



SARA SCOLA

Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Verona

**AI CONFINI DELLA MANIFESTAZIONE TACITA DI VOLONTÀ:
SUL POSSIBILE SIGNIFICATO ESTINTIVO (CONCLUDENTE)
DELLA RESTITUZIONE DELLA CAPARRA E DELLA SUA RICEZIONE SENZA RISERVE***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le molteplici funzioni della caparra confirmatoria. – 3. La ricezione in restituzione della caparra versata e l'ipotesi del mutuo consenso allo scioglimento del patto di caparra: il problema della forma dell'accordo risolutorio del patto medesimo. – 4. Segue. Lo scioglimento del patto di caparra per *facta concludentia*. – 5. Segue. L'ipotesi della tacita remissione del debito. – 6. Conclusioni.

1. – Pur nella concisione del dato normativo, la disciplina della caparra confirmatoria consegnataci dal codice civile si apprezza per la sua capacità di delineare in modo nitido il complesso sistema di funzioni che è proprio di questo istituto, unitamente all'articolato apparato rimediario che vi è ricollegato. Ciò nondimeno, nessuna precisa indicazione si può in essa rinvenire riguardo al trattamento giuridico da riservare ad una vicenda piuttosto frequente nella prassi, al corretto inquadramento della quale possono peraltro soccorrere principi e nozioni fondamentali ricavabili dalla teoria generale del negozio giuridico e dell'obbligazione.

Ci riferiamo all'ipotesi in cui il contraente al quale sia stata in precedenza versata la caparra confirmatoria si renda inadempiente alle obbligazioni assunte (e garantite dalla caparra) e, tuttavia, restituisca prontamente e spontaneamente la caparra medesima all'altro contraente, il quale la riceva a sua volta in restituzione senza sollevare riserve. Ci si chiede, in particolare, se i comportamenti tenuti dalle parti in simili circostanze siano in grado di incidere sull'efficacia stessa del patto di caparra e se possano, di conseguenza, dare luogo all'estinzione dei diritti nascenti dal patto stesso, in particolare in danno di colui che, con inerzia, si sia limitato a ricevere, senza nulla eccepire, la somma restituitagli.

Attorno a codesta vicenda, che – pur con alcune variazioni – è sovente al vaglio della giurisprudenza¹, si agitano almeno tre questioni giuridiche di fondo.

In primo luogo, occorre chiedersi se la restituzione della caparra confirmatoria, con la relativa ricezione da parte di chi l'aveva precedentemente versata, possa implicare la risoluzione per mutuo dissenso del patto di caparra, nella specie per *facta concludentia*. Come si vedrà, la soluzione di siffatto interrogativo presupp-

* Lo scritto è destinato al volume “Diritto e società in trasformazione: le sfide per il giurista europeo – Recht und Gesellschaft im Wandel: Herausforderungen für den europäischen Juristen”, a cura di S. TROIANO, M. SCHMIDT-KESSEL, realizzato nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona “Diritto, Cambiamenti e Tecnologie”.

¹ V. in particolare le pronunce citate *sub par.* 4.



pone, sul piano logico-argomentativo, l'analisi di un'altra questione, che riguarda l'accordo risolutorio del patto di caparra, ovvero se l'accordo in parola, qualora la caparra acceda ad un contratto per il quale è prevista la forma scritta *ad substantiam*, debba anch'esso rivestire la forma scritta.

Da ultimo, e in alternativa rispetto alla ricostruzione in termini di mutuo dissenso, si tratta di valutare se, spostando l'attenzione sulle singole obbligazioni nascenti dal patto di caparra, la restituzione della caparra da parte di chi l'aveva precedentemente ricevuta, con contestuale ricezione dell'*accipiens*, possa disvelare una volontà remissoria di quest'ultimo, con conseguente estinzione delle posizioni creditorie previste in suo favore dal rapporto di caparra.

2. – Ai fini del presente discorso è utile, in premessa, ripercorrere brevemente e per sommi capi i tratti distintivi e salienti della caparra confirmatoria, nonché le principali funzioni che ad essa si accompagnano.

A definire il quadro è la configurazione che, come noto, ne offre il codice civile, lì dove la definisce come una somma di denaro o una quantità di cose fungibili che una parte dà a garanzia dell'esecuzione del contratto, con l'intesa che, in caso di suo inadempimento, l'altra parte possa recedere dal contratto e trattenere definitivamente la somma o le cose ricevute oppure, se è inadempiente la parte che ha ricevuto la caparra, l'altro contraente possa recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra versata². Per diffusa opinione l'accordo che ne sta alla base rappresenta un patto di natura contrattuale³, reale⁴ e ad effetti reali⁵, accessorio rispetto al negozio principale al quale si riferisce⁶.

Tuttavia, all'unitarietà che contraddistingue la caparra sul piano definitorio non corrisponde in modo speculare una configurazione unitaria del patto anche sul versante funzionale. Da tempo le Corti ne proclamano, infatti, la natura composita e la funzione eclettica, rammentando come, oltre alla già menzionata finalità di garanzia dell'esecuzione del contratto, la caparra assolva anche alla duplice funzione di autotutela per la par-

² V. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, III ed., Milano, 2021, 375.

³ V. in proposito V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 193, che osserva come la caparra sia un negozio giuridico bilaterale che può seguire lo schema negoziale tipico individuato dal legislatore o essere arricchito da determinazioni accessorie e patti aggiunti; v. altresì C.M. BIANCA, *op. cit.*, 376, il quale evidenzia che con il termine caparra si intende tanto la somma di denaro (o la quantità di cose fungibili) versata, quanto il patto con il quale le parti convengono questa forma di garanzia; v. pure I. TARDIA, *La struttura della caparra: la speciale realtà della clausola ed i limiti dell'autonomia stipulativa*, in S. MAZZARESE, I. TARDIA, *Caparra*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2016, 148, il quale, nel rimarcare la natura contrattuale della caparra confirmatoria, sottolinea come essa sia una fattispecie negoziale autonoma, con autonoma funzione, e non una mera clausola (ancorché sovente sia inserita nel contratto a cui si riferisce, assumendo la morfologia di una clausola contrattuale); discorrono invece della caparra come di una clausola contrattuale F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1987, 256, nonché F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in ID., G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1993, 173.

⁴ V. ad es. M. FRANZONI, *La caparra*, in *Obbligazioni*, III, *Il contratto in generale*, II, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, 689, G. DE NOVA, voce *Caparra*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 241, A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, II, Torino, 2006, 1031. Sulla possibilità che le parti si accordino per una conclusione solo consensuale del patto di caparra, v., peraltro, I. TARDIA, *op. cit.*, 149, e S. CHERTI, *Il contratto reale di caparra: rilettura obbligata di un dogma*, in *Resp. civ.*, 2012, 433 ss. In giur. cfr., tra le altre, Cass., 28 febbraio 2018, n. 4661, e Cass., 24 aprile 2013, n. 10056.

⁵ *Contra*, tuttavia, V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 193 e 197.

⁶ Offrono una completa illustrazione dell'istituto S. MAZZARESE, I. TARDIA, *Caparra*, cit., 3 ss., A. MARINI, voce *Caparra I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 2009, 1 ss., A. ZACCARIA, sub art. 1385 cod. civ., in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al Codice Civile*, Padova-Milano, 2022, 1663 ss., G. DE NOVA, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, 1110 ss., G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, *passim* (oltre ai contributi citati alle note precedenti).



te fedele, a cui essa conferisce la facoltà di recedere dal contratto anche in via stragiudiziale, e di predeterminazione del pregiudizio, mediante la forfetizzazione del danno derivante dal recesso in parola⁷. Se ne esclude, invece, il carattere punitivo⁸, così come la precipua rilevanza sul piano probatorio⁹.

