

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

Ordinario di Diritto commerciale
nell'Università degli Studi
di Milano

Via Cesare Battisti n.11
Tel. 02/55.18.75.43//02/55.18.09.67
Fax 02/59.90.24.98
e-mail: emanuele.rimini@studiorimini.it

20122 MILANO

Milano, 25 febbraio 2018

Spettabile
Eukedos S.p.A.
Via Benedetto da Foiano n. 14
50125 Firenze

- Alla c.a. dei Consiglieri Indipendenti dott. Giovanni Del Vecchio e dott. Marco Di Lorenzo -

Parere in relazione al quesito da Voi posto in data 21 febbraio 2018.

Egregi Signori,

mi è stato chiesto di esprimere un parere in merito al seguente quesito:

“Esaminata la documentazione e le informazioni fornite dalla società Eukedos S.p.A., voglia l’esperto verificare se, nell’ipotesi in cui Eukedos S.p.A. non dia esecuzione alla Transazione e, quindi, non proceda all’acquisto del 100% della Società Pianeta Anziani S.r.l., sia ragionevolmente fondata un’eventuale azione volta ad ottenere la riduzione giudiziale della caparra confirmatoria di cui all’art. 4 della Transazione, considerando anche eventuali profili di nullità connessi a tale clausola.

Per il suddetto quesito si chiede altresì all’esperto di indicare la ragionevole probabilità di successo in caso di contenzioso”.

Ai fini di poter svolgere l’incarico conferitomi, ho potuto esaminare la seguente documentazione:

- Contratto preliminare di vendita di quote di Pianeta Anziani S.r.l. del 10.04.2008;
- Atto di citazione Eukedos S.p.A. (già Arkimedica S.p.A.);
- Comparsa di costituzione Arkigest S.r.l. (già Sogespa Immobiliare S.p.A.);

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

- Atto di transazione del 19.02.2013 tra Eukedos e Arkigest;
- Bozza di Memorandum per Comitato OPC Eukedos (Luca Minoli, Marco Ventoruzzo, Sergio Fulco dello Studio legale GATTAI, MINOLI, AGOSTINELLI del 25.01.2018);
- Verbale del Comitato OPC di Eukedos del 02.02.2018;
- Parere del Comitato OPC di Eukedos del 14.02.2018;
- Verbale del Comitato OPC di Eukedos del 11.02.2013;
- Verbale del Consiglio di Amministrazione di Eukedos del 14.02.2013;
- Verbale del Comitato dei creditori del Concordato Eukedos del 18.02.2013;
- Differimento del termine per l'esecuzione e concessione piano di ammortamento per restituzione finanziamento Pianeta anziani s.r.l..

* * *

§1. Per poter compiutamente rispondere al quesito che mi è stato formulato, il quale contiene una serie articolata di domande tra loro consequenzialmente correlate, occorre preliminarmente affrontare, in termini generali, il tema della possibilità o meno:

- a) di ottenere in via giudiziale una riduzione equitativa della caparra confirmatoria, sulla base di quanto previsto dall'art. 1384 c.c. per la clausola penale manifestamente eccessiva; nonché
- b) di sindacare la (il)legittimità della caparra confirmatoria in ragione della sua (*in thesi*) eccessiva quantificazione secondo quanto recentemente prospettato dalla Corte Costituzionale (¹).

¹) Ci si riferisce alle ormai note ordinanze gemelle (redatte dallo stesso estensore, Morelli), Corte Cost., 21 ottobre 2013, n. 248 e Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 77.

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

Rinviando in seguito ogni considerazione sulla valutazione in termini di eccessività o meno (nonché sui relativi valori di riferimento) della caparra confirmatoria prevista dall'art. 4 della Transazione, occorre, pertanto, verificare preliminarmente:

- i) la possibile applicazione analogica del meccanismo della riduzione della clausola penale eccessiva *ex art.* 1384 c.c. anche alla caparra confirmatoria di cui all'art. 1385 c.c.;
- ii) la possibile applicazione diretta delle previsioni dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria (formalmente) prevista dall'art. 4 della Transazione, per il tramite di una sua interpretazione e (ri)qualificazione quale, appunto, clausola penale (come, del resto, prospettato dalla stessa Corte Costituzionale nelle due ordinanze già citate);
- iii) la validità della caparra confirmatoria prevista dall'art. 4 della Transazione, *in thesi* eccessiva, secondo lo schema generale proprio dell'art. 1418, primo comma, c.c. (nullità virtuale), per effetto della sua incompatibilità con il principio di solidarietà costituzionale (art. 2 Cost.) e con il principio di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.)⁽²⁾.

