

Premessi cenni sugli istituti della clausola penale e della caparra confirmatoria, il candidato esamini le fattispecie della rinuncia alla clausola penale e della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva.

La clausola penale costituisce uno degli istituti nei quali più chiaramente si manifesta la tensione, tipica del diritto delle obbligazioni, tra autonomia privata e controllo giudiziale. La sua lunga traiettoria storica, che affonda le radici nella stipulatio poenae del diritto romano, mostra come l'esigenza di predisporre un rimedio anticipato all'inadempimento sia costante nei sistemi giuridici, pur assumendo configurazioni differenti a seconda delle opzioni di politica del diritto. Se nel modello originario la penale si atteggiava quale pattuizione accessoria destinata a rafforzare l'obbligazione principale, l'evoluzione successiva ne ha progressivamente ampliato la funzione, sino a farne uno strumento poliedrico, al crocevia tra risarcimento, sanzione e tecnica di allocazione del rischio.

Le differenze tra ordinamenti sono, sotto questo profilo, particolarmente rivelatrici. Il diritto francese, coerentemente con l'impostazione liberale del codice Napoleone, aveva inizialmente escluso ogni potere del giudice di incidere sull'assetto negoziale, negando la riduzione della penale anche quando manifestamente eccessiva. Solo in epoca relativamente recente si è affermata una concezione più interventista, che ammette non soltanto la riduzione, ma persino l'aumento della penale irrisoria. Il diritto tedesco e quello italiano vigente, invece, si collocano su una linea intermedia, riconoscendo al giudice un potere di riequilibrio limitato ai casi di manifesta eccessività. Ancora diversa è la prospettiva dei sistemi di common law, nei quali la distinzione tra liquidated damages e penalties conduce a negare validità alla clausola penale in senso proprio: qui il controllo sull'eccessività non si traduce in una correzione del contenuto negoziale, bensì nella radicale inefficacia della clausola. Tale varietà di soluzioni dimostra come l'istituto si collochi in un'area di confine, nella quale si confrontano concezioni diverse del rapporto tra contratto e giurisdizione.

La clausola penale deve la sua diffusione nella prassi contrattuale al fatto di soddisfare sia un interesse del creditore sia un interesse del debitore.

Dal punto di vista del favor creditoris, la previsione di una penale ha l'effetto di dispensare il creditore dall'onere di provare il danno, essendo la penale dovuta in conseguenza del semplice ed obiettivo fatto dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento, purché imputabile (art. 1382 c.c.); il che costituisce, com'è del tutto evidente, una deroga, a vantaggio del creditore, ai principi disciplinanti la ripartizione dell'onere della prova.

Dal punto di vista del favor debitoris, invece, la penale ha la funzione di limitare l'ammontare del risarcimento alla prestazione dedotta nella clausola, salvo che non sia stata espressamente prevista la risarcibilità del danno ulteriore; il che costituisce un vantaggio a favore del debitore, il quale, in caso di inadempimento, già conosce le conseguenze risarcitorie cui andrà incontro, e ciò senza tener conto che la penale potrebbe

essere inferiore al reale danno subito dal creditore che, in assenza della clausola, il debitore dovrebbe risarcire per intero.

Come si è visto, l'elemento costitutivo del diritto a pretendere la penale è l'inadempimento, il quale, conformemente ai principi generali sul risarcimento del danno per la violazione degli obblighi contrattuali, deve essere imputabile al debitore, che, altrimenti, verrebbe esonerato dall'obbligo di corrispondere la prestazione oggetto della clausola. Ed a conferma di ciò, sia in giurisprudenza sia in dottrina, è stato correttamente ritenuto che la clausola, in base alla quale il debitore deve una determinata prestazione al proprio creditore per il solo oggettivo fatto dell'inadempimento, anche se dovuto a caso fortuito o forza maggiore, è considerata valida, ma non è qualificabile come clausola penale, costituendo una clausola di assunzione del rischio (la cosiddetta "vendita a rischio e pericolo dell'acquirente") e, come tale, non è disciplinata dalle norme relative alla penale stessa.

In questo contesto si inserisce il dibattito, mai del tutto sopito, circa la funzione della clausola penale.

La dottrina dominante (BIANCA) e la giurisprudenza, considerando la clausola penale come mezzo di preventiva e forfettaria liquidazione del danno, non intendono però alludere all'ipotesi sopra descritta e ritengono anzi che ogni indagine relativa al danno sia esclusa.

In tale prospettiva, la penale consente una liquidazione anticipata del danno, sottraendo le parti all'incertezza e ai costi dell'accertamento giudiziale e dispensando il creditore dalla prova del pregiudizio.

A sostegno di questa conclusione si valorizza il dato testuale nella norma di cui all'art. 1382 c.c., ove viene fatto espresso riferimento sia alla funzione risarcitoria sia alla prova del danno.

Tale conclusione è contestata da una parte della dottrina.

Ad avviso di tale diverso orientamento, limitarsi a tale profilo significherebbe trascurare la dimensione propriamente incentivante e punitiva della clausola. In tale prospettiva, la penale svolgerebbe **una funzione punitiva**, per essere volta ad assicurare, mediante la sanzione, il rispetto del contratto. In tal senso si trae principale argomento dal fatto che, essendo la prestazione dedotta come penale dovuta a prescindere dall'esistenza di un danno in concreto in capo al creditore, la sua debenza non potrebbe che essere collegata non alla diminuzione patrimoniale subita dal creditore, che può anche non ricorrere, ma alla violazione del regolamento negoziale.

La previsione di una penale anche superiore al danno prevedibile mirerebbe, secondo i fautori di tale ricostruzione, per un verso a scoraggiare comportamenti opportunistici fondati sulla convenienza economica della violazione e, per altro verso, a sanzionare un comportamento non contrattualmente corretto (MARINI). Essa svolgerebbe quindi la funzione di punire il soggetto che ha violato la legge, tale essendo la forza del contratto

tra le parti (art. 1372 c.c.); di qui il suo inserimento fra i cosiddetti strumenti di autotutela contrattuale. Coloro che sostengono la natura essenzialmente punitiva della clausola in esame asseriscono che, se la funzione della penale fosse risarcitoria o, quanto meno, prevalentemente risarcitoria, essa si porrebbe in conflitto con alcuni principi inderogabili dell'ordinamento; poiché, essendo dovuta a prescindere dal danno del creditore, verrebbe a reintegrare una diminuzione patrimoniale che potrebbe anche non esserci stata, con ingiustificato arricchimento del creditore stesso ed in palese violazione del principio di locupletazione che impedisce al creditore di ottenere, a titolo di risarcimento, una somma maggiore del danno effettivamente subito, in funzione della natura strettamente reintegratoria che il nostro ordinamento attribuisce alla responsabilità civile.