Nonostante il tenore letterale della norma – che discorre di «recesso» –, si ritiene che il legislatore, all'art. 1385, comma 2, cod. civ., abbia voluto introdurre una vera e propria ipotesi di risoluzione di diritto del contratto per inadempimento, con la conseguenza che l'inadempimento che legittima tale recesso deve avere le stesse caratteristiche – riguardo ad imputabilità e gravità – richieste per la risoluzione (giudiziale) per inadempimento¹⁰. Del resto, è appena il caso di rammentare che il recesso propriamente inteso, sia esso legale o convenzionale, attribuisce la facoltà di sciogliere unilateralmente il rapporto contrattuale in ragione delle diverse esigenze che vengono in rilievo¹¹, mentre l'esegesi della predetta norma disvela l'intento di dilatare e potenziare ulteriormente la tutela già offerta dall'ordinamento a favore della parte fedele contro l'inadempimento dell'altra parte¹².

Pertanto, sul piano sostanziale, la differenza tra lo scioglimento del contratto mediante recesso ai sensi dell'art. 1385, comma 2, cod. civ. e quello mediante risoluzione secondo quanto previsto dal comma 3° della medesima disposizione, attiene principalmente – se non esclusivamente – al risarcimento del danno, che nel primo caso risulta già determinato secondo la disciplina della caparra, mentre nel secondo caso segue le regole generali¹³.

⁷ V. in particolare Cass., 16 maggio 2006, n. 11356.

⁸ Per la funzione (anche) punitiva della caparra v. però V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 201.

⁹ Sul punto scrive M. FRANZONI, *op. cit.*, 692 s., che, se un tempo si riteneva che la caparra assolvesse prevalentemente alla funzione di confermare o provare l'esistenza del contratto, il «principio consensualistico, da un lato, e la forma quale elemento essenziale del contratto, dall'altro, hanno significativamente ridotto questa funzione» (si sofferma invece sulla funzione di prova dell'avvenuta conclusione del contratto principale G. BAVETTA, *op. cit.*, 63 ss.).

¹⁰ V. ad es. Cass., 31 gennaio 2019, n. 2969; in dottrina, tra gli altri, S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Padova, 2012, 93 ss., nonché M. DELLACASA, *La caparra confirmatoria*, in *Rimedi – 2*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, V. GIUFFRÈ, Milano, 2022, 467 ss. (che offre un'illustrazione dell'istituto nella prospettiva rimediale); per una diversa ricostruzione v. però V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 195 ss.

¹¹ Il recesso ammesso dalla legge assolve infatti a diverse funzioni, come, ad es., quella di preservare l'interesse di una parte a sciogliersi dal rapporto nei contratti perpetui o a lungo termine, o quella di tutelare la parte più debole (v. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, 3ª ed., Giuffrè, 2019, 700). Sulla «molteplicità delle funzioni perseguite con atti denominati di “recesso”» v. G. GABRIELLI, F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 27 s.; come rammenta V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 509 ss., il recesso può inoltre assumere nomi particolari in ragione dei diversi tipi contrattuali, come, ad es., nel contratto di lavoro, “dimissioni” e “licenziamento”). Sul particolare caso di recesso previsto dall'art. 1464 cod. civ. v., altresì, U. SALANITRO, voce *Rischio contrattuale*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, I, Milano, 2021, 1072 ss. Diverso ancora è il recesso di pentimento riconosciuto al consumatore: su cui, per tutti, A.M. BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, nell'*Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, 956 ss.

¹² Argomentazioni in questa direzione sembrano scorgersi anche in C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 698 ss., dove si rimarca che il diritto di recesso tutela l'interesse obiettivo della parte all'interruzione del rapporto contrattuale e, salvo il limite generale del principio di buona fede, è rimesso esclusivamente alla sua autonoma decisione (con ciò distinguendosi dal potere di recedere talvolta previsto nei contratti a prestazione continuata o periodica, come rimedio contro l'inadempimento, dove però «il recesso costituisce un potere di autotutela e il suo esercizio è assoggettato al controllo dell'adeguatezza del mezzo alla sua funzione»).

¹³ Agli aspetti qui menzionati, si aggiunge poi l'annosa questione inerente al rapporto tra i rimedi contemplati dall'art. 1385 cod. civ. (in particolare riguardo alla possibilità di conseguire la caparra [o la restituzione del suo doppio] anche dopo la risoluzione del contratto: sul tema, tra i molti, M. PALADINI, *La compatibilità tra le ipotesi di risoluzione di diritto [artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.] e la liquidazione del danno con caparra confirmatoria*, in C. GRANELLI [a cura di], *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, 287 ss.; v. pure P. GALLO, *Inadempimento reciproco e caparra confirmatoria nel prisma della giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2017, 319 s., e M. FAZIO, *Caparra confirmatoria e risoluzione del contratto*, in *Contratti*, 2018, 297 s.), nonché il problema che si pone se, in applicazione dell'art. 1385, 2° comma, cod. civ., il doppio della caparra ecceda manifestamente il danno subito: tema ripreso recentemente anche da M. ORLANDI, *Silentium legis*, in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI, S. ORLANDO (a cura



3. – Ai fini della presente indagine si pone, in primo luogo, la questione se la restituzione della caparra confirmatoria, con la relativa accettazione da parte di chi l'aveva precedentemente versata, possa integrare una risoluzione per mutuo dissenso del patto di caparra, facendo così venire meno anche tutti i diritti previsti dal patto medesimo. Si tratterebbe, nel caso di specie, di uno scioglimento del rapporto contrattuale per *facta concludentia*, come tale desumibile nella sua interezza dal modo in cui si atteggiavano i comportamenti delle parti.

A tale proposito, prima di riflettere sul significato concludente delle condotte dei contraenti, pare opportuno indagare in via preliminare una questione che potrebbe, invero, rivestire carattere assorbente rispetto all'altra, ossia quella relativa alla forma che deve rivestire il contratto risolutorio del patto di caparra, specialmente nell'ipotesi – assai frequente – in cui la caparra acceda ad un contratto per il quale è prevista la forma scritta *ad substantiam*¹⁴. Se, infatti, la soluzione da prediligersi riguardo a questo interrogativo fosse quella per la quale si impone un determinato vincolo di forma per la stipula del predetto accordo risolutorio, va da sé che verrebbe ad escludersi *ab origine* qualsivoglia possibilità di una risoluzione del patto di caparra per il solo fatto materiale della ricezione in restituzione della caparra stessa, ciò che toglierebbe pertanto spazio, perlomeno sotto questo profilo, all'ipotesi di inquadramento di cui qui si discorre.

Muovendo dalla diffusa ricostruzione dei criteri che – a partire dal generale principio di libertà della forma¹⁵ – governano la disciplina della forma del contratto, non pare revocabile in dubbio che per il mutuo dis-

di), *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 2835 ss.; cfr. pure, per i rimedi applicabili in caso di caparra iniqua, G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 732 ss., e, per la possibile applicazione analogica dell'art. 1384 cod. civ. alla caparra confirmatoria, le riflessioni di A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 286 ss.

¹⁴ Come nell'ipotesi, statisticamente tra le più frequenti, di caparra versata in occasione della stipulazione di un contratto preliminare di compravendita immobiliare. La questione non sembra aver trovato un significativo approdo in seno alla giurisprudenza di legittimità, sebbene, in almeno una occasione, la S.C. si fosse prospettata, senza tuttavia risolverlo, il problema della forma dell'accordo risolutorio del patto di caparra che accede ad un contratto per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*: v. l'ordinanza interlocutoria Cass., ord. 9 marzo 2021, n. 6452, commentata da G. S. FODERÀ, *La forma del contratto solutorio del patto di caparra apposto ad un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta*, in *Imm. propr.*, 2021, 369 ss., emessa dalla S.C. per il caso poi deciso da Cass., 12 luglio 2021, n. 19801, in *Pactum*, 2022, 97 ss., con nota di S. SCOLA, *La ricezione in restituzione della caparra versata tra accordo risolutorio e remissione del debito*, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1281 ss., commentata (unitamente ad altra pronuncia) da M.S. MAISANO, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento del contratto tra rinuncia tacita e alternative del rimedio giudiziale*.