*

§2. La prima delle questioni sopra indicate (i) è da tempo oggetto di dibattito tra gli interpreti.

Secondo l'opinione minoritaria⁽³⁾, le previsioni dell'art. 1384 c.c. troverebbero applicazione, in via analogica, anche alla caparra confirmatoria disciplinata dall'art.

⁽²⁾ Corte Cost. ord., 21 ottobre 2013, n. 248 e 2 aprile 2014, n. 77, cit.

⁽³⁾ Cfr. V.M. TRIMARCHI, voce «Caparra», in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 203; POLASTRI MENNI, *Se la caparra confirmatoria sia suscettibile di riduzione equitativa da parte del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1197 ss.; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 286; ID., *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, II, in *Tratt. contr.*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 893 ss.; DELLACASA, *Inadempimento e affidamento del contraente deluso: una riflessione su*

1385 c.c., in ragione, appunto, di una analogia funzionale dei due istituti ⁽⁴⁾. Tale ricostruzione – che, peraltro, si basa su una valutazione estremamente riduttiva dell’istituto della caparra confirmatoria, quale mera forma di liquidazione convenzionale del danno ⁽⁵⁾ (che viene, di fatto, a sovrapporsi alla clausola penale) – si scontra, tuttavia, con l’opinione della dottrina maggioritaria ⁽⁶⁾ e, soprattutto, della giurisprudenza di merito e di legittimità pressoché unanime ⁽⁷⁾.

Come ancora recentemente ribadito dalla Suprema Corte di Cassazione, la caparra confirmatoria e la clausola penale presentano delle “chiare differenze” sul piano strutturale e funzionale: mentre la clausola penale presenta una “funzione, insieme, di

risarcimento e caparra, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 203 ss., spec. p. 250 ss.; PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 685 ss., ivi p. 692 ss. (che, in realtà, pare prospettare una riqualificazione della caparra quale clausola penale, preservando la natura eccezionale dell’art. 1384 c.c.); ID., *Clausola penale e caparra confirmatoria nel contratto preliminare*, in *Contratti*, 2010, p. 772; RUSSO, *La correzione della caparra iniqua tra buona fede e proporzionalità*, in *Rass. dir. priv.*, 2015, p. 915 ss., ivi p. 956 ss.

⁽⁴⁾ Come correttamente osservato (PESCATORE, *Clausola «di irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell’art. 1384 c.c.*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 901), il richiamo – ricorrente in parte della dottrina citata alla nota precedente – ad un principio generale di proporzionalità, desumibile (anche) dalle previsioni dell’art. 1384 c.c., escluderebbe, di per sé, la possibilità di discorrere di una estensione analogica dello stesso art. 1384 c.c.: “più coerente sarebbe”, infatti, “postulare l’immediata applicazione non di questa specifica disposizione [l’art. 1384 c.c.], ma del principio che in essa si manifesta e che giustifica la riduzione degli atti privati” (prospettiva, come vedremo, seguita dalla Corte Costituzionale nelle già richiamate ordinanze).

⁽⁵⁾ Sul punto, v. infatti gli spunti offerti recentemente da Cass., 30 giugno 2014, n. 14776.

⁽⁶⁾ FERRARA, *Appunti sulla caparra*, in *Dir. giur.*, 1957, p. 1 ss.; BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, p. 163; MARINI, voce «Caparra», in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 2 ss.; ID., *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 180; GRIPPO, *Struttura e funzione della clausola penale, della caparra confirmatoria e della caparra penitenziale*, in *Giur. merito*, 1988, p. 1059; DE NOVA, voce «Caparra», in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1988, II, p. 241 ss.; ID., *La caparra confirmatoria*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Milano-Assago, 2016, p. 1113 s.; ROSELLI, *Clausola penale e caparra confirmatoria*, in *Tratt. Bessone*, XIII, Torino, 2002, p. 465; CARTA, *In tema di caparra confirmatoria e di clausola di incameramento del prezzo*, in *Riv. giur. Sarda*, 2006, p. 322 ss., ivi p. 324; PESCATORE, *Clausola*, cit., p. 905; LUCCHINI GUASTALLA, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 327 ss. ID., *Riflessioni in tema di clausola penale*, ivi, 2014, I, p. 91 ss., ivi p. 101 s.; PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, I, 2014, c. 2039 ss.; G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, ivi, c. 2042 ss.; D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *Contratti*, 2014, p. 927 ss.