Conseguentemente, la corresponsione della penale potrebbe trovare giustificazione solo come sanzione al comportamento illecito dell'inadempimento.

In una posizione intermedia, vi sono autori che riconoscono a tale istituto una duplice funzione, in parte risarcitoria ed in parte anche sanzionatoria (ZOPPINI), potendo essa assolvere, a seconda dei casi, sia una funzione risarcitoria sia una funzione punitiva.

In realtà, la tesi della natura punitiva non pare insuperabile, sol che si esamini attentamente la disciplina della clausola penale e, segnatamente, la possibilità, legislativamente riconosciuta al giudice, di agire ex officio (sul punto vedi infra) riducendo l'importo della penale quando eccessivo, riconducendo il quantum all'interno di una sfera di congruità e sconfessando ogni intenzione punitiva nei confronti del debitore.

A sostegno della natura risarcitoria della clausola penale depone anche la ratio del disposto di cui all'art. 1383 c.c., secondo il quale il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo, ratio comunemente ravvisata nel divieto di un arricchimento senza causa in capo al creditore. Tale ratio non sarebbe coerente ove si ritenesse che la penale costituisca espressione di una funzione punitiva.

La ratio legis del divieto di cumulo appare, invece, maggiormente coerente con la tesi della funzione risarcitoria della penale, che, essendo appunto diretta a risarcire l'interesse del creditore menomato dall'inadempimento della prestazione, non risulta compatibile con la richiesta di esecuzione della prestazione mancante.

Non meno problematico è il tema della natura giuridica della clausola penale. La concezione tradizionale, che ne sottolinea il carattere accessorio, appare sempre meno soddisfacente di fronte alle molteplici applicazioni che l'istituto conosce nella prassi. L'idea di una penale necessariamente subordinata a un'obbligazione principale di fonte contrattuale conduce, infatti, a esiti restrittivi difficilmente giustificabili, quali l'esclusione della sua operatività in ambiti come la responsabilità precontrattuale o la promessa del fatto del terzo. L'opposta ricostruzione, che valorizza l'autonomia della clausola pur nel quadro di un collegamento funzionale con il rapporto principale, consente invece di spiegare in modo più coerente la varietà delle sue applicazioni. In tale prospettiva, la penale si configura come un negozio distinto, dotato di una propria causa, sebbene

teleologicamente orientato alla disciplina dell'inadempimento. Le implicazioni di questa alternativa teorica sono tutt'altro che marginali. Esse investono, tra l'altro, l'ambito di applicazione dell'istituto, la disciplina della forma e dei mezzi di prova, nonché il regime della prescrizione. La tesi dell'autonomia consente di ammettere la clausola penale anche in contesti non strettamente contrattuali, come nel caso di obblighi assunti nella fase delle trattative o in relazione a situazioni giuridiche non pienamente vincolanti. Conformemente all'orientamento maggioritario, che vede la clausola penale come una pattuizione autonoma, avente causa propria e distinta (anche se accessoria) rispetto al contratto cui accede, il termine di prescrizione per far valere i diritti che derivano dalla penale sarà quello ordinario, a prescindere dal termine di prescrizione dei diritti derivanti dal contratto principale; per coloro, invece, che ritengono tale clausola dipendente dal contratto sottostante, il termine prescrizionale sarà il medesimo del contratto stesso. Per quel che riguarda, invece, gli effetti di eventuali cause di nullità, bisogna distinguere l'ipotesi in cui queste concernono il contratto principale o la clausola penale in sé. Nel primo caso, infatti, la nullità del contratto principale travolge sicuramente la clausola penale, in quanto questa, essendo strumentale e accessoria rispetto al rapporto negoziale dichiarato invalido, non svolge più la propria funzione economica e quindi, in sostanza, viene ad essere priva di causa. In tal caso, infatti, la penale verrebbe a sanzionare l'inadempimento di un contratto nullo, ma gli atti nulli, per definizione, non possono essere fonte di obblighi giuridici e quindi la loro eventuale violazione non provoca alcuna conseguenza risarcitoria, fatto questo che rende inutile la funzione della clausola stessa. Discorso diverso deve essere fatto nel caso in cui a essere nulla sia la clausola (perché, ad esempio, la prestazione ivi dedotta risulta illecita), e non il contratto in cui essa è contenuta. In questa ipotesi, poiché il contratto principale continua a svolgere la propria funzione, rendendo possibile il soddisfacimento degli interessi delle parti, dovranno trovare applicazione i principi sulla nullità parziale (art. 1419 c.c.); per cui il giudice, al fine di stabilire se anche il contratto principale debba essere dichiarato nullo, dovrà svolgere un'indagine sulla volontà dei contraenti, volta ad accertare se il creditore avrebbe ugualmente concluso il contratto anche in difetto della penale, ossia senza una sanzione che garantisse l'effettività dell'impegno assunto dal debitore. E, se da tale indagine scaturisce esito positivo, il contratto rimane valido ed efficace, a prescindere dalla sorte della clausola penale.

Ulteriori profili problematici emergono con riguardo all'oggetto della clausola. Sebbene la prassi privilegi la previsione di una somma di denaro, non vi sono ragioni decisive per escludere che la penale possa consistere in prestazioni diverse, anche di fare o di non fare. Una simile apertura, tuttavia, impone di confrontarsi con il rischio di elusione di istituti imperativi, come il divieto di patto commissorio, soprattutto quando la penale comporti il trasferimento di beni determinati. Ancora una volta, la soluzione non può essere individuata in una limitazione astratta dell'istituto, ma richiede una verifica in concreto dell'assetto di interessi perseguito dalle parti.

Il funzionamento della clausola penale è, inoltre, strettamente connesso ai presupposti dell'inadempimento. Essa presuppone, in linea generale, un inadempimento imputabile al debitore, restando esclusa in presenza di caso fortuito o forza maggiore. Particolarmente delicata è la questione della necessità della costituzione in

mora, soprattutto nelle ipotesi di ritardo: l'evoluzione più recente tende a escluderne la rilevanza, valorizzando la funzione automatica della penale quale conseguenza dell'inadempimento.