¹⁵ Invero, non sono mancate voci che hanno autorevolmente messo in discussione il principio della libertà di forma o la sua portata: fondamentali, in questo dibattito, le pagine di N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, spec. 19 ss. e 79 ss., insieme alle riflessioni di P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, spec. 55 ss., il quale, rimarcando come, sul piano della legislazione ordinaria, il principio della libertà della forma e la disciplina delle forme legali *ad substantiam* siano in una relazione di alternatività e complementarietà e configurino nel loro complesso un sistema sulle forme negoziali, propone un'applicazione costituzionalmente orientata delle previsioni relative alla forma. V. anche A. GENTILI, *La forma*, in AA.VV., *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, 94, il quale respinge l'idea che il principio del formalismo abbia sostituito il principio di libertà della forma ma al contempo afferma che la normativa sulla forma ha cessato di essere eccezionale per divenire solo speciale, dunque estensibile ai casi analoghi non espressamente previsti. Sul tema v. pure F. ADDIS, *La forma*, in G. AMADIO – F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, *Parte generale – Le obbligazioni – Il contratto – I fatti illeciti e le altre fonti delle obbligazioni*, Bologna, 2014, 618 s., e Id., sub art. 1350 cod. civ., in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato*, in *OneLegale*, il quale osserva che la disputa tra le due contrapposte posizioni si mostra, in una prospettiva sistematica, più apparente che reale. Sullo sfondo di queste riflessioni si pongono poi le analisi che hanno indagato il più recente fenomeno del neoformalismo negoziale, con particolare riguardo alle nuove discipline di protezione, dal quale emerge una pluralità di modelli di forma con diverse funzioni e la cui inosservanza è accompagnata da rimedi non sempre di tipo invalidatorio: in argomento v. G. CARAPEZZA FIGLIA, S. SAJEVA, sub art. 1350 cod. civ., in G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, agg., Napoli, 2016, 595, i quali rammentano che occorre muovere verso una prospettiva flessibile che individui il rimedio civile più adeguato agli interessi in gioco nel concreto rapporto; per una sintesi v. pure S.



senso, ovverosia l'accordo mediante il quale le parti estinguono un precedente contratto¹⁶, non si impone di regola alcun requisito di forma, con la conseguenza che l'accordo risolutorio ben può risultare anche da comportamenti concludenti.

Sfuggono, tuttavia, a questo criterio le ipotesi in cui la risoluzione attenga ad un contratto per il quale è prescritta una determinata forma *ad substantiam*.

È, infatti, plausibile ritenere che il vincolo formale legislativamente prescritto per i contratti elencati all'art. 1350 cod. civ. riguardi, in via di interpretazione estensiva, anche gli accordi risolutori dei medesimi, tenuto conto che, rispetto ai primi, essi non solo hanno ad oggetto una vicenda di pari natura ed importanza ma altresì incidono sulle medesime situazioni giuridiche oggetto del contratto formale¹⁷. Peraltro, con particolare riferimento all'ipotesi contemplata nel n. 1 dell'art. 1350 cod. civ., una regola analoga può senz'altro affermarsi pure per le compravendite immobiliari ad effetti obbligatori; anche tali negozi, infatti, realizzano la funzione della vendita, sebbene l'effetto traslativo sia rinviato ad un momento successivo e possa anche non verificarsi mai¹⁸.

Una soluzione differente deve, invece, ad avviso di chi scrive predicarsi per il contratto risolutorio del patto di caparra.

Se è vero che il suddetto principio di libertà della forma¹⁹ consente di qualificare le regole che impongono specifici vincoli formali come norme eccezionali – ovverosia insuscettibili di applicazione analogica ma

PAGLIANTINI, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 772 ss. L'evoluzione dei tradizionali criteri inerenti alla forma del contratto è esplorata anche da C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 741 s., nonché da U. BRECCIA, *La forma*, in C. GRANELLI (a cura di), *Formazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, Milano, 2006, 463 ss.

¹⁶ Per tutti v. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2013, 45 ss. e 71 ss., il quale peraltro rimarca che il mutuo dissenso è configurabile sia per i negozi a effetti obbligatori, sia per i negozi a effetti reali; con riferimento a tale ultima ipotesi si pone, invero, l'ulteriore questione se, specialmente lì dove gli effetti reali si siano già prodotti, non di mutuo dissenso si debba parlare, bensì di un autonomo negozio con effetti opposti al precedente: v. per tutti R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, IV, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da G. GROSSO, F. SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1980, 212; sulle varie declinazioni del c.d. *contrarius actus* v. l'indagine di A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 32 ss. (sul tema cfr. pure F. GALGANO, *op. cit.*, 17 s.), fattispecie che verrebbe in rilievo proprio nel caso in esame, tenuto conto che lo scioglimento consensuale del patto di caparra dovrebbe, seguendo siffatta ricostruzione, avvenire mediante una c.d. "retrocaparra".

¹⁷ Sul punto v. le riflessioni offerte da C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 247 e 694; v. pure A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., 313 ss., nonché G. BONILINI, *La forma del mutuo dissenso*, in *Contratti*, 1997, 545 ss. Anche la giurisprudenza pare ormai orientata in questa direzione: v., *ex multis*, Cass., ord. 22 novembre 2021, n. 35931, Cass., 18 aprile 2016, n. 7638, Cass., 27 novembre 2006, n. 25126; *contra* Cass., 20 maggio 1991, n. 5684, nonché Cass., 6 giugno 1988, n. 3816 (le quali applicano il principio della libertà della forma alla risoluzione consensuale di un preliminare di compravendita immobiliare).

¹⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari – dei requisiti del contratto*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, 418; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 207 s.; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 247.

¹⁹ Il principio della libertà di forma è peraltro oggi ribadito e valorizzato anche dalla Riforma del diritto francese dei contratti, operata dall'*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016* (in particolare artt. 1102, 1128, 1172 e 1173 del *Code civil*), ove, nell'ambito della disciplina della *forme du contrat*, e in applicazione del generale principio della *liberté contractuelle*, viene consacrato il *principe du consensualisme* (art. 1172 cod. civ. fr., 1° comma: «*Les contrats sont par principe consensuels*»), che incontra solo due eccezioni, come tali qualificate nel 2° e 3° comma del medesimo articolo, ovverosia i contratti solenni («*Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation*») ed i contratti reali (la cui conclusione è subordinata alla consegna della cosa): v. D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 436, e C. FRANÇOIS, *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris I*, consultabile all'indirizzo <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/avant-propos/>. Per una panoramica generale sulla riforma v. D. VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-*



solo passibili, per l'appunto, di una interpretazione estensiva²⁰ –, sembra, infatti, difficile sostenere una dilatazione delle predette disposizioni tale da poter attrarre nel loro ambito di applicazione anche gli accordi risolutivi di patti meramente accessori ai contratti formali, come è il caso dell'accordo volto a sciogliere il rapporto contrattuale inerente alla caparra.

Tale rapporto, pur essendo accessorio rispetto al contratto principale cui si riferisce, ha un diverso oggetto e gode anche di una propria autonomia, sia funzionale sia di disciplina, come dimostra il fatto che esso, avendo ad oggetto denaro o beni mobili, rimane sempre a forma libera, ponendosi semmai vincoli formali solo sul piano probatorio²¹.

Pertanto, in assenza di un dato normativo che preveda siffatta conseguenza, sarebbe affetta da evidente illogicità una soluzione per la quale la forma scritta, reputata non necessaria per la caparra in sé considerata, dovesse per contro ritenersi imposta per il contratto risolutorio della medesima; maggiormente coerente appare, piuttosto, ritenere che il mutuo dissenso circa un patto di caparra non sia soggetto ad alcun vincolo di forma, neppure nel caso in cui il contratto principale fosse a forma vincolata²².

Per contro, con riferimento al contratto principale cui accede il patto di caparra, vale la pena osservare che le predette considerazioni impongono invece di escludere che il comportamento materiale delle parti possa di per sé solo comportare la risoluzione per mutuo consenso del predetto negozio principale, qualora per esso sia prescritta una determinata forma *ad substantiam*.

