

FACOLTA' DI GIURISPUDENZA

CATTEDRA DI DIRITTO CIVILE

L'OPZIONE

RELATORE:

Chi. mo Prof. Masi Antonio

CANDIDATO:

Lanzafame Elettra

Matricola 067603

CORRELATORE:

Chi. mo Prof. Nuzzo Mario

ANNO ACCADEMICO 2008/2009

INDICE

PREMESSA

I CAPITOLO

L'OPZIONE

1. Il concetto di opzione in generale
2. Il patto di opzione dal codice del 1865 al codice del 1942
3. L'opzione ai sensi dell'art. 1331 c.c.
4. Considerazioni sul rinvio dell'art. 1331 c.c. all'art. 1329 c.c.
5. Essenza e natura del patto di opzione
 - 5.1 Teoria del contratto unico
 - 5.2 Teoria del doppio contratto
 - 5.3 Teoria dell'accettazione come negozio giuridico unilaterale
 - 5.4 La giurisprudenza
6. Struttura ed elementi del patto di opzione
 - 6.1 Formazione e conclusione
 - 6.2 Causa dell'opzione ed ammissibilità di un'opzione gratuita
 - 6.3 L'oggetto del contratto
 - 6.4 Forma dell'opzione e forma di qualsiasi modifica successivamente intervenuta
 - 6.5 Termine del patto di opzione
7. I vizi genetici sopravvenuti: la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta
8. Obbligazioni assunte con il contratto di opzione e responsabilità derivante dalla violazione di tali obblighi

9. Trascrivibilità e contratti traslativi
10. Effetti dell'opzione
11. Trasmissibilità dell'opzione
12. Contenuto del patto di opzione in relazione all'oggetto ed alla natura del futuro contratto definitivo

II CAPITOLO

IL CONTRATTO DI OPZIONE A FAVORE DI TERZO

1. Il contratto a favore di terzo
2. Il carattere reale della prestazione a favore di terzo
3. I contratti ai quali si applica lo schema del contratto a favore terzo. L'opzione
4. Le tesi contrapposte, orientamenti dottrinari a confronto
5. La giurisprudenza, orientamento maggioritario
- 5.1 Corte di Cassazione, sezione III civile, sentenza 1 dicembre 2003, n. 18321; I. Ghiotto c. V. Ghiotto
6. Le conclusioni della giurisprudenza e della dottrina
7. I problemi specifici dell'opzione a favore di terzo
8. Contratto preliminare unilaterale a favore di terzo, opzione di contratto a favore del terzo, contratto di opzione per persona da nominare

III CAPITOLO

LA PRELAZIONE, IL CONTRATTO PRELIMINARE E L'OPZIONE NELLE SOCIETA' DI CAPITALI

1. Opzione e figure affini
2. La prelazione. Profili distintivi tra opzione e prelazione
 - 2.1 La giurisprudenza
3. Il contratto preliminare
 - 3.1 La giurisprudenza
 - 3.2 L'opzione di contratto preliminare.
CASS., 15 gennaio 1965, n. 80
4. L'opzione nelle società di capitali
 - 4.1 Le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili in azioni
 - 4.2 Il diritto di opzione, art. 2441 c.c.
 - 4.3 Prelazione nell'acquisto delle azioni inoptate
 - 4.4 Esclusione o limitazione del diritto di opzione
 - 4.5 Cessione del diritto di opzione. Estensione del diritto ai terzi in caso di quote inoptate

BIBLIOGRAFIA

INDICE GIURISPRUDENZA

PREMESSA

L'art 1326 del codice civile stabilisce che “Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte”, si parte, dunque, dal concetto che non c'è contratto senza proposta e senza accettazione; proposta e accettazione considerati cioè come gli elementi strutturali essenziali e tipici per la formazione del contratto. Questo schema è sicuramente giustificato dall'ambiente economico e sociale, nel quale si riflette una semplicità di affari tipica dell'epoca a cui risale lo stesso codice. Infatti, ai margini di tale nucleo della formazione del contratto, si pongono altri schemi, in parte diversi, introdotti da nuove esigenze proprie di una società più complessa, si pensi ad esempio alla fattispecie della proposta irrevocabile (art. 1329 c.c.).

Quindi accanto al normale procedimento di formazione del contratto, considerando anche la figura del contratto perfezionatosi tra persone lontane, o tra presenti, ma *ex intervallo temporis*, è possibile e frequente trovare un contratto formatosi in un modo, che fu chiamato, in senso ampio, qualificato, progressivo (meglio detto graduale), in quanto si

elaborano e determinano preventivamente o l'intero contenuto del futuro contratto, o singole clausole di esso¹.