A fronte delle diverse opinioni sulla funzione svolta dalla clausola penale, un Autore (TRIMARCHI), in contrasto con la dottrina e giurisprudenza dominanti, ha teorizzato l'esistenza di una **penale cosiddetta "pura"**, la cui funzione sarebbe marcatamente punitiva; tale pattuizione ricorrerebbe nel caso in cui, oltre alla penale, il creditore si riservasse la facoltà di agire per il risarcimento del danno; e, pattuita espressamente tale forma atipica di clausola, il soggetto adempiente si avvantaggerebbe della possibilità, a fronte dell'inadempimento del suo debitore, di richiedere la penale nonché il risarcimento del danno.

Tale, pur autorevole, elaborazione di pensiero non ha riscosso il favore della giurisprudenza e della dottrina dominanti.

In senso contrario si è osservato che una penale pura sarebbe inammissibile in quanto si scontrerebbe con il dato testuale dell'art. 1382 c.c., il quale limita il risarcimento alla penale pattuita, derogando a tale principio per il solo caso del danno ulteriore, la cui risarcibilità deve, peraltro, essere espressamente pattuita.

La configurabilità di una penale pura urterebbe anche contro la ratio sottesa al divieto di cumulo previsto dall'art. 1383 c.c. La norma vieta al creditore di domandare insieme la prestazione principale e la penale, salvo che quest'ultima sia stata prevista per il semplice ritardo. La ratio del divieto risiede nell'esigenza di evitare che l'inadempimento determini un ingiustificato arricchimento del creditore e un sacrificio eccessivo del debitore.

Il divieto non riguarda soltanto il cumulo tra prestazione principale e penale, ma si estende, secondo una lettura sistematica, anche al cumulo tra penale e risarcimento del danno relativo al medesimo inadempimento.

Diversamente opinando, la clausola che imponesse al debitore di pagare sia l'intero risarcimento sia l'intera penale per il medesimo danno assumerebbe una funzione propriamente punitiva, difficilmente compatibile con gli artt. 1382, 1383 e 1384 c.c. e con il principio secondo cui il risarcimento deve reintegrare il pregiudizio, non arricchire il creditore.

La giurisprudenza più recente è saldamente attestata su questa posizione, evidenziando che, mentre l'ordinamento assicura i mezzi di tutela per l'adempimento delle obbligazioni, rifugge, in assenza di esplicite previsioni di legge, dall'attribuire al creditore risarcimenti o indennizzi superiori al pregiudizio economico subito, e, in caso di inadempimento di un'obbligazione, mira a ristabilire l'equilibrio patrimoniale turbato, ma non a consentire l'applicazione di pene private.

Particolarmente dibattuta, soprattutto in passato, è stata la questione delle modalità di riduzione della penale manifestamente eccessiva da parte del giudice.

Nel corso del tempo, due sono stati gli orientamenti che si sono registrati nel dibattito giurisprudenziale. Una prima corrente giurisprudenziale ha sostenuto l'impossibilità, da parte del giudice, di esprimersi sulla penale d'importo decisamente superiore, senza un'espressa eccezione proposta dalla parte interessata. Alla base di tale tradizionale orientamento c'era l'idea che la riduzione della penale rispondesse ad interessi valutabili dal solo debitore, e che pertanto a lui solo spettasse, in sede di difesa, richiedere una riduzione, sulla base non di un giudizio sull'entità del danno, ma di equità in relazione al valore della prestazione rimasta inadempita o adempita in ritardo.

In senso opposto si sono orientate alcune pronunce più recenti della Cassazione, che hanno stabilito, al contrario, la rilevabilità ex officio da parte del giudice della manifesta iniquità.

A sostegno di tale mutato indirizzo si assumeva che l'incapacità del giudice di agire autonomamente sulla penale avrebbe potuto contraddire i principi generali dettati in materia di nullità. Ed invero, se la clausola che prevede una penale manifestamente eccessiva viene considerata (dalla giurisprudenza costante) diretta a realizzare una nullità per illiceità della causa, tale nullità dovrebbe e potrebbe essere rilevata dal giudice d'ufficio ex art. 1421 c.c.

A comporre tale contrasto interpretativo è, infine, intervenuta, nel 2005, la Cassazione a Sezioni Unite, optando a favore della tesi della rilevabilità ex officio.

Secondo le Sezioni Unite, l'autonomia dei privati, in caso di stipula di una penale, può scontrarsi con interessi superiori dell'ordinamento che solo il giudice può e deve valutare; ne deriva che, se e quando la clausola non risponde ad interessi meritevoli di tutela, questa deve venir riportata all'interno dell'alveo dell'equità, pur in pregiudizio della volontà delle parti. Si precisa inoltre come, all'interno del disposto di cui all'art. 1384 c.c., non vi sia alcuna previsione sulla necessità dell'eccezione di parte.

Il problema centrale riguarda il parametro temporale della valutazione. Secondo un primo orientamento, l'eccessività della penale dovrebbe essere apprezzata con riferimento al momento della stipulazione del contratto, poiché è allora che le parti hanno determinato l'interesse del creditore all'adempimento. Secondo un diverso e più recente indirizzo, invece, il giudice può considerare anche le circostanze sopravvenute nella fase di esecuzione del rapporto e, dunque, il momento in cui la penale viene concretamente fatta valere.

Quest'ultima impostazione appare preferibile. La riduzione equitativa non può essere ridotta a un giudizio astratto e cristallizzato al momento genetico del contratto. Essa richiede invece una valutazione complessiva dell'equilibrio tra l'importo pattuito, l'interesse del creditore, il danno effettivamente verificatosi e le circostanze dell'inadempimento. In tale prospettiva, il danno subito non esaurisce il parametro di giudizio, ma costituisce certamente un elemento essenziale per verificare se la penale sia sproporzionata.

Conseguentemente, ai fini dell'eventuale riduzione della penale, bisogna necessariamente valutare il rapporto tra l'ammontare della penale e il pregiudizio effettivamente subito da chi la pretende.

Contrasti interpretativi solleva anche il tema della c.d. penale irrisoria.

Il problema nasce quando le parti, invece di prevedere una vera liquidazione anticipata del danno, fissano una penale talmente bassa da trasformarla, nella sostanza, in uno strumento di attenuazione della responsabilità del debitore. In questi casi si pone il dubbio se la clausola, pur formalmente qualificata come penale, non finisca per realizzare lo stesso effetto vietato dall'art. 1229 c.c., cioè l'esclusione o limitazione preventiva della responsabilità per dolo o colpa grave.