Ciò vale non solo per il caso, poc'anzi illustrato, dei contratti elencati all'art. 1350 cod. civ., ove come detto la prescrizione del vincolo formale deve ritenersi estesa anche agli accordi risolutivi di tali rapporti, ma anche per l'ipotesi del contratto preliminare di compravendita immobiliare, per il quale il requisito essenziale della forma scritta si ricava, *per relationem*, dall'art. 1351 cod. civ.

francese, Napoli, 2018, e il fascicolo monografico di *Persona e Mercato*, 1/2018 – *La riforma del Code civil*, nonché F. TERRÉ, *La réforme du droit des obligations*, Paris, 2016.

²⁰ Dal principio di libertà della forma e dal fatto che le norme derogatorie di esso siano eccezionali, non si deve però dedurre che i contratti a forma vincolata siano una realtà marginale e trascurabile, tenuto conto che «l'osservanza di vincoli di forma condiziona largamente e fortemente, sotto molteplici profili, l'operatività di un gran numero di contratti»: nitidamente, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 206 s. Sul tema v., inoltre, L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2021, 151 ss., il quale, soffermandosi sul cd. neoformalismo negoziale, osserva che, alla base di tale fenomeno, «viene ravvisata comunemente un'istanza di giustizia, che non si pone necessariamente in conflitto con la libertà contrattuale nella misura in cui la prescrizione relativa alla forma sia diretta – in un'ottica riequilibratoria – a consentire l'esplicazione dell'autonomia contrattuale alla stregua di canoni ispirati all'informazione e alla trasparenza della contrattazione».

²¹ Sul tema v., *ex multis*, G. BAVETTA, *op. cit.*, 84 s.; v. pure I. TARDIA, *op. cit.*, 204 ss., che riguardo alla caparra rammenta la forma scritta *ad probationem* richiesta dall'art. 2722 cod. civ. Cfr. anche S. MONTICELLI, *La forma dei patti aggiunti al contratto*, Napoli, 1999, 26 ss., il quale, indagando il più generale tema dei patti aggiunti ai contratti formali, esclude una automatica simmetria tra i primi e i secondi, affermando al contempo che nel determinare la forma cui assoggettare il patto aggiunto si dovrà valutare se i «motivi sostanziali che hanno indotto il legislatore a prescrivere a pena di nullità l'osservanza nel contratto di un determinato formalismo ricorrano anche per il patto diretto a modificare, rinnovare o integrare la disciplina del negozio primario».

Si può semmai discutere se il patto di caparra, qualora inserito in condizioni generali di contratto, debba essere approvato per iscritto dall'aderente ai sensi dell'art. 1341, comma 2, cod. civ.: così, ad es., C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, cit., 384.

²² Rimane semmai sullo sfondo, pur senza venire in rilievo nella fattispecie qui esaminata (ove la riconsegna, mediante restituzione, si è già verificata) se, specialmente aderendo alla tesi secondo cui per i contratti traslativi che già abbiano prodotto l'effetto reale si imporrebbe un autonomo negozio con effetti opposti al precedente (v. sopra *sub* nota 16), il mutuo dissenso di un patto di caparra sia anch'esso un patto reale – che dunque si perfeziona con la consegna – oppure se si possa immaginare un mutuo dissenso non reale che estingue il rapporto a prescindere dalla riconsegna della somma, sulla base dell'obbligazione di riconsegnarla: ipotesi, quest'ultima, che ad avviso di chi scrive si lascia preferire, tenuto conto che le tipiche operazioni dei contratti reali possono essere oggetto anche di contratti consensuali, come dimostra il fatto che la stessa legge, accanto al contratto (reale) di mutuo, contempla la promessa di mutuo (art. 1822 cod. civ.): v. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, cit., 215 s.



Nel solco di codesta ricostruzione si colloca anche una parte della giurisprudenza di merito, la quale, nell'occuparsi proprio della restituzione della caparra versata in occasione della stipula di un preliminare di compravendita immobiliare, ha escluso la tacita risoluzione del contratto principale, proprio in ragione della mancanza della necessaria forma scritta²³.

4. – Se è vero, quindi, che lo scioglimento del patto di caparra ben può verificarsi anche per *facta concludentia*, occorre a questo punto soffermarsi sui requisiti che il comportamento delle parti deve possedere affinché si possa sostenere che una simile fattispecie risolutoria si sia perfezionata.

È un dato ormai diffuso, e sul quale non v'è ragione di dubitare, quello per cui, in assenza di una manifestazione di volontà da parte dei contraenti, la predetta risoluzione possa avvenire solo lì dove il comportamento delle parti sia tale da disvelare in modo certo, chiaro ed inequivoco l'intento di estinguere il rapporto negoziale²⁴.

Diversamente ragionando, ossia ammettendo che un così dirompente effetto demolitorio possa riconnettersi ad una volontà cristallizzata in condotte non univoche, si rischierebbe, infatti, di minare sensibilmente la stabilità dei rapporti contrattuali e delle obbligazioni che in tali rapporti trovano la loro fonte; senza contare, poi, l'evidente frattura che verrebbe a crearsi all'interno del sistema nel dare spazio ad una soluzione interpretativa, quale è quella qui criticata, che diametralmente confligge con il generale principio di conservazione del contratto²⁵.

Sulla base di tali premesse non sembra quindi possibile desumere dalla “mera” restituzione della caparra precedentemente versata, quand'anche ricevuta dall'altro contraente, una inequivoca volontà risolutoria²⁶. La

²³ V. Trib. Torino, 28 marzo 2003, in *DeJure*, ove si è precisato che lo scioglimento per mutuo consenso di un contratto per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam* deve risultare anch'esso da un atto scritto, con la conseguenza che la restituzione della caparra da parte del promittente venditore non è sufficiente a determinare lo scioglimento del predetto contratto per *facta concludentia*. In particolare, nel solco di un orientamento giurisprudenziale (v., ad es., Cass., 11 ottobre 2002, n. 14524) condiviso anche di recente (v., tra le altre, Cass., 23 novembre 2018, n. 30446), viene ribadito che la risoluzione consensuale di un contratto riguardante il trasferimento, la costituzione o l'estinzione di diritti reali immobiliari è soggetta al requisito della forma scritta *ad substantiam* non soltanto quando il contratto da risolvere sia definitivo e, quindi, il contratto risolutorio rientri nella espressa previsione dell'art. 1350 cod. civ., ma anche quando il contratto da risolvere sia preliminare, tenuto conto che la ragione giustificativa dell'assoggettamento del preliminare alla forma *ex art.* 1351 cod. civ. – da ravvisare nell'incidenza che il preliminare spiega su diritti reali immobiliari, sia pure in via mediata, tramite l'assunzione di obbligazioni – si pone in termini identici per il contratto risolutorio del preliminare stesso.

²⁴ Cfr., tra le tante, Cass., ord. 27 giugno 2018, n. 16948, Cass., 30 maggio 2018, n. 13661, Cass., ord. 7 dicembre 2017, n. 29427. In questa direzione è da tempo orientata anche la giurisprudenza d'Oltralpe: v., ad es., *Cass. fr.*, 22 novembre 1960, in *Bull. Civ.*, I, n. 510, nonché la più recente *Cass. fr.*, 7 marzo 2000, n. 97-20.588, ove si è precisato che il mero silenzio prolungato per mesi, unitamente alla mancata esecuzione del contratto, non disvela la volontà inequivoca di sciogliere il contratto per mutuo dissenso.

²⁵ Non pare infatti fuori luogo richiamare il principio di conservazione del contratto, se si ha cura di considerare che, nel contesto della norma che lo contempla (art. 1367 cod. civ.), siffatto criterio si applica anche nelle ipotesi in cui vi sia una clausola ambigua in grado di determinare l'inefficacia dell'intero contratto, portando a preferire una «interpretazione che uccide la clausola, salvando il contratto»: così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 454; sostanzialmente in questa direzione già C. GRASSETTI, *Conservazione (Principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 174.