⁽⁷⁾ Cass., 10 novembre 1977, n. 4856, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 176 ss.; Cass., 10 dicembre 1979, n. 6394, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 244; Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 208; Cass., 1° dicembre 2000, n. 15391; App. Napoli, 6 luglio 1963, in *Foro it.*, 1963, I, c. 2253; App. Cagliari, 16 gennaio 1998, in *Riv. giur. Sarda*, 1999, p. 399; Trib. Cagliari, 9 marzo 1989, in *Riv. giur. Sarda*, 1992, p. 364; Trib. Monza, 25 agosto 2005, in *Giur. merito*, 2006, p. 931.

coercizione all'adempimento e predeterminazione del risarcimento dovuto", la caparra confirmatoria, "pur assolvendo anch'essa una funzione di preventiva liquidazione del danno, per il caso dell'altrui adempimento, svolge altresì la funzione di anticipato parziale pagamento per l'ipotesi di adempimento" ⁽⁸⁾.

Al riguardo, a prescindere da ogni considerazione sulla natura eccezionale del meccanismo di riduzione delineato dall'art. 1384 c.c. ⁽⁹⁾, che di per sé sola ne escluderebbe *in radice* una applicazione estensiva e analogica (in forza di quanto prescrive l'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale), in linea con la dottrina e la giurisprudenza prevalenti è, infatti, possibile osservare che:

- i) l'ammontare della penale è rimesso alla determinazione (libera) delle parti (entro i limiti, per l'appunto, eccezionali di cui all'art. 1384 c.c.), mentre l'importo della caparra è (per sua natura) necessariamente delimitato dall'entità della prestazione dovuta dal contraente che presta la caparra, costituendo l'ammontare di questa prestazione il "limite massimo" che la caparra può raggiungere ⁽¹⁰⁾: conseguentemente la caparra può essere considerata una anticipata esecuzione della prestazione convenuta, di cui costituisce, appunto, una parte ⁽¹¹⁾;
- ii) sotto il profilo strutturale, "altro è promettere [clausola penale], altro è dare [caparra confirmatoria]" ⁽¹²⁾: la clausola penale presenta una "natura prettamente obbligatoria", rispetto alla "duplice ed immediata realtà" della caparra confirmatoria ⁽¹³⁾;

⁽⁸⁾ Cass., 30 giugno 2014, n. 14766, cit.

⁽⁹⁾ Su cui v. per tutti PESCATORE, *Clausola*, cit., p. 902 s.

⁽¹⁰⁾ MARINI, *Caparra*, cit., spec. p. 178 ss.; ROSELLI, *Clausola*, cit., p. 465. Il dato è difficilmente superabile soprattutto qualora, come nel caso specie, la prestazione dovuta dal soggetto che versa la caparra, sia, come la caparra stessa, una somma di denaro (v. D'AMICO, *Applicazione*, cit., p. 930).

⁽¹¹⁾ PESCATORE, *Clausola*, cit., p. 905; LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni*, cit., p. 102.

⁽¹²⁾ In questi termini DE NOVA, *La caparra*, cit., p. 1114; conf. PESCATORE, *Clausola*, cit., p. 904.

⁽¹³⁾ MAZZARESE, *La clausola penale*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 49 s.

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

- iii) la clausola penale “si fa valere quale che sia l’inadempimento, mentre la caparra si fa valere solo se l’inadempimento è di non scarsa importanza” ⁽¹⁴⁾;
- iv) la facoltà di recedere e trattenere la caparra (art. 1385 c.c.) configura, per la parte adempiente, un’alternativa al risarcimento del danno da liquidarsi secondo i criteri ordinari. Se, tuttavia, fosse consentita una riduzione (anche) della caparra ad opera del giudice, tale scelta, “espressione dell’autonomia privata”, sarebbe inevitabilmente “soppressa” ⁽¹⁵⁾;
- v) la caparra confirmatoria non può ritenersi analoga alla penale, per la sola, mera ragione che con entrambi gli istituti i contraenti ottengono l’effetto (di natura psicologica e indiretto nel primo di essi) di uno stimolo all’adempimento. La caparra confirmatoria, infatti, oltre ad attestare, con la sua materiale dazione, la serietà dell’impegno assunto, integra – a differenza della penale- una parziale e anticipata esecuzione della prestazione convenuta ⁽¹⁶⁾.

