparra penitenziale è la stessa di quella confirmatoria:

- 1) contratto con effetti reali;
- 2) contratto reale
- 3) contratto accessorio collegato al negozio cui accede.

La funzione; soltanto quella di corrispettivo al recesso e non è né confirmatoria né risarcitoria. La caparra penitenziale deve essere prevista espressamente dalle parti come penitenziale, altrimenti deve considerarsi caparra confirmatoria o addirittura, qualora neppure in tal senso possa interpretarsi la volontà di chi ha effettuato *la datio*, come acconto sul prezzo.

Secondo la Suprema Corte "*L'istituto della c.d. "multa penitenziale" previsto dall'art. 1373, terzo comma, cod. civ., assolve - non diversamente dalla caparra penitenziale di cui all'art. 1386 cod. civ., nella quale il versamento avviene anticipatamente - alla sola finalità di indennizzare la controparte nell'ipotesi di esercizio del diritto di recesso da parte dell'altro contraente; ne consegue che in tali casi, poiché non è richiesta alcuna indagine sull'addebitabilità del recesso, diversamente da quanto avviene in tema di caparra confirmatoria o di risoluzione per inadempimento, il giudice deve limitarsi a prendere atto dell'avvenuto esercizio di tale diritto potestativo da parte del recedente e condannarlo al pagamento del corrispettivo richiesto dalla controparte. (Rigetta, App. Catania, 12/11/2003)"*

**Cass. civ., Sez. II, 18/03/2010, n. 6558**

**Avv. Renato D'Isa**