²⁶ Salvo che altri elementi del caso di specie consentano di giungere a una diversa soluzione: v., ad es., Trib. Cagliari, 24 gennaio 1997, n. 139, in *Riv. giur. sarda*, 1998, 434 ss., con nota di C. CHESSA, ove, a proposito di un preliminare di compravendita avente ad oggetto un lotto di terreno edificabile, in occasione del quale era stata versata una caparra da parte del promissario acquirente, dall'avvenuta restituzione in favore dello stesso della somma corrisposta a titolo di caparra confirmatoria, oltreché dal riconoscimento della proprietà del bene promesso in vendita in capo al promittente venditore, entrambi risultanti da una non meglio identificata scrittura intervenuta tra i contraenti, si è ritenuto che, nella specie, emergesse la comune volontà delle parti di risolvere per mutuo dissenso il contratto preliminare (con conseguente venir meno anche dei diritti nascenti dal patto di caparra). In quel caso, peraltro, essen-



ricezione in restituzione della caparra, infatti, è sotto questo punto di vista un comportamento neutro, che di per sé non pregiudica i diritti delle parti scaturenti dalla caparra medesima e a cui possono essere sottese le più diverse e insondabili ragioni. Condivisibile risulta, pertanto, la linea interpretativa sulla quale sembra ormai essersi assestata la giurisprudenza di legittimità²⁷, lì dove – ripercorrendo, seppur non del tutto consapevolmente, le direttrici di un orientamento giurisprudenziale assai più remoto²⁸ –, afferma che anche a seguito della spontanea restituzione della caparra da parte di chi l'aveva precedentemente ricevuta, la controparte conserva il diritto di recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra versata.

Peraltro, neppure si può affermare, perlomeno di regola e fatti salvi elementi del caso concreto che consentano di giungere a differenti conclusioni, che il solo fatto della restituzione della caparra faccia venir meno la funzione di garanzia propria della medesima, tenuto conto che, in mancanza di una risoluzione consensuale del rapporto principale, tale funzione deve ritenersi permanere intatta fintantoché persiste l'inadempimento²⁹.

Pertanto, se è vero che il patto di caparra è un contratto che, in quanto a forma libera, ben può essere sciolto anche per comportamenti concludenti delle parti, nell'ipotesi che si sta esaminando difettano, a ben vedere, elementi atti a palesare l'intento non equivoco dei contraenti di risolvere il rapporto contrattuale. A fronte di un comportamento siffatto, dunque, il patto deve ritenersi integro sul piano dell'efficacia, così come immutati devono intendersi i diritti delle parti che in esso trovano la loro origine.

5. – Nello scenario qui esaminato, rimane tuttavia da indagare un ultimo rilevante profilo, fugacemente sfiorato anche da un già citato, recente, arresto intervenuto sul tema³⁰.

dovi un documento scritto, non veniva indagato il problema della necessaria simmetria formale tra il negozio risolutorio e il contratto oggetto dello scioglimento (cfr. sul punto C. CHessa, *op. cit.*, 437, che osserva come il Tribunale abbia implicitamente avallato la tesi favorevole a tale simmetria).

²⁷ V. in particolare Cass., 12 luglio 2021, n. 19801, cit., ove si osserva che la mera ricezione in restituzione della caparra precedentemente versata è, di per sé, un comportamento neutro, che non implica la caducazione del titolo giustificativo per l'esercizio del diritto di recesso, né comporta una implicita risoluzione del patto di caparra per mutuo consenso; pertanto, nel caso sottoposto alla S.C. – avente ad oggetto la stipulazione di un contratto preliminare di compravendita immobiliare, in occasione del quale il promissario acquirente aveva versato alla promittente venditrice (nella specie un'agenzia di viaggi), mediante assegno, una somma a titolo di caparra confirmatoria e tuttavia, pochi giorni dopo, quest'ultima aveva restituito alla controparte il predetto assegno comunicandole di non volere più vendere l'immobile oggetto del preliminare –, e dove era pacifico l'inadempimento della promittente venditrice (aspetto, invero, non indagato né valorizzato dalla pronuncia impugnata), permaneva il diritto della parte fedele a recedere dal contratto e ad esigere il doppio della caparra versata.

²⁸ V. Cass., 7 aprile 1948, n. 511, massimata in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, XXVII, 327, e consultabile per esteso in *Riv. dir. comm.*, 1949, XLVII, II, 73 ss. La pronuncia concerne un contratto di compravendita tra privati, avente ad oggetto 25 quintali di mandorle, la cui obbligazione di consegna della merce acquistata era rimasta inadempita; nel contenzioso instaurato dall'acquirente per il risarcimento dei danni subiti – pur dopo avere ricevuto dall'altra parte la restituzione della caparra versata – la S.C. (seppur con stringate argomentazioni) statui che il contratto risolutorio di un precedente rapporto contrattuale ben può avvenire mediante mutuo consenso delle parti anche quando vi sia stato inadempimento di una di esse, sempre che emerga la rinuncia, da parte dell'altro contraente, ai diritti derivanti dalla predetta inadempienza. Nel caso di specie, invece, risultava chiaro che l'acquirente, accettando la restituzione della caparra, avesse manifestato soltanto la volontà di non dare seguito al rapporto contrattuale (e dunque la volontà di non insistere per la consegna delle mandorle), restando però salvi gli altri rimedi previsti per l'inadempimento, ed in particolare la risoluzione ed il risarcimento del danno (quest'ultimo anche ai sensi dell'art. 1385, comma 3, cod. civ.).

²⁹ Questo, invece, è quanto sembra avere affermato App. Brescia, 31 marzo 2016, n. 281, illustrata (e poi cassata) dalla citata pronuncia Cass., 12 luglio 2021, n. 19801, cit.

³⁰ V. ancora Cass., 12 luglio 2021, n. 19801, cit., nella parte in cui, in chiusura della motivazione, afferma che «la volontà abdicatoria del creditore al suo diritto (...) esige e postula che il diritto di credito si estingua conformemente alla volontà remissoria e nei limiti a questa riconducibili», precisando che ciò può avvenire anche per effetto di comportamenti concludenti, purché essi non si tra-



Spostando l'attenzione dal piano del *rapporto contrattuale* di caparra a quello riguardante le *singole obbligazioni* dal medesimo nascenti, occorre, infatti, chiedersi se l'accettazione senza riserve della restituzione della caparra da parte di colui che l'aveva precedentemente versata possa disvelare un intento remissorio di quest'ultimo, volto a estinguere, per remissione del creditore, l'obbligazione avente ad oggetto la corrispondenza al contraente fedele del doppio della caparra stessa per inadempimento della controparte. Si tratta, evidentemente, di una questione differente da quella esaminata in precedenza, se solo si considera che una cosa è discorrere della risoluzione consensuale del patto di caparra, che determina l'estinzione di tutte le posizioni giuridiche che accedono al rapporto contrattuale, altra è, invece, interrogarsi circa l'estinzione di singoli effetti giuridici nascenti dal patto medesimo³¹.

A ben vedere, neppure una simile ricostruzione può essere accolta con riguardo alla vicenda che si sta indagando, difettando ancora una volta una inequivoca manifestazione di volontà nel senso indicato, imprescindibile affinché possa predicarsi anche siffatta (diversa e più limitata) conseguenza.

Vale la pena rammentare in questo contesto che la remissione del debito, quale istituto che si pone come alternativo rispetto al naturale meccanismo di estinzione dell'obbligazione mediante esecuzione della prestazione³², non esige una forma particolare³³, né richiede che la volontà del creditore sia manifestata in modo espresso. Di conseguenza, anche se la lettera dell'art. 1236 cod. civ. parla di «dichiarazione»³⁴, nulla vieta che la volontà remissoria possa desumersi tacitamente³⁵, attraverso comportamenti

ducano «in condotte di dubbia interpretazione» ma facciano, invece, trasparire, in modo non equivoco, la volontà di non volersi avvalere del diritto.

³¹ Sul punto, v. C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 689, il quale porta l'esempio della remissione del debito relativo al prezzo di una compravendita, ipotesi che comporta l'estinzione di un effetto del contratto senza incidere sull'efficacia della vendita stessa.