L’impossibilità di una estensione analogica del meccanismo della riduzione della clausola penale di cui all’art. 1384 c.c. pure alla caparra confirmatoria valutata eccessiva, che emerge dal quadro ora tracciato e ultimamente ribadito, ancora una volta, dal Supremo Collegio ⁽¹⁷⁾, è del resto implicitamente riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale ⁽¹⁸⁾, che, proprio per questo assorbente rilievo, ha prospettato il

⁽¹⁴⁾ V. ancora DE NOVA, *La caparra*, cit., p. 1114. Il punto è pacifico nella giurisprudenza di legittimità (come ricordato anche da Corte Cost. ord., 24 ottobre 2013, n. 248 e 2 aprile n. 77, cit.): cfr. per tutte Cass. S.U., 14 gennaio 2009, n. 553; Cass., 6 settembre 2011, n. 18266; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21838. Si noti, poi, che la circostanza che nel caso di specie la caparra confirmatoria prevista dall’art. 4 della Transazione corrisponda a circa il 50% del prezzo dovuto non esclude che possa presentarsi, in concreto, un inadempimento grave rilevante ai sensi dell’art. 1455 c.c. (per uno spunto in tal senso v. anche D’AMICO, *Applicazione*, cit., p. 930).

⁽¹⁵⁾ Cass., 10 novembre 1977, n. 4856, cit. Conf. PESCATORE, *Clausola*, cit., p. 904.

⁽¹⁶⁾ Cass., 20 ottobre 1954, n. 4274, in *Rep. Foro it.*, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 197; PESCATORE, *Clausola*, cit., p. 905.

⁽¹⁷⁾ Cass., 30 giugno 2014, n. 14776 cit.

⁽¹⁸⁾ Per il rilievo v. PATTI, nota a Corte Cost. ord., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, c. 383 ss., ivi c. 385.

ricorso ad un sindacato sulla legittimità della caparra confirmatoria “non equ[a] e gravemente sbilancit[a]” ⁽¹⁹⁾ (con esiti, come vedremo, in realtà coincidenti con quelli derivanti da un’eventuale applicazione dell’art. 1384 c.c.).

*

§3. D’altro canto, l’applicazione della equa riduzione disciplinata dall’art. 1384 c.c. anche alla caparra confirmatoria prevista dall’art. 4 della Transazione non si appalesa percorribile neppure attraverso una sua (re)interpretazione e qualificazione quale clausola penale (seguendo gli spunti offerti in tal senso dalle già citate ordinanze della Corte Costituzionale ⁽²⁰⁾).

Confermata la piena compatibilità (talora discussa ⁽²¹⁾) del meccanismo della caparra confirmatoria con lo schema ‘contratto preliminare / contratto definitivo’ ⁽²²⁾ ricorrente nel caso in esame, la possibile interpretazione e riqualificazione dell’art. 4 della Transazione quale clausola penale, anziché come caparra confirmatoria, può essere esclusa alla luce dal chiaro e univoco tenore testuale della clausola medesima.

In caso di inadempimento del Promittente Acquirente, l’art. 4 della Transazione, infatti, non solo fa espresso riferimento al recesso “dal contratto” da parte della Promittente Venditrice con la ritenzione della “ricevuta caparra confirmatoria”, ma, soprattutto, esclude del tutto la facoltà della parte adempiente di pretendere “l’esecuzione o la risoluzione del Contratto e/o avanzare ulteriore pretese” ⁽²³⁾, in

⁽¹⁹⁾ Corte cost. ord., 24 ottobre 2013, n. 248, cit.

⁽²⁰⁾ Corte Cost. ord., 24 ottobre 2013, n. 248 e 2 aprile n. 77, cit.

⁽²¹⁾ Cass., 25 marzo 1977, n. 934.

⁽²²⁾ In tal senso la costante e (oramai) unanime giurisprudenza della S.C.: cfr. per tutte Cass., 21 giugno 2002, n. 9079; Cass., 15 maggio 1998, n. 4902; Cass., 8 giugno 1983, n. 3931; Cass., 2 settembre 1978, n. 4023.

⁽²³⁾ La possibilità per la parte adempiente di esercitare il recesso dal contratto è del resto costantemente riconosciuta anche qualora la parte abbia già agito per la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. Per la giurisprudenza di legittimità v. per tutte Cass., 10 febbraio 2003, n. 1952; Cass., 11 gennaio 2001, n. 319; Cass., 6 settembre 2000, n. 11760; Cass., 11 gennaio 1999, n. 186; Cass., 14

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

deroga a quanto stabilito dall'art. 1385, terzo comma, c.c., il quale dispone che se la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali.

Tale conclusione trova conforto pure nelle pronunce rese dalla giurisprudenza di merito.

Il Tribunale di Oristano, ad esempio, ha in tempi relativamente recenti riqualificato la caparra confirmatoria negoziata dalle parti di un contratto di compravendita quale clausola penale *ex art. 1384 c.c.*, facendo leva sulla disposizione negoziale secondo cui il ritardo o l'inadempimento del promissario acquirente avrebbe determinato, previa dichiarazione del promissario venditore, la risoluzione del contratto *ex art. 1456 c.c.* (clausola risolutiva espressa) e consentito allo stesso promittente venditore di trattenere definitivamente le somme già versate quale caparra ⁽²⁴⁾. E' quindi chiaro che in quel caso si trattava, in tutta evidenza, di un patto di incameramento del prezzo che, come noto, costituisce una particolare forma di clausola penale (accompagnata da una clausola risolutiva espressa) ⁽²⁵⁾.