La figura della penale irrisoria pone, dunque, un problema particolarmente delicato, perché costringe a interrogarsi sul confine tra clausola penale e patto di limitazione della responsabilità. Il punto di partenza è dato dall'art. 1382 c.c., secondo cui la clausola penale consente alle parti di determinare anticipatamente la prestazione dovuta in caso di inadempimento o ritardo, dispensando il creditore dalla prova del danno. L'art. 1384 c.c. attribuisce poi al giudice il potere di ridurre la penale manifestamente eccessiva, ma non prevede, simmetricamente, come ad esempio nell'ordinamento francese, alcun potere di aumentare la penale manifestamente esigua.

Proprio questa asimmetria normativa rende problematica l'ipotesi in cui la penale sia fissata in misura talmente bassa da non svolgere più una reale funzione di rafforzamento del vincolo o di liquidazione anticipata del danno, ma da tradursi, nella sostanza, in una limitazione preventiva della responsabilità del debitore.

In tale prospettiva, la penale irrisoria rischia di svuotare il rimedio risarcitorio e di assicurare al debitore un vantaggio incompatibile con il divieto posto dall'art. 1229 c.c., il quale dichiara nullo qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità per dolo o colpa grave.

La questione assume rilievo soprattutto quando l'inadempimento sia imputabile a colpa grave. In tal caso, se la penale fosse sempre idonea a delimitare il risarcimento, anche quando irrisoria, il debitore gravemente inadempiente potrebbe invocare la clausola per sottrarsi al risarcimento integrale del danno. Si avrebbe allora un risultato sostanzialmente equivalente a quello vietato dall'art. 1229 c.c. Da qui l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la clausola penale di importo irrisorio, così come accertato dal confronto ex post tra penale e danno concretamente prodotto dall'inadempimento, eludendo il divieto di limitazione della responsabilità, deve considerarsi nulla nella parte in cui impedisce il risarcimento del danno derivante da dolo o colpa grave.

Tale tradizionale orientamento è stato sottoposto a una serrata critica da parte della dottrina più recente.

In senso contrario, si è osservato che la penale è, per sua natura, uno strumento di allocazione del rischio: al momento della stipulazione, le parti accettano che l'importo convenuto possa risultare, in concreto, superiore o inferiore al danno verificatosi. Se la penale supera il danno, ne trae vantaggio il creditore; se rimane al di sotto del danno, ne beneficia il debitore. Questa oscillazione è fisiologica e non basta, da sola, a trasformare la clausola in un patto vietato di esonero o limitazione della responsabilità.

Il criterio decisivo non dovrebbe dunque essere il confronto ex post tra penale e danno concretamente prodotto dall'inadempimento, bensì il raffronto, da compiersi con riferimento al momento genetico del contratto, tra l'importo pattuito e il danno prevedibile secondo una valutazione prognostica. La penale può dirsi manifestamente irrisoria, e tale da eludere l'art. 1229, solo quando, già al tempo della conclusione del contratto, essa appaia sensibilmente sproporzionata per difetto rispetto ai danni normalmente prevedibili in caso di inadempimento. Solo allora viene meno la giustificazione funzionale della clausola: non si ha più una ragionevole liquidazione anticipata del danno, né un rafforzamento dell'obbligazione, ma una sostanziale attenuazione della responsabilità del debitore.

Occorre, in altre parole, verificare se la misura della penale fosse, fin dall'origine, talmente modesta da rendere prevedibile il suo effetto limitativo della responsabilità.

Il confronto con l'esperienza francese mostra come il problema non sia peculiare al diritto italiano. Nel diritto francese, dopo la riforma del 1975, il giudice può non solo ridurre la penale manifestamente eccessiva, ma anche aumentare quella manifestamente irrisoria. Il modello francese realizza così una simmetria che il nostro ordinamento non conosce. Nel sistema italiano, infatti, l'art. 1384 c.c. consente soltanto la riduzione della penale eccessiva, non anche l'aumento di quella troppo bassa. Ne deriva che il controllo sulla penale irrisoria non può tradursi, in assenza di una base normativa, in un potere giudiziale di integrazione del contratto. Esso deve restare confinato al piano della validità o dell'efficacia della clausola rispetto ai limiti inderogabili dell'art. 1229 c.c.

Questa diversità ordinamentale si spiega anche alla luce della funzione risarcitoria della penale. Se si ritenesse che la clausola penale debba sempre avere una funzione sanzionatoria, allora potrebbe apparire coerente riconoscere al giudice il potere di aumentarne l'importo quando esso sia troppo basso per esercitare una reale deterrenza. Ma se, come sembra preferibile, la penale può svolgere funzioni diverse — liquidatoria, limitativa — non vi è ragione di imporre sempre una soglia minima di afflittività. Il solo limite inderogabile riguarda il divieto di esonerare preventivamente il debitore dalla responsabilità per dolo o colpa grave.

In tal senso si orienta la più recente giurisprudenza della Cassazione, che ha sul punto recepito i rilievi della dottrina sopra esaminata.

Essa ribadisce, anzitutto, la funzione tipica della clausola penale: la penale è un patto accessorio con cui le parti predeterminano convenzionalmente il danno dovuto in caso di inadempimento o ritardo, con l'effetto di esonerare il creditore dalla prova del pregiudizio e del suo ammontare. Proprio per questo la penale svolge una duplice funzione: da un lato

rafforza il vincolo contrattuale, dall'altro liquida in via preventiva la prestazione risarcitoria. Ne deriva che, quando le parti la stipulano, esse accettano il rischio di una possibile divergenza tra penale e danno effettivo: talvolta il debitore sarà avvantaggiato perché la penale sarà inferiore al danno concretamente verificatosi, talvolta lo sarà il creditore perché la penale sarà superiore.

Da questa premessa, tuttavia, non segue, come invero opinava l'orientamento tradizionale, che ogni penale possa liberamente limitare la responsabilità del debitore. Il punto decisivo è stabilire quando la clausola conservi la propria funzione fisiologica e quando, invece, degeneri in un meccanismo elusivo del divieto di cui all'art. 1229 c.c. La giurisprudenza, richiamata e confermata dalla sentenza, ammette che una penale di importo irrisorio possa essere nulla, perché in concreto equivalente a un patto di esonero o di limitazione della responsabilità. La nullità, in questa prospettiva, non dipende dalla mera esistenza di una sproporzione tra penale e danno, ma dal fatto che la sproporzione sia tale da svuotare la funzione della clausola e da lasciare al debitore, anche in presenza di dolo o colpa grave, un vantaggio incompatibile con la regola imperativa.