³² Per l'illustrazione generale dell'istituto, v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 168 ss., F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da M. D'AMELIO, E. FINZI, I, Firenze, 1948, 131 ss., E. TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955, *passim*, e ID., voce *Remissione del debito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 389 ss., N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino, 1984, 290 ss., A. POMPILIO, *La remissione del debito*, in *Obbligazioni*, III, *Il rapporto obbligatorio*, I, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, 273 ss., M.C. POLO – G. FABBRICATORE, *Remissione del debito e figure affini*, in M. PALADINI (a cura di), *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, Torino, 2010, 75 ss., A. VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, in *Obbl. contr.*, 2012, 529 ss., G. GIACOBBE, M.L. GUIDA, voce *Remissione del debito (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 767 ss., P. STANZIONE, voce *Remissione del debito*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 577 ss., C. CICERO, *Le obbligazioni, I modi di estinzione delle obbligazioni*, II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, VIII, Torino, 2013, 95 ss. Per un'analisi recente, attenta anche alle origini dell'istituto, v. F. ROSSI, *La remissione del debito*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 5 ss.

³³ V., ad es., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, rist. agg. 2019, 473. In argomento v. pure E. TILOCCA, voce *Remissione del debito*, cit., 408 s., il quale evidenzia che la forma rimane libera pure nel caso in cui la remissione riguardi un diritto che ha la funzione di predisporre un diritto reale o un diritto garantito da ipoteca; *contra*, M. C. POLO, G. FABBRICATORE, *op. cit.*, 99, nonché G. GIACOBBE, M.L. GUIDA, voce *Remissione del debito*, cit., 785 s., secondo i quali, ogniquale volta il negozio di cui si vogliano rimettere gli effetti obbligatori sia soggetto ad una forma particolare a pena di nullità, anche l'atto di remissione debba assumere la medesima forma.

³⁴ Lo nota, ma senza ravvisarvi un reale ostacolo ad ammettere il perfezionamento *per facta concludentia*, M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1181.

³⁵ Invero, è questione non ancora sopita, ma che ai fini che qui interessano si ritiene possibile lasciare sullo sfondo, quella se la remissione sia negozio unilaterale recettizio risolutivamente condizionato all'opposizione del debitore (come consolidata giurisprudenza afferma, argomentando dalla lettera dell'art. 1236 cod. civ.: per tutte, Cass., 9 giugno 2014, n. 12914) o se, invece, si componga con la dichiarazione del debitore di non volerne profittare nel costituire un accordo contrattuale (che taluno accosta allo schema di cui all'art. 1333 cod. civ.) o un atto unilaterale a struttura bilaterale. Sebbene largo e autorevole sia, in letteratura, il consenso alla tesi del negozio unilaterale (v. G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in AA. VV.,



concludenti³⁶. Del resto, un'indiretta conferma dell'ammissibilità di una remissione tacita del debito si rinviene dallo stesso dato normativo, lì dove, nell'art. 1237 cod. civ., circoscrive le ipotesi ove può presumersi una liberazione del debitore a fronte della restituzione volontaria del titolo del credito³⁷, o, nell'art. 1238 cod. civ., esclude che la rinuncia alle garanzie dell'obbligazione faccia presumere la remissione del debito³⁸.

Al contempo, però, dall'efficacia estintiva tipica della remissione si ricava anche in questo contesto la necessità, affinché possa ritenersi integrata una remissione del debito per *facta concludentia*, di una valutazione assai rigorosa degli elementi atti a disvelare l'intento remissorio del creditore, poiché essa, stante la gravità dell'effetto non soddisfattorio a cui dà luogo (e la sua alternatività rispetto all'adempimento, quale modo fisiologico di estinzione dell'obbligazione), deve portare ad *escludere ogni dubbio* circa la reale volontà estintiva del remittente³⁹. Pertanto, come del resto è a dirsi anche per altri istituti implicanti l'estinzione dell'obbli-

Studi in onore di Emilio Betti, V, Milano, 1962, 789 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., 473; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 3ª ed., Milano – Padova, 2020, 110 ss.; ma, in questa direzione v. già M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948, 250 ss., nonché E. TILOCCA, voce *Remissione del debito*, cit., 404 ss.), non mancano voci propense ad ammettere la natura contrattuale (così, ad es., F. PELLEGRINI, *op. cit.*, 134 s.; cfr., pure, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XV, II, Torino, 1960, 301, il quale ritiene che la remissione, quantomeno quando avvenga nei confronti di un soggetto passivo determinato, necessiti dell'accettazione di quest'ultimo) o a ragionare di una pluralità di strutture di cui quella individuata dall'art. 1236 cod. civ. costituirebbe solo uno schema tipico (v. l'ampia riflessione di P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, spec. 52 ss., e ID., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione*, cit., 188 ss., che muove dalla rilevanza da attribuire alla funzione dell'atto e all'interesse del debitore alla liberazione dal debito; v., inoltre, F. NADDEO, *Remissione del debito e volontà del debitore*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2018). Intrecciata con questo dibattito è la questione riguardante il rapporto tra remissione del debito e rinuncia al credito, risolto, da alcuni, in termini di sostanziale identificazione (ad es., C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 473 s.), da altri, invece, di netta distinzione (per tutti, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione*, cit., 176 ss., e A. LUMINOSO, *Remissione del debito*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 5 s., i quali evidenziano come la rimessione, a differenza della rinuncia, non limiti i suoi effetti all'estinzione della posizione di titolarità del credito, ma incida anche sulla correlativa posizione del debitore). Tuttavia, anche la questione della struttura della remissione e della sua distinzione rispetto alla rinuncia al credito sembra ininfluenza per la soluzione del caso in esame.

³⁶ Significativa è la circostanza che anche l'ordinamento tedesco, che pure muove da un dato normativo che qualifica la remissione del debito, ai sensi del § 397 BGB, come un contratto e non come un atto unilaterale, perviene a soluzioni del tutto analoghe. È pacifico, infatti, che l'*Erfüllungsvertrag* sia un contratto a forma libera, che può perfezionarsi anche per comportamenti concludenti (v. J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen, 1994, 378 ss., nonché L. VON ZUR GATHEN, *Die konkludente Willenserklärung*, Baden-Baden, 2021, 205; sul rapporto tra remissione contrattuale del debito e rinuncia al credito v. J. KLEINSCHMIDT, *Der Verzicht im Schuldrecht*, Tübingen, 2019, 259 ss.). La struttura contrattuale non è, infatti, incompatibile con una manifestazione della volontà per *facta concludentia*, ferma l'ovvia differenza che, nell'ottica della contrattualità, detto comportamento dovrebbe accertarsi anche rispetto al debitore (ma non par dubbio che pure la volontà del debitore di non voler profittare della remissione possa manifestarsi tacitamente).

³⁷ In particolare, si ritiene che l'art. 1237, comma 1, cod. civ. contempli una ipotesi di presunzione assoluta di liberazione dal debito, mentre il comma 2 della predetta norma darebbe spazio ad una presunzione relativa (v. per tutti P. STANZIONE, voce *Remissione del debito*, cit., 592; ma in senso parzialmente difforme v. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 242 s. il quale evidenzia che il possesso del titolo da parte del debitore non è di per sé sufficiente a fare sorgere una presunzione, assoluta o relativa, di liberazione e che il creditore può sempre provare che la restituzione, benché volontaria, non sia idonea a produrre l'effetto liberatorio).

A proposito dell'art. 1237 cod. civ. C.M. BIANCA, *ibidem*, osserva che la volontaria restituzione del titolo prova, più in generale, l'estinzione del debito (ben potendo, ad es., la restituzione essere motivata dal fatto che il pagamento è già avvenuto).

³⁸ L'art. 1238 cod. civ. impedisce che la rinuncia del creditore alle sole garanzie dell'obbligazione possa, in forza di un'automatica propagazione, estendersi all'intera obbligazione (cfr. N. DI PRISCO, *op. cit.*, 309).