Nella fattispecie, invece, l'esplicito riferimento al recesso dal contratto da parte della Promittente Venditrice e, al contempo, l'esclusione convenzionale del rimedio (alternativo) della risoluzione del contratto consentono di confermare la qualificazione

dicembre 1999, n. 14030; Cass., 3 marzo 1997, n. 1851; Cass., 4 agosto 1997, n. 7182; Cass., 3 settembre 1994, n. 7644; Cass., 15 febbraio 1996, n. 1160; Cass., 28 marzo 1988, n. 2613.

⁽²⁴⁾ Trib. Oristano, 14 aprile 2005, in *Riv. giur. Sarda*, 2006, p. 319. La clausola in questione, come riportata nella motivazione della sentenza, recita come segue: *“il mancato pagamento della somma pattuita o anche solo il ritardo nel pagamento di una delle 9 rate di cui all'art. 2 comporterà l'immediata risoluzione del presente contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. La risoluzione si verificherà di diritto non appena la promittente parte venditrice dichiarerà di volersi avvalere di detta clausola e, per l'effetto, la promittente parte acquirente dovrà immediatamente rilasciare l'appartamento e non potrà ripetere le somme già versate che saranno trattenute dalla promittente parte venditrice a titolo di indennizzo per la mancata disponibilità del bene e per l'utilizzo dello stesso da parte della promittente parte acquirente”*.

⁽²⁵⁾ Cfr. CARTA, *In tema*, cit., p. 325.

giuridica dell'art. 4 della Transazione quale caparra confirmatoria, precludendo, pertanto, una applicazione (anche) diretta dell'art. 1384 c.c. ⁽²⁶⁾

*

§4. Esclusa, dunque, sulla base dei rilievi sin qui svolti, la possibilità di una riduzione della caparra confirmatoria prevista dall'art. 4 della Transazione, considerata in ipotesi eccessiva (ma v. *infra* § 5), attraverso una applicazione (diretta e analogica) dell'art. 1384 c.c., resta da valutare la possibilità che la stessa caparra possa essere considerata illegittima alla luce delle considerazioni recentemente espresse dalla Corte Costituzionale.

Secondo la Consulta, “a fronte di una clausola negoziale che rifletta (...) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte”, il giudice potrebbe rilevare d'ufficio la “nullità (totale o parziale), *ex art. 1418 c.c.*, della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce finalità normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela dell'interesse del *partner* negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato»” ⁽²⁷⁾.

In via preliminare, ferme restando le perplessità da più parti sollevate, in termini generali, sulla possibilità così attribuita al giudice di integrare il contenuto del contratto (modificandone anche l'equilibrio economico) attraverso una

⁽²⁶⁾ Per il ruolo determinante così riconosciuto al recesso nel processo di qualificazione della caparra, v. anche Cass., 30 marzo 2010, n. 7764.

⁽²⁷⁾ Corte Cost. ord., 21 ottobre 2013, n. 248 e 2 aprile 2014, n. 77, cit.

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

“interpretazione adeguatrice”⁽²⁸⁾, occorre precisare che, pure nella prospettiva ora delineata, la nullità *ex art.* 1418 c.c. non potrebbe che essere “necessariamente parziale”, traducendosi in una riduzione (meramente) quantitativa della stessa caparra “per la misura che eccede il limite consentito”⁽²⁹⁾, con effetti del tutto corrispondenti a quelli propri del meccanismo di cui all’art. 1384 c.c.: ragionare diversamente condurrebbe al paradosso di consentire per la caparra confirmatoria un trattamento più rigoroso di quello espressamente stabilito per la clausola penale dall’art. 1384 c.c., nonostante la prima non presenti una funzione meramente risarcitoria/sanzionatoria e operi nell’interesse di entrambe le parti (*v. infra* nel testo).

Tanto doverosamente puntualizzato, non possono non essere rimarcate le criticità e, soprattutto, le contraddizioni che emergono dalle argomentazioni spese dalla Corte Costituzionale. Argomentazioni che – è il caso di sottolinearlo con grande evidenza – non sono state raccolte dalla giurisprudenza ad esse successiva della Suprema Corte, la quale ha ribadito, ancora una volta, l’inapplicabilità dall’art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria⁽³⁰⁾, escludendo la riducibilità di quest’ultima anche attraverso una “interpretazione adeguatrice” ai sensi dell’art. 2 Cost. e degli artt. 1175 e 1375 c.c.