In conclusione, non ogni penale inferiore al danno va trattata come clausola nulla. In via generale, la penale è uno strumento legittimo di allocazione del rischio contrattuale. Le parti possono scegliere di sostituire il risarcimento integrale con una somma fissa, accettando il vantaggio e lo svantaggio reciproco che ciò comporta. Questa deroga è giustificata proprio dalla struttura complessa dell'istituto, che non serve solo a limitare la responsabilità del debitore, ma anche a rafforzare il vincolo e a semplificare la tutela del creditore. Solo quando tale equilibrio viene meno, cioè quando la penale è talmente bassa da non offrire al creditore alcun apprezzabile rafforzamento della sua posizione, riemerge la ratio dell'art. 1229 e la clausola non può più essere tollerata.

In tale ultimo caso, la conseguenza non dovrebbe essere la nullità integrale della penale irrisoria. Più correttamente, la clausola resta valida ed efficace nei casi di colpa lieve, nei quali l'ordinamento ammette la limitazione convenzionale della responsabilità.

La nozione di caparra presenta, già sul piano terminologico, una certa ambivalenza. Con il medesimo termine si indica, da un lato, la somma di denaro o la quantità di cose fungibili consegnata da una parte all'altra al momento della conclusione del contratto; dall'altro, il negozio giuridico mediante il quale tale attribuzione patrimoniale viene effettuata e disciplinata. Questa duplice accezione non è meramente descrittiva, poiché riflette la complessità strutturale e funzionale dell'istituto.

La caparra confirmatoria, regolata dall'art. 1385 c.c., è tradizionalmente qualificata come contratto reale, poiché si perfeziona con la consegna della cosa. La dazione non costituisce, dunque, un momento meramente esecutivo di un accordo già completo, ma rappresenta l'elemento necessario per la stessa formazione della fattispecie.

Il problema centrale riguarda però la funzione della caparra. Essa è comunemente ricondotta alla funzione confirmatoria, intesa come rafforzamento e asseverazione del vincolo contrattuale. La consegna di una somma o di cose fungibili al momento della

conclusione del contratto manifesta la serietà dell'impegno assunto e rende più intenso l'affidamento della controparte sull'esecuzione dell'accordo. Tuttavia, tale funzione non esaurisce la portata dell'istituto, che si presenta come figura complessa, nella quale convivono profili di garanzia, anticipazione della prestazione, eventuale liquidazione preventiva del danno e, almeno in parte, sanzione dell'inadempimento.

La caparra trova la propria ragion d'essere soprattutto nella disciplina del recesso in autotutela. In caso di inadempimento del tradens, la parte che ha ricevuto la caparra può recedere dal contratto e trattenerla. Se, invece, inadempiente è l'accipiens, la parte che l'ha versata può recedere ed esigere il doppio di quanto corrisposto. In entrambe le ipotesi, la caparra consente alla parte non inadempiente di reagire all'altrui inadempimento senza dover necessariamente percorrere la via giudiziale della risoluzione e del risarcimento.

Proprio in ciò emerge la sua funzione pratica più significativa: predisporre un rimedio rapido, convenzionalmente predeterminato, alternativo alla tutela ordinaria. Il recesso fondato sulla caparra non opera come semplice scioglimento discrezionale del vincolo, ma come reazione all'inadempimento altrui. La ritenzione della caparra, o la pretesa del doppio, realizza una forma di autotutela privata riconosciuta dall'ordinamento.

Tale meccanismo non esclude, tuttavia, la tutela ordinaria. Il terzo comma dell'art. 1385 c.c. consente infatti alla parte non inadempiente di scegliere di non avvalersi del rimedio speciale della caparra e di domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, oltre al risarcimento del danno secondo le regole generali. In questa ipotesi, l'operatività propria della caparra resta paralizzata: la parte fedele sceglie di abbandonare la liquidazione forfettaria connessa al recesso e di sottoporsi al regime ordinario, con i relativi oneri probatori.

Proprio il riconoscimento di tale potere di scelta segna una profonda differenza con l'istituto della clausola penale, posto che, nel caso della caparra, la predeterminazione del danno è solo eventuale.

Da qui nasce uno dei principali problemi ricostruttivi: la caparra ha natura risarcitoria o soltanto confirmatoria? Secondo una prima impostazione, la funzione principale resta quella di conferma del contratto; tutte le altre funzioni sarebbero mere proiezioni o sfaccettature di essa. La caparra rafforza il vincolo, segnala la serietà dell'impegno, anticipa parzialmente l'esecuzione e, solo in via eventuale, assume rilievo nella fase patologica dell'inadempimento.

Secondo altra prospettiva, invece, non può negarsi alla caparra una funzione anche liquidatoria del danno. Nondimeno, tale funzione è solo eventuale, essendo strettamente correlata alla scelta di avvalersi della caparra.

Quando la parte non inadempiente recede trattenendo la caparra o esigendo il doppio, il danno viene sostanzialmente forfettizzato. La parte fedele non deve provare né l'esistenza né l'ammontare del pregiudizio subito: la conseguenza economica dell'inadempimento è già stata determinata al momento della conclusione del contratto. In questo senso, la

caparra presenta un'evidente affinità con la clausola penale, pur distinguendosi per struttura e disciplina.

Le sopra evidenziate funzioni dell'istituto operano in momenti diversi: nella fase fisiologica, la caparra conferma il vincolo e può essere imputata alla prestazione dovuta; nella fase patologica, essa rafforza la posizione della parte fedele e sanziona l'inadempimento dell'altra.

In caso di regolare adempimento del contratto principale, la caparra deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta. La restituzione trova fondamento nella sopravvenuta mancanza di causa della ritenzione: una volta che il contratto è stato adempiuto, non vi è più ragione per conservare la somma a titolo di garanzia o di rafforzamento del vincolo. Analoga restituzione deve avvenire quando il contratto si sciogla per causa non imputabile ad alcuna delle parti, poiché, in tal caso, viene meno il presupposto dell'operatività sanzionatoria o liquidatoria della caparra.