³⁹ Nuovamente, anche riguardo a questo punto si segnala piena consonanza di soluzioni tra diritto italiano e ordinamento tedesco. V. ancora J. GERNHUBER, *op. cit.*, 379, nonché L. VON ZUR GATHEN, *ibidem*, ove si chiarisce che ai fini della remissione del debito per *facta concludentia* occorre accertare una volontà inequivoca di estinguere il debito, precisandosi altresì (alla luce della natura contrattuale della remissione) che la verifica dei presupposti sarà particolarmente rigorosa riguardo alla volontà del creditore. Cfr., peraltro, *OLG München*, 14 luglio 1989, in *NJW-RR*, 1990, 20, il quale ha ritenuto che la restituzione al conduttore del deposito cau-



gazione senza adempimento⁴⁰ e, più in generale, per tutti gli atti di rinuncia ad un diritto⁴¹, non potrebbe mai prospettarsi una remissione del debito in assenza di una *inequivoca* volontà estintiva del creditore⁴².

Così, la mera ricezione in restituzione della caparra appare nuovamente, anche da questa angolazione, un comportamento in sé neutro, da solo incapace di rilevare un'univoca volontà remissoria del creditore e, conseguentemente, inidoneo anche ad estinguere il debito della controparte. Esso, infatti, appare obiettivamente suscettibile di assumere i significati più vari, tra i quali quello di una remissione del debito (o di una rinuncia al credito, se si ritiene di poterla distinguere dalla prima⁴³) è solo uno tra i tanti possibili.

In particolare, una siffatta condotta potrebbe essere manifestazione di mera disattenzione o trascuratezza ovvero, di contro, esprimere un atteggiamento di tolleranza dell'altrui inadempimento⁴⁴, conforme al canone della buona fede *in executivis* o motivato anche da ragioni opportunistiche o di interesse⁴⁵, che non implica rinuncia al diritto ed è compatibile con la perdurante intenzione di esigere l'adempimento (e di avvalersi dei rimedi dall'inadempimento scaturenti). Da una diversa prospettiva, la ricezione della caparra potrebbe, inoltre, essere intesa anche come accettazione senza riserve di un pagamento parziale, avente ad oggetto, precisamente, la metà della prestazione (il doppio della caparra, appunto) che sarebbe dovuta alla parte fedele in caso di esercizio del diritto di recesso conseguente al patto di caparra. Ed è appena il caso di osservare che l'accettazione di un pagamento parziale non preclude al creditore di esigere il residuo dovuto, a prescindere dalla volontà manifestata dal debitore al momento del pagamento⁴⁶.

zionale, nonostante la presenza di difetti riconosciuti o almeno facilmente riconoscibili del bene locato, avesse comportato una rinuncia del locatore ai propri diritti risarcitori, integrando, per l'appunto, un *Erlassevertrag*.

⁴⁰ La "non equivocità" dell'intento estintivo è espressamente richiesta, in particolare, per la novazione, con una formula, quella scolpita nell'art. 1230, comma 2, cod. civ. («la volontà di estinguere l'obbligazione deve risultare in modo non equivoco»), la cui funzione non è di imporre la manifestazione espressa del c.d. *animus novandi*, ben essendo possibile che l'inequivoca comune intenzione delle parti di estinguere l'originaria obbligazione e sostituirla con quella nuova emerga anche tacitamente, ma di precisare che, nel dubbio, la volontà delle parti deve essere interpretata come meramente modificativa della precedente obbligazione (sul punto v., per tutti, C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 447 s.).

⁴¹ Infatti, la rinuncia ad un diritto non può presumersi, ma ciò non esclude che la volontà di rinunciare possa essere desunta da un comportamento concludente «incompatibile con l'intenzione di avvalersi del diritto», fermo che la valutazione in concreto dei comportamenti che integrano rinuncia forma oggetto di un giudizio di merito non sindacabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione (Cass., 13 gennaio 2009, n. 460, e Cass., 27 febbraio 2004 n. 3974).

⁴² V. ad es. Cass., 14 luglio 2006, n. 16125, ove si afferma che «è vero che la remissione del debito, pur non potendosi presumere, può tuttavia ricavarsi anche da una manifestazione tacita di volontà, ma in tal caso è indispensabile che la volontà abdicativa risulti da una serie di circostanze concludenti e non equivocate, assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto di credito». Tra le più recenti cfr. Cass., ord. 13 ottobre 2021, n. 27894; v. pure Cass., ord. 26 gennaio 2021, n. 1724, in *Contratti*, 2021, 257 ss., con nota di F. RIZZI, *La remissione tacita del debito presuppone una manifestazione di volontà inequivoca: commento a una recente pronuncia della Suprema Corte di cassazione*, per la quale un comportamento tacito può ritenersi indice della volontà del creditore di rinunciare al proprio credito «solo quando non possa avere alcun'altra giustificazione razionale, se non quella di rimettere al debitore la sua obbligazione» (corsivo aggiunto; nello stesso senso anche Cass., ord. 14 dicembre 2020, n. 28439).

Sull'argomento, tra gli studi più recenti, v. C. ROMEO, *Novazione, remissione e tecniche di gestione dei rapporti contrattuali*, Roma, 2018, 129 ss.

⁴³ Sulla discussa possibilità di distinguere tra loro queste due figure si rinvia al dibattito richiamato sopra, *sub* nota 35.

⁴⁴ Sulla rilevanza della tolleranza nell'ordinamento italiano d'obbligo è il riferimento a S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.

⁴⁵ V. G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1165 s., il quale, con riguardo alle ragioni che possono fondare un'inerzia nell'esercizio del credito, evoca eventuali «rapporti affettivi, di amicizia o familiari, con il debitore; ma anche profili di "opportunità/interesse, che potrebbero suggerire un atteggiamento di "disponibilità" nei confronti di un debitore "strategico", con il quale si intrattengono magari altri e più rilevanti rapporti, o si prevede/auspica che essi possano sorgere».

⁴⁶ Cfr. Cass., 14 giugno 1997, n. 5363, la quale ha escluso che il pagamento parziale espressamente indicato dal debitore come "a saldo" della maggior pretesa, con la contestuale accettazione del creditore senza nulla replicare, potessero integrare una remissione del debito o una rinuncia al credito.



In definitiva, il comportamento passivo e meramente recettivo tenuto dal ricevente nell'ipotesi su cui si sta riflettendo, pare assimilabile, per quanto attiene ai suoi caratteri di ambiguità, ad un'inerzia nell'esercizio dei propri diritti, un silenzio per sua natura del tutto anòdino⁴⁷, e che potrebbe essere motivato dalle ragioni più disparate⁴⁸.

Si confermano quindi nuovamente le conclusioni cui siamo giunti in precedenza scorrendo dell'eventuale scioglimento per mutuo dissenso del patto di caparra. Il comportamento della parte fedele che accetta la restituzione della caparra precedentemente versata non è di per sé idoneo né ad incidere sull'efficacia del patto di caparra, né a determinare un'estinzione – in particolare per remissione del debito – delle obbligazioni nascenti dal patto medesimo.

6. – Le riflessioni qui sviluppate muovendo dalla peculiare fattispecie della ricezione in restituzione della caparra precedentemente versata consentono, in definitiva, di individuare un elemento identificativo che accomuna trasversalmente diverse e molteplici ipotesi, ponendosi come limite generale alla possibilità di perfezionamento per fatti concludenti di fattispecie negoziali con effetti estintivi, siano essi estintivi di singole obbligazioni oppure di un più complesso rapporto contrattuale; non a caso, esso concerne anche entrambe le ricostruzioni che si sono prospettate nel caso oggetto di indagine, tanto la prima, che ragiona di una possibile estinzione dell'intera fattispecie contrattuale del patto di caparra per *facta concludentia*, quanto la seconda, che indaga la possibile estinzione, per remissione del creditore, di taluni diritti nascenti dal patto medesimo.