Da un lato, la possibilità di una valutazione del giudice sull’equilibrio (pure) economico delle prestazioni delle parti, come definite dal regolamento negoziale, pare scontrarsi con quanto, più in generale, può desumersi sul punto dalle previsioni dell’art. 34, secondo comma, del Codice del consumo, che, con riferimento, tra l’altro, esclusivo ai soli contratti conclusi con “consumatori”, stabilisce che la “valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell’oggetto del

⁽²⁸⁾ V. per tutti G. LENER, *Quale sorte*, cit., c. 2044 s.; PARDOLESI, *Un nuovo*, cit., c. 2040; IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, p. 80 s.

⁽²⁹⁾ In questi termini RUSSO, *La correzione*, cit., p. 960. V. anche PATTI, *Il controllo*, cit., p. 706.

⁽³⁰⁾ Si rinvia ancora a Cass., 30 giugno 2014, n. 14776, cit.

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile”⁽³¹⁾.

E' pertanto ragionevole escludere la possibilità del giudice di intervenire sul contenuto di contratti conclusi tra imprenditori, come nel caso di specie, con una funzione riequilibratrice delle rispettive prestazioni⁽³²⁾. A maggior ragione, poi, se l'intervento del giudice, come quello appena descritto, dovesse approdare all'accertamento di una nullità (parziale) dell'art. 4 della Transazione per contrasto con i principi previsti dall'art. 2 Cost. e dagli artt. 1175 e 1375 c.c., che risulterebbe comunque precluso dall'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità e sancito dalle Sezioni Unite del Supremo Collegio, secondo cui dalla violazione di regole di condotta, quali certamente sono i principi di correttezza e buona fede, non possono discendere effetti invalidatori (nullità), ma solo rimedi di natura risarcitoria⁽³³⁾.

Dall'altro lato, e proprio con specifico riferimento alla caparra confirmatoria, il ragionamento seguito dalla Corte Costituzionale non appare del tutto condivisibile, rivelandosi, anzi, contraddittorio.

La possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la nullità della clausola per violazione dei principi generali desumibili dall'art. 2 Cost. e dagli artt. 1175 e 1375 c.c. presuppone l'individuazione di un effettivo squilibrio negoziale tra le prestazioni delle parti, determinato, appunto, dall'abuso (artt. 1175 e 1375 c.c.) di una parte a svantaggio dell'altra.

⁽³¹⁾ Anche chi propende per l'applicazione del principio di riduzione equitativa desumibile dall'art. 1384 c.c., fa comunque riferimento ad un principio generale che sarebbe proprio di tutti i “contratti asimmetrici” o “con contenuto imposto” (così RUSSO, *La correzione*, cit., p. 958).

⁽³²⁾ In tal senso v. G. LENER, *Quale sorte*, cit., c. 2044 s.

⁽³³⁾ Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724.

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

Abuso che, tuttavia, può ragionevolmente escludersi in ragione della natura bilaterale riconosciuta dallo stesso legislatore alla caparra confirmatoria (il tenore letterale dell'art. 1385 c.c. è chiarissimo in questo senso) ⁽³⁴⁾.

Del resto, proprio perché la caparra disciplinata dalla predetta disposizione codicistica pone entrambi i contraenti su un medesimo piano, conferendo all'uno il diritto di conservare la caparra ricevuta e all'altro il diritto di riavere il doppio della caparra data, viene meno in radice la debolezza di un contraente rispetto all'altro ⁽³⁵⁾, senza la quale non è possibile discorrere di abuso nei termini divisati dalla Corte Costituzionale ⁽³⁶⁾. Più in particolare, “quale che sia il parametro alla stregua del quale effettuare la valutazione di congruità, non si può che ipotizzare che l'esito della stessa risulterà identico tanto se si considera la caparra in relazione alla prestazione del *tradens*, quanto se la si considera in relazione alla prestazione *dell'accipiens* (che, in conseguenza del proprio inadempimento, deve restituire il doppio della caparra ricevuta)” ⁽³⁷⁾.

La circostanza che la caparra sia (normalmente) versata al momento della conclusione del contratto, mentre la ‘penale’ consiste in una somma promessa per l'ipotesi che si verifichi un inadempimento, induce inoltre “a supporre che sia più difficile – nel primo caso – che si realizzi un abuso” ⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. tra i molti G. LENER, *Quale sorte*, cit., c. 2045 s.; D'AMICO, *Applicazione*, cit., spec. p. 934; TESTA, *La nullità del preliminare per eccessività della caparra*, in *Immobili&Proprietà*, 2014, p. 552 ss., ivi p. 554.