Quando, invece, la somma versata è omogenea rispetto alla prestazione dovuta, essa può essere imputata al prezzo o alla diversa obbligazione pecuniaria. In questa ipotesi la caparra opera come anticipata parziale esecuzione della prestazione. Tale effetto, tuttavia, non consente di identificare automaticamente la caparra con l'acconto.

La distinzione tra caparra e acconto è di notevole importanza pratica. L'acconto costituisce semplicemente un pagamento parziale anticipato del prezzo; la caparra, invece, oltre a poter essere imputata alla prestazione finale, svolge una funzione di rafforzamento del vincolo e produce specifici effetti in caso di inadempimento. Per questa ragione, nel dubbio, la somma versata, senza una chiara indicazione della sua funzione, tende a essere qualificata come acconto e non come caparra. Affinché possa parlarsi di caparra confirmatoria, occorre che risulti la volontà delle parti di attribuire alla dazione non soltanto una funzione solutoria anticipata, ma anche una funzione di garanzia, conferma e rafforzamento del rapporto obbligatorio.

La caparra confirmatoria si presenta dunque come istituto composito. Essa non può essere ridotta né a semplice anticipo del prezzo, né a mera garanzia, né a pura liquidazione preventiva del danno. La sua peculiarità consiste proprio nella coesistenza di più funzioni coordinate: confermare il contratto, rafforzare l'impegno assunto, anticipare eventualmente una parte della prestazione, predisporre un rimedio di autotutela in caso di inadempimento e consentire una liquidazione forfettaria del pregiudizio.

Questa pluralità funzionale spiega la difficoltà di ricondurre la caparra entro categorie rigide. Nella fase fisiologica del rapporto, essa tende a confondersi con l'anticipazione della prestazione; nella fase patologica, assume tratti prossimi alla clausola penale; nella prospettiva rimediale, opera come strumento di autotutela; sul piano causale, continua tuttavia a trovare il proprio centro nella conferma del vincolo contrattuale.

In definitiva, la caparra confirmatoria è un istituto di confine, nel quale la logica della garanzia si intreccia con quella della liquidazione anticipata del danno e con quella della

sanzione dell'inadempimento. La sua natura giuridica non può essere colta scegliendo una sola di queste funzioni ed escludendo le altre. Occorre piuttosto riconoscere che la caparra vive di una fisiologica ambivalenza: essa guarda al buon esito del contratto, ma disciplina anticipatamente anche il suo fallimento; conferma l'impegno assunto, ma predispone al tempo stesso le conseguenze della sua violazione.

Gli istituti esaminati, per essere correttamente compresi nella loro portata sistematica, non possono essere esaminati isolatamente, ma devono essere posti in confronto.

La clausola penale e la caparra confirmatoria presentano, in via di prima approssimazione, indubbi punti di contatto. Il loro accostamento nasce soprattutto dalla comune attitudine a rafforzare il vincolo contrattuale e a predisporre, in caso di inadempimento, una conseguenza patrimoniale anticipatamente determinata. Tuttavia, tale somiglianza funzionale non deve oscurare le profonde differenze tra gli istituti in esame. La caparra confirmatoria può assumere, accanto alla sua funzione principale di conferma del contratto, anche una "eventuale" funzione risarcitoria, nella misura in cui consente alla parte non inadempiente di trattenere quanto ricevuto o di esigere il doppio di quanto versato. Sotto questo profilo essa sembra avvicinarsi alla clausola penale, poiché entrambe le figure realizzano una forma di predeterminazione convenzionale delle conseguenze economiche dell'inadempimento. In entrambe, inoltre, può cogliersi un profilo dissuasivo: il debitore è indotto ad adempiere dalla prospettiva di subire una conseguenza patrimoniale sfavorevole.

Proprio tale vicinanza ha indotto una parte della dottrina a qualificare la caparra come una sorta di clausola penale impropria, o comunque come figura riconducibile al più ampio genus della penale. L'argomento è stato talvolta fondato anche sulla collocazione sistematica delle norme, essendo gli artt. 1382 ss. c.c. dedicati alla clausola penale e l'art. 1385 c.c. alla caparra confirmatoria.

Questa ricostruzione, tuttavia, non appare pienamente persuasiva per una pluralità di ragioni.

Entrambe le figure mirano, in certa misura, a rafforzare il vincolo contrattuale e a predeterminare le conseguenze economiche dell'inadempimento. Tuttavia, l'art. 1385, comma 3, c.c. riconosce infatti alla parte non inadempiente la possibilità di non avvalersi del rimedio speciale fondato sulla caparra e di domandare invece la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno secondo le regole ordinarie. Una facoltà analoga non è espressamente prevista per la clausola penale, la quale, secondo il disposto dell'art. 1382 c.c., ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, salvo che sia stata pattuita la risarcibilità del danno ulteriore.

Proprio tale differenza costituisce uno degli snodi principali della questione oggetto di esame. La clausola penale non si limita a semplificare la prova del danno, ma incide anche sull'estensione della responsabilità del debitore, cristallizzando anticipatamente la misura del risarcimento dovuto.

La disciplina codicistica, tuttavia, lascia aperti numerosi problemi applicativi. Tali questioni emergono con particolare evidenza nella giurisprudenza più recente, la quale si è confrontata con quattro profili di speciale rilievo: la possibilità di configurare una penale non collegata a un inadempimento imputabile; la facoltà del creditore di domandare, nonostante la penale, il risarcimento secondo le regole ordinarie; l'ambito applicativo del divieto di cumulo di cui all'art. 1383 c.c.; infine, i criteri di riduzione giudiziale della penale manifestamente eccessiva ai sensi dell'art. 1384 c.c.

Un primo nodo riguarda la necessaria imputabilità dell'inadempimento. Secondo l'impostazione tradizionale, la clausola penale non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni. Ne consegue che il pagamento della penale può essere preteso solo in presenza di un inadempimento o di un ritardo imputabile al debitore. La penale, infatti, sostituisce la liquidazione giudiziale del danno, ma non elimina il presupposto della responsabilità contrattuale. Il debitore conserva pertanto la possibilità di liberarsi dimostrando, ai sensi dell'art. 1218 c.c., che l'inadempimento è derivato da causa a lui non imputabile.