Ci riferiamo al limite della necessaria *inequivocità* del comportamento concludente, che è il riflesso, a sua volta, della necessaria inequivocità della volontà estintiva che lo stesso dev'essere in grado di rappresentare affinché possa incidere, estinguendola, sulla posizione giuridica cui si riferisce.

Già si è detto che, talvolta, è lo stesso legislatore a imporre la predetta, univoca volontà quale presupposto

⁴⁷ V. quanto osserva M. ORLANDI, *op. cit.*, 1180, evidenziando come il silenzio sia «un mero non esserci, il quale in ragione della propria negatività nulla significa».

⁴⁸ Aspetti rilevati anche dalla giurisprudenza, lì dove precisa che «annettere rilevanza alla mera inerzia del creditore significa, in buona sostanza, ridurre indebitamente il termine fissato dalla legge per la prescrizione del diritto» (Cass., ord. 3 ottobre 2018, n. 24139; v. pure Cass., ord. 5 febbraio 2018, n. 2739, per la quale «né il silenzio né l'inerzia possono essere interpretati come manifestazione tacita della volontà di rinunciare al diritto medesimo, poiché la rinuncia non può essere oggetto di mere presunzioni»). E v. anche la cit. Cass., ord. 14 dicembre 2020, n. 28439, nella cui motivazione si ricorda che «il silenzio (...) non può mai elevarsi a indice certo d'una volontà abdicativa o rinunciataria d'un diritto, a meno che non sia circostanziato, cioè accompagnato dal compimento di atti o comportamenti di per sé idonei a palesare una volontà inequivocabile».

Questione ulteriore – e che si distingue dalla fattispecie al nostro esame (in cui nessun rilievo ha il tempo trascorso) – è se un'inerzia nell'esercizio del diritto di credito, protrattasi per un periodo di tempo assai considerevole in rapporto alla durata del contratto, possa ingenerare nella controparte un obiettivo affidamento nella rinuncia al credito, meritevole di protezione alla stregua della buona fede e del correlato divieto di abuso del diritto: in proposito v. Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, la quale, con riguardo a un caso di mancata riscossione di canoni di locazione prolungatasi per sette anni, seguita dall'improvvisa richiesta da parte del locatore della somma integrale, divenuta nel frattempo esorbitante, ha qualificato tale repentina richiesta come abusivo esercizio del diritto di credito, negando ad essa tutela, e ciò a dispetto del fatto che non fosse ancora maturato il termine di prescrizione del diritto medesimo. Sulla pronuncia, che ha ridato linfa al dibattito circa la portata del divieto di abuso del diritto e sulla discussa cittadinanza nel nostro ordinamento di un istituto assimilabile alla *Verwirkung* tedesca (in precedenza esclusa dalla stessa Corte di legittimità: v. Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, c. 1397), v., con accenti in prevalenza critici, i contributi ospitati nel fasc. n. 5 della *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, di F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, ivi, 1171 ss., C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, ivi, 1186 ss., G. D'AMICO, *op. cit.*, 1164 ss., e M. ORLANDI, *op. cit.*, 1179 ss. Sulla *Verwirkung* v. F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971, e S. PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 722 ss.



per il determinarsi di taluni effetti⁴⁹; ma, anche a prescindere da una declamazione del dato normativo, è possibile portare a emersione un più generale principio immanente al nostro ordinamento e desumibile, implicitamente, anche da alcune altre disposizioni.

Si pensi, per rimanere entro il perimetro dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, alla possibilità per le parti, obbligate reciprocamente l'una verso l'altra, di estinguere volontariamente i loro debiti mediante compensazione. Non v'è ragione per dubitare del fatto che il contratto che sorregge la comune volontà delle parti non richieda una forma particolare e possa concludersi anche attraverso comportamenti concludenti⁵⁰, ma da ciò non pare possibile predicare una reciproca estinzione delle rispettive posizioni debitorie in mancanza di una chiara e comune volontà dei contraenti diretta a tale fine. Lo stesso è a dirsi per la *datio in solutum*, che parimenti trova la sua fonte in un accordo negoziale⁵¹ e che può attuarsi anche tacitamente⁵², purché risulti in modo inequivoco il reciproco consenso delle parti nel senso di estinguere l'obbligazione mediante l'esecuzione di una prestazione diversa da quella originaria⁵³.

Si tratta di un unico, comune, baluardo che si erge a presidio della certezza e stabilità delle situazioni giuridiche preesistenti, lì dove azioni – o omissioni – di dubbio significato siano potenzialmente in grado di comportarne una sensibile modifica, se non l'estinzione.

Si appalesa quindi nitidamente l'opportunità di invocare un siffatto criterio selettivo generale e di più ampio respiro che, al di là delle peculiarità del singolo istituto preso in considerazione, consenta di attribuire efficacia giuridica estintiva solo a taluni comportamenti concludenti, e non ad altri.

⁴⁹ V. sopra, *sub* nota 40, a proposito della novazione.

⁵⁰ In questa direzione pare anche Cass., 10 febbraio 2003, n. 1955, lì dove, a proposito della prova della compensazione volontaria che sia fondata su un accordo contenuto in un atto che deve essere redatto per iscritto, precisa che la «mancanza della forma scritta (...) inciderà sulla validità dell'atto in sé, ma non dell'accordo con il quale le parti hanno stabilito di elidere le rispettive posizioni di credito e di debito». Sul tema v. A. GORASSINI, F. TESCIONE, *Della compensazione*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2016, 217 s. Sulla forma dell'accordo su cui si fonda la compensazione volontaria cfr. già Cass., 15 marzo 1969, n. 849, *mass. in ForoPlus*.

⁵¹ Sui caratteri di tale contratto v., tra i molti, S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento – b) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 737 s.

⁵² V. per tutti A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano 1987, 34. Naturalmente ciò non esclude il fatto che, in alcuni casi, anche per questo contratto si imponga un vincolo di forma (cfr., ad esempio, Cass., 22 giugno 2021, n. 17810, inerente alla pattuizione intercorsa tra le parti di un contratto di trasferimento immobiliare, parzialmente modificativa di questo ed avente ad oggetto il trasferimento, quale modalità di pagamento, di una somma di denaro in sostituzione dell'immobile convenuto).

⁵³ In ciò si giustifica il copioso orientamento giurisprudenziale che, a proposito del pagamento del canone di locazione effettuato con modalità differenti da quelle pattuite, rimarca, pur con diverse sfumature, che l'efficacia liberatoria di siffatto pagamento «è condizionata al consenso del creditore, che può manifestarsi anche in forma tacita, per atti concludenti, che devono, però, sostanzialmente in una pregressa e prolungata accettazione di tale modalità di corresponsione del canone» (Cass., 19 luglio 2005, n. 15202, relativa al pagamento mediante vaglia postale), e tale comportamento del creditore può essere idoneo anche ad escludere lo stato soggettivo di colpa del debitore inadempiente (Cass., 21 dicembre 2004, n. 23695). V. pure, *ex multis*, Cass., 23 gennaio 2006, n. 1226, e Cass., 14 marzo 2006, n. 5447.

Cfr., poi, quanto osserva, in merito alla necessaria conoscenza delle circostanze «concludenti» da parte di colui che tiene un determinato comportamento, A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., 42, portando quale esempio il caso del creditore di una somma di denaro data a mutuo che riceva dal debitore il pagamento di interessi *in futurum*, senza conoscere quest'ultima circostanza (che porterebbe a un prolungamento del termine di scadenza del mutuo), L'A. rileva, infatti, che «un comportamento concludente posto in essere ignorando le circostanze che ad esso, induttivamente, consentirebbero di collegare una certa dichiarazione, non può vincolare alla dichiarazione stessa colui che l'abbia tenuto». Implicitamente, nel senso da noi indicato pare anche A. D. CANDIAN, voce *Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 264, rammentando che «l'estinzione dell'obbligazione si fonda sulla volontà del creditore, il quale solo può disporre del proprio diritto, mentre è irrilevante qualunque considerazione oggettiva del suo interesse che muova da una valutazione di equivalenza economica tra le utilità dedotte nel rapporto originario e quelle offerte a titolo solutorio».