⁽³⁵⁾ TESTA, *La nullità*, cit., p. 554.

⁽³⁶⁾ TESTA, *La nullità*, cit., p. 554. Almeno sotto il profilo della buona fede soggettiva, la previsione di una caparra confirmatoria eccessivamente onerosa – sempreché sia concretamente possibile distinguere tra una onerosità equa e una onerosità eccessiva – “non lede il principio della buona fede per il semplice motivo che la funzione della caparra confirmatoria non rappresenta una prestazione di natura sinallagmatica, ma una prestazione di garanzia. E, pertanto, qualunque prestazione di garanzia, almeno fino al limite dell'accertato reato di usura (...) non può che essere lasciata all'equilibrio che una parte vuole e che l'altra accetta”.

⁽³⁷⁾ D'AMICO, *Applicazione*, cit., p. 931.

⁽³⁸⁾ D'AMICO, *Applicazione*, cit., p. 929.

La bilateralità della caparra si risolve, pertanto, in una accentuazione del carattere convenzionale e soggettivo sotteso alla valutazione di congruità, che evidenzia l'assenza, in realtà, di quella affinità funzionale tra caparra confirmatoria e clausola penale che, secondo parte (minoritaria) della dottrina ⁽³⁹⁾, consentirebbe una applicazione analogica dell'art. 1384 c.c., così confermandosi, anche sotto questo profilo, la differenza di disciplina tra caparra e penale, consistente, appunto, nella irriducibilità della prima a fronte della riducibilità (sia pure eccezionale) della seconda ⁽⁴⁰⁾.

La contestualità rispetto alla conclusione del contratto e la bilateralità della caparra sono elementi decisivi per dare fondamento (*ratio*) ad una differente disciplina, che “solo una lettura superficiale potrebbe considerare immotivata e arbitraria” ⁽⁴¹⁾. Dettando la disposizione dell'art. 1385 c.c., il legislatore ha dunque operato una ponderazione degli interessi in gioco, determinando la regola (nel senso dell'intangibilità) che all'esito di tale ponderazione è apparsa la più congrua in relazione alla natura, alla finalità e al meccanismo di funzionamento della caparra confirmatoria.

*

§5. Sulla base delle considerazioni che precedono può dunque ragionevolmente escludersi la possibilità di una riduzione della caparra confirmatoria prevista dall'art. 4 della Transazione per effetto di una applicazione diretta o analogica dell'art. 1384 c.c.

⁽³⁹⁾ Cfr. autori citati *supra* nota 3.

⁽⁴⁰⁾ D'AMICO, *Applicazione*, cit., p. 931.

⁽⁴¹⁾ Così D'AMICO, *Applicazione*, cit., p. 934: la riducibilità della clausola penale (quale ipotesi comunque eccezionale, ovvero motivata da una manifesta sproporzione) e non anche della caparra confirmatoria si spiega con il minor rischio che la previsione di una caparra confirmatoria possa aprire la strada ad una pattuizione veramente “*iniqua*” (p. 930).

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

Se si considerano, invece, le maggiori incertezze che caratterizzano l'eventuale valutazione di illegittimità, per contrarietà all'art. 2 Cost. e agli artt. 1175 e 1375 c.c., di una caparra considerata eccessiva, fermi restando i rilievi critici sopra sollevati (§4), paiono opportune alcune brevi ulteriori riflessioni sulla valutazione (in concreto) della caparra di cui all'art. 4 della Transazione in termini di eccessività o meno.

Al riguardo, deve, infatti, anzitutto ripetersi come la previsione di una caparra confirmatoria di un importo (€ 5.700.000) corrispondente a circa il 50% del prezzo (massimo) concordato (€ 10.500.000) non determina di per sé sola una automatica valutazione della caparra come eccessiva⁽⁴²⁾.

Inoltre, non può trascurarsi che, anche in ragione della funzione propria attribuita alla caparra confirmatoria quale incentivo alla conclusione del contratto e tutela, quindi, dell'affidamento di entrambe le parti⁽⁴³⁾, l'eventuale iniquità (*rectius*, eccessività) o congruità della caparra confirmatoria non sono, comunque, paramtrate al valore della controprestazione (il prezzo), ma, più correttamente, all'entità del danno che può scaturire dall'inadempimento del *tradens*⁽⁴⁴⁾ (o, in una prospettiva più generale, anche dell'*accipiens*).