Più controversa è l'ipotesi in cui le parti pattuiscano che una somma sia dovuta anche in caso di inadempimento non imputabile. In tale evenienza non si è più di fronte, almeno secondo la giurisprudenza recente, a una clausola penale in senso stretto, bensì a una clausola atipica di assunzione del rischio, potenzialmente meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. Questa ricostruzione valorizza l'autonomia contrattuale, ma pone un problema ulteriore: se tale pattuizione sia sottratta o meno alla disciplina propria della penale, e in particolare al potere giudiziale di riduzione previsto dall'art. 1384 c.c.

La questione è delicata.

Se si qualifica la clausola come mera assunzione convenzionale del rischio, si potrebbe dubitare dell'applicabilità della riduzione giudiziale, specie ove si ritenga l'art. 1384 c.c. norma eccezionale. Tuttavia, proprio perché il debitore sarebbe tenuto al pagamento pur in assenza di colpa, l'esigenza di controllo sull'eccessività dell'importo appare ancora più intensa. Per questa ragione, sembra preferibile ricondurre la fattispecie alla clausola penale, sia pure con deroga pattizia al requisito dell'imputabilità, così da conservare l'applicabilità del rimedio riduttivo ove la somma risulti manifestamente sproporzionata rispetto all'interesse del creditore.

Un secondo problema, forse il più rilevante sul piano sistematico, riguarda il tema della possibile rinuncia alla clausola penale. La lettera dell'art. 1382 c.c. sembra chiara nell'affermare che la penale limita il risarcimento alla prestazione promessa, salvo patto contrario relativo al danno ulteriore. Da ciò deriva, secondo l'orientamento tradizionale, che il creditore non può rinunciare alla penale, domandando integralmente il risarcimento secondo le regole comuni, a meno che le parti abbiano espressamente previsto tale possibilità.

Una recente pronuncia della Corte di cassazione ha però sostenuto una tesi diversa, ritenendo che il creditore possa rinunciare ad avvalersi della penale e agire per la

risoluzione del contratto e il risarcimento del danno effettivo, analogamente a quanto previsto dall'art. 1385, comma 3, c.c. in materia di caparra confirmatoria. Tale impostazione si fonda su una pretesa analogia tra i due istituti, entrambi destinati a rafforzare il vincolo contrattuale e a predeterminare le conseguenze dell'inadempimento.

La soluzione, tuttavia, non è condivisa dalla dottrina dominante. Anzitutto, si osserva che l'orientamento in esame si pone in tensione con la lettera dell'art. 1382 c.c., che non subordina l'effetto limitativo alla scelta del creditore di avvalersi della clausola, ma lo collega direttamente alla pattuizione della penale. Inoltre, a non convincere è, in radice, l'analogia con la caparra confirmatoria. Proprio la vicinanza sistematica tra gli artt. 1382 ss. e l'art. 1385 c.c. induce a ritenere che, se il legislatore avesse voluto attribuire anche al creditore della penale la facoltà di optare per il risarcimento ordinario, lo avrebbe previsto espressamente, come ha fatto per la caparra.

La caparra e la clausola penale, infatti, differiscono anzitutto sul piano strutturale. La caparra è un contratto reale: richiede la consegna di una somma di denaro o di una quantità di cose fungibili e si perfeziona mediante la dazione. La clausola penale, invece, è normalmente qualificata come patto accessorio al contratto principale, consistente nella promessa di una prestazione dovuta in caso di inadempimento o di ritardo. Nella caparra vi è dunque un'attribuzione patrimoniale immediata; nella penale vi è una promessa destinata a operare solo eventualmente, al verificarsi dell'inadempimento.

Questa differenza strutturale si riflette anche sul piano funzionale. La clausola penale è predisposta direttamente per la fase patologica del rapporto: essa presuppone l'inadempimento o il ritardo e determina in anticipo la prestazione dovuta in conseguenza di essi. La caparra, invece, opera anzitutto nella fase fisiologica del contratto, come segno di conferma dell'impegno assunto e come anticipata parziale esecuzione della prestazione. L'inadempimento, nella caparra, non è elemento essenziale della fattispecie, ma evento eventuale che attiva alcuni effetti ulteriori dell'istituto.

Anche quando la caparra assume una funzione liquidatoria, tale funzione resta diversa da quella della penale. La parte non inadempiente, infatti, non è obbligata ad avvalersi del meccanismo della ritenzione o della richiesta del doppio. Ai sensi dell'art. 1385, comma 3, c.c., essa può scegliere di domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno secondo le regole ordinarie. La liquidazione forfettaria propria della caparra è quindi solo eventuale, perché dipende dalla scelta della parte fedele. La penale, al contrario, tende per sua natura a fissare direttamente il limite convenzionale della responsabilità, salvo che sia stato pattuito il risarcimento del danno ulteriore.

Sotto questo aspetto, la caparra non può essere considerata una vera e propria sottospecie della clausola penale. **Nella penale la funzione sanzionatoria e liquidatoria è centrale; nella caparra essa è accessoria ed eventuale,** essendo, per un verso, subordinata alla funzione confirmatoria e potendo, per altro verso, essere disattivata dalla scelta di rinunciare alla caparra. La parte non inadempiente, di fronte all'altrui inadempimento, deve scegliere quale strada percorrere. Se opta per il recesso, accetta il meccanismo proprio della

caparra: scioglimento del contratto e ritenzione della somma, oppure richiesta del doppio. Se invece sceglie la risoluzione o l'esecuzione, la caparra perde la sua funzione di liquidazione anticipata del danno e viene degradata a garanzia dell'obbligazione risarcitoria. Non è dunque possibile sovrapporre automaticamente i rimedi, poiché ciascuno risponde a una diversa logica.

La caparra attesta l'impegno di entrambe le parti e rafforza il vincolo contrattuale; la penale, invece, predetermina la conseguenza patrimoniale dell'inadempimento di una parte. Entrambe possono esercitare una pressione psicologica verso l'adempimento, ma lo fanno secondo logiche differenti: la caparra mediante una dazione attuale, la penale mediante una minaccia patrimoniale futura.

Un ulteriore criterio distintivo può essere individuato nel momento della dazione. Se la somma è consegnata prima della scadenza delle obbligazioni, essa tende a svolgere la funzione preventiva e confirmatoria propria della caparra. Se invece la prestazione pecuniaria è dovuta successivamente all'inadempimento, assume più propriamente una funzione risarcitoria o punitiva, tipica della clausola penale.