Nel caso di specie, tali considerazioni sono ancor più avvalorate dalle circostanze e dal contesto in cui è maturata la negoziazione della caparra confirmatoria di cui all'art. 4 della Transazione e segnatamente il fatto che:

- la caparra è stata riprodotta in un accordo transattivo successivo ad un contenzioso giudiziale arrivato al termine della sua fase istruttoria di primo grado;

⁽⁴²⁾ In merito, non è irrilevante che la giurisprudenza non abbia proceduto ad una riduzione (*ex art. 1384 c.c.*) della caparra pari a circa il 30% o il 50% del prezzo di compravendita: cfr. Cass., 23 maggio 1995, n. 5644, che ha escluso la riducibilità di una caparra confirmatoria pari a Lire 30.000.000 a fronte di un prezzo complessivo di Lire 63.990.000; Cass., 1° dicembre 2000, n. 15391, che ha escluso la riducibilità di una caparra confirmatoria pari a Lire 27.000.000 a fronte di un prezzo complessivo di Lire 80.000.000.

⁽⁴³⁾ Sul punto v. diffusamente DELLACASA, *Inadempimento*, cit., p. 205 ss.

⁽⁴⁴⁾ D'AMICO, *Applicazione*, cit., p. 931; PATTI, *Il controllo*, cit., p. 688.

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

- il predetto accordo transattivo è stato negoziato e concluso dalle parti il 19 febbraio 2013 al termine di un *iter* assai articolato con l'acquisizione di due perizie e con le garanzie offerte dal Regolamento sulle operazioni con parti correlate, che nello specifico ha visto l'intervento di un doppio presidio: il Comitato parti correlate costituito *ad hoc*, da un lato, e il coinvolgimento del Commissario Giudiziale e del Comitato dei Creditori che erano stati nominati dal Tribunale di Reggio Emilia in occasione della procedura di Concordato Preventivo che all'epoca era in corso, dall'altro lato;

- ogni accordo transattivo, proprio perché conseguente – come nel caso in esame – a reciproche rinunce da parte di due litiganti, risponde a logiche causali differenti rispetto ad un tradizionale contratto di compravendita e ogni relativo scrutinio giudiziale subisce notorie limitazioni.

Ne discende che l'interesse (in particolare, ma non solo) della Promittente Venditrice alla corretta esecuzione della compravendita – e, quindi, il possibile danno in caso di inadempimento del Promittente Acquirente – può essere tale da escludere un giudizio di iniquità o, comunque, di grave sbilanciamento (per richiamare i parametri utilizzati dalla Corte Costituzionale ⁽⁴⁵⁾) della caparra prevista dall'art. 4 della Transazione, senza la possibilità, quindi, di invocare la ricorrenza di una sua nullità parziale per contrarietà ai principi generali di cui all'art. 2 Cost. e agli artt. 1175 e 1375 c.c.

*

§6. Venendo all'ultimo quesito postomi circa la ragionevole probabilità di successo di una azione giudiziaria diretta al “recupero” di una parte (ovvero di una frazione soltanto) della caparra versata, una volta che non sia stato concluso il contratto

⁽⁴⁵⁾ Cfr. le più volte citate Corte Cost. ord., 21 ottobre 2013, n. 248 e 2 aprile 2014, n. 77, cit.

AVV. PROF. EMANUELE RIMINI

definitivo entro il termine recentemente prorogato sino al 30 marzo 2018 ad opera del Promittente Acquirente, sono in grado con tutte le ragionevoli approssimazioni del caso di rilevare quanto segue.

Nell'attuale scenario interpretativo il recupero di parte della caparra non potrebbe che seguire la via prospettata dalla Corte Costituzionale, in merito alla quale sono state già ampiamente riassunte le plurime criticità acuite dalla monolitica barriera frapposta dal Supremo Collegio anche dopo le due ordinanze gemelle della Consulta.

La restituzione di una parte della caparra non può, quindi, che ritenersi poco probabile. In aggiunta, non possono essere sottostimate le ricadute di una sicuramente non breve durata del contenzioso sull'operatività imprenditoriale, che, per un verso, non potrebbe immediatamente avvantaggiarsi del recupero di somme liquide da destinare ad altri investimenti e, per altro verso, disattenderebbe certamente quegli obiettivi di ampliamento della "attività nel settore care" espressamente presi in considerazione pure nelle valutazioni del Commissario Giudiziale e del Comitato dei Creditori, formalizzate nella riunione del 18 febbraio 2013, che hanno supportato, unitamente all'intervento degli altri presidi precedentemente menzionati, la conclusione della Transazione.

* * *

Confido, dovendo necessariamente considerare il breve tempo concessomi, di aver esaurientemente risposto ai Vostri quesiti e nel restare comunque a disposizione per qualunque eventuale integrazione e/o chiarimento porgo i migliori saluti.

Avv. Prof. Emanuele Rimini