Le differenze tra i due istituti emergono con particolare evidenza sul piano dei rimedi. La caparra confirmatoria trova il proprio ambito naturale nel recesso per inadempimento: la parte fedele può sciogliersi dal contratto trattenendo la caparra o pretendendone il doppio. La clausola penale, invece, si collega alla risoluzione, all'azione di adempimento o alla richiesta della prestazione pattuita per il ritardo o l'inadempimento.

È vero che recesso e risoluzione presentano alcuni tratti comuni. Entrambi conducono allo scioglimento del vincolo contrattuale ed entrambi presuppongono, almeno nella loro configurazione tipica, un inadempimento imputabile e non di scarsa importanza. In questo senso, il recesso fondato sulla caparra può essere descritto come una forma di tutela stragiudiziale, più semplice e meno ampia rispetto alla risoluzione giudiziale. Tuttavia, i due rimedi restano distinti e alternativi.

Inoltre, mentre la caparra confirmatoria consiste in una «somma di denaro o una quantità di altre cose fungibili», la penale può avere ad oggetto «una determinata prestazione» e, pertanto, anche una prestazione di dare o di fare.

I due istituti si differenziano, poi, per l'importante profilo del momento della dazione, posto che la caparra confirmatoria è data «al momento della conclusione del contratto», mentre la penale è dovuta in ogni caso successivamente all'inadempimento (o al ritardo nell'adempimento).

Diversi possono essere, altresì, i presupposti che determinano il diritto del creditore alla penale o alla caparra: infatti, mentre la penale può essere pattuita anche soltanto per il caso di «mero ritardo nell'adempimento», la caparra è trattenuta dalla parte non inadempiente (o dovuta in misura del doppio dalla parte inadempiente) soltanto sul presupposto dell'inadempimento definitivo. Quando, tuttavia, anche la penale sia stata pattuita per

l'inadempimento, «il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale» (art. 1383 c.c.).

La clausola penale, a differenza della caparra confirmatoria, può essere accompagnata dalla pattuizione di risarcibilità del «danno ulteriore» (art. 1382 c.c.) e tale differenza incide anche sull'aspetto probatorio: di regola, infatti, tanto la penale quanto la caparra confirmatoria sono dovute «indipendentemente dalla prova del danno»; tuttavia, qualora i contraenti abbiano pattuito la risarcibilità del danno ulteriore rispetto all'ammontare della penale, la parte non inadempiente è tenuta a provare soltanto il danno nella misura eccedente rispetto a quella della penale.

La differenza tra i due istituti è sostanziale. La caparra confirmatoria svolge una funzione più elastica: può operare come strumento di autotutela rapida attraverso il recesso, ma non preclude l'azione ordinaria di risoluzione e risarcimento. La penale, invece, nasce proprio per stabilire anticipatamente la misura del danno risarcibile, tutelando anche l'affidamento del debitore, il quale conosce ex ante l'entità della propria esposizione economica. Consentire al creditore di eludere tale limite significherebbe svuotare la clausola della sua funzione tipica e aumentare l'incertezza del rapporto contrattuale.

Predicare, quindi, l'applicabilità analogica dell'art. 1385, ultimo comma, non appare plausibile, sia perché non sussiste alcuna lacuna normativa sia perché la fattispecie è del tutto diversa, in quanto, in assenza della possibilità di sciogliere il contratto mediante recesso, manca il presupposto iniziale per il ricorso alternativo all'art. 1453 c.c.

Resta, infine, da esaminare il tema dell'eventuale riduzione giudiziale della caparra eccessivamente onerosa. L'art. 1384 c.c. attribuisce al giudice il potere di diminuire equamente la penale quando l'obbligazione principale sia stata eseguita in parte o quando l'importo sia manifestamente eccessivo, avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento. La disposizione, come detto, costituisce un correttivo fondamentale all'autonomia privata, volto a evitare che la clausola assuma carattere sproporzionatamente afflittivo.

Cionondimeno, la Corte costituzionale, con due ordinanze di inammissibilità emesse nel 2014, ha riconosciuto al giudice il potere di dichiarare nulla una caparra confirmatoria eccessivamente onerosa per violazione del dovere costituzionale di solidarietà che, in linea con la teoria della drittwirkung, entrerebbe direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede (estensore MORELLI).

Tali pronunce sono rimaste isolate nel panorama giurisprudenziale e sono state fortemente criticate dalla dottrina dominante.

In particolare, muovendo dalle sopra esaminate distinzioni funzionali e strutturali tra caparra confirmatoria e clausola penale, la tesi dominante, sia in dottrina sia in giurisprudenza, si mostra contraria alla riduzione ad equità della caparra confirmatoria, mettendo in evidenza, in primo luogo, che la caparra — pur assolvendo anch'essa, al pari

della penale, una funzione di preventiva liquidazione del danno per il caso dell'altrui inadempimento — svolge altresì la funzione di anticipato parziale pagamento per l'ipotesi di adempimento; sicché, costituendo strutturalmente un «segmento» della prestazione dovuta, non potrebbe mai ritenersi eccessiva. In secondo luogo, la clausola penale indica una prestazione futura, che il contraente potrebbe accettare di determinare in misura sproporzionata al momento della conclusione del contratto, confidando sulle proprie possibilità di regolare adempimento; al contrario, la caparra è versata al momento della stipulazione, sicché la parte può valutare immediatamente l'eccessività della caparra e negoziarne un ridotto ammontare oppure rifiutare addirittura di stipulare il contratto. Infine, anche la collocazione delle norme induce a ritenere che — se il legislatore avesse voluto consentire la riduzione ad equità sia per la penale sia per la caparra — avrebbe inserito la relativa previsione dopo la disciplina di entrambi gli istituti; al contrario, l'art. 1384 precede la norma sulla caparra, lasciando così intendere che la norma si riferisca alla sola penale, di cui conclude la relativa disciplina.

In definitiva, caparra confirmatoria e clausola penale appartengono a un'area comune, quella degli strumenti negoziali di rafforzamento del vincolo e di regolazione anticipata della crisi contrattuale. Tuttavia, esse non coincidono. La caparra nasce come dazione attuale che conferma il contratto e attribuisce alla parte fedele un potere di recesso assistito da una liquidazione forfettaria eventuale. La penale nasce invece come promessa accessoria destinata a operare nella fase patologica, con funzione tipicamente liquidatoria e deterrente. La loro distinzione non è soltanto teorica, ma, come si è cercato di dimostrare, incide direttamente sui rimedi esperibili, sui limiti del cumulo e sulla corretta ricostruzione della volontà delle parti.