Un primo modo è costituito dalla predisposizione, effettuata unilateralmente (ossia, ad opera di una sola delle parti) di clausole generali, o dall'impiego di modulo (o formulario), elaborato - di regola - da entrambe le parti, ma anche da una sola di esse.

Un secondo modo, che si articola in più figure, tra loro diverse, ma tutte, partecipi della circostanza che, mediante esse, il contenuto del contratto resta - per qualche aspetto - predeterminato, sempre con la collaborazione di ambo le parti e, quindi, in situazione di pariteticità.

I modi indicati restano accomunati, altresì, dalla circostanza che, mediante essi, si realizzano due fenomeni paralleli: da un lato, si circoscrive l'area del libero dibattito tra le parti e l'autonomia delle stesse, sostituendovi un materiale, che, già elaborato, si assumerà nel contesto del futuro contratto; dall'altro, si rende possibile che il contenuto del contratto sia identificato e determinato in tutti i suoi particolari, sicchè i contraenti possano rendersi conto, con sufficiente

¹CARNELUTTI F., *Formazione progressiva del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, II, pag. 308 e ss.; GRAZIANI A., *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, pag. 335 e ss.; FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pag. 199 e ss.; TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.

chiarezza, degli effetti che ne derivano e della portata dei rispettivi obblighi e diritti.

L'uno e l'altro fenomeno attiene agli interessi delle parti.

Come è stato osservato², l'unità contrattuale non viene meno, per il fatto che il contratto si forma in modo graduale. Ma è ovvio che l'eventuale arresto di tale processo (quale che possa esserne la ragione) impedisce, intanto, il perfezionamento del contratto.

Esempio ne è l'opzione. Tale istituto, da un lato, è pur sempre collegato con i principi generali sulla formazione del contratto, e quindi permette una loro considerazione; dall'altro, esprime degli interessi nuovi, sistemati in una disciplina non prevista dal precedente sistema. Pertanto, l'approfondimento di tale argomento, non solo può riuscire a soddisfare quella esigenza di rinnovamento precedentemente individuata ma, comporta probabilmente una discreta utilità pratica ove si consideri, a conclusione di un giudizio retrospettivo, che dal punto di vista della tecnica giuridica e della tecnica degli affari tale modo di formazione del contratto costituisce un progresso rispetto alle forme tradizionali, le quali sono spesso rudimentali³. Probabilmente l'opzione può apparire a prima vista come una superflua complicazione del procedimento di formazione

² CASS., 7 maggio 1953, n. 1271, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1953, pag. 275.

³ Così MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1987, vol. XXI, t. 1, pag. 479 e ss.

del contratto, ma non può sfuggire la sua utilità consistente nella soddisfazione di quegli interessi privati che in ultima analisi hanno generato la norma: “utilità che sarà sempre maggiore ove occorra con il suo peso una chiara delineazione giuridica”⁴, come conferma l’esame della giurisprudenza, nella quale si prospettano sempre con maggiore frequenza questioni che confermano l’interesse giuridico e la rilevanza pratica del tema.

L’aumento delle decisioni giurisprudenziali sull’argomento è ancor più significativo, se è vero che “solo una parte dei conflitti di interessi cui dà luogo la realtà giuridica attuale arriva all’esame dei giudici togati; anzi vi arriva la parte meno nuova, perché di solito i conflitti tra le forze economiche, che hanno rilievo maggiore sul piano sociale e più implicano la composizione di interessi superindividuali, trovano la loro composizione, non importa se volontaria o autoritativa, in altre sedi che non siano quelle giudiziarie”⁵

L’optante è spesso un imprenditore⁶ o un soggetto per il quale non è conveniente procedere alla conclusione del contratto attraverso lo

⁴ GENOVESE A., *Il contratto d’opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, pag. 184 e ss..

⁵ NICOLO’ R., *Riflessioni sul tema dell’impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, I, pag. 177 e ss..

⁶ A quanto risulta l’opzione è il procedimento tipico di formazione del contratto delle società petrolifere, le quali stipulano con il privato un’opzione di locazione, di vendita di un determinato suolo, necessario per l’installazione degli impianti, e si riservano di accettare in attesa della concessione di quelle autorizzazioni governative necessarie per l’installazione degli impianti stessi. Dalla considerazione delle diverse sentenze rese su questioni inerenti all’opzione si è constatato che nella maggior parte dei casi uno dei soggetti, l’optante, era un imprenditore.

scambio della proposta e dell'accettazione, in quanto gli occorre tempo per decidersi. Per converso, il soggetto passivo è il tipo normale o medio di contraente, il quale non essendo portatore di vasti interessi economici è portato alla conclusione istantanea; egli accetta di assumere una posizione vincolata, non solo perché gli interessa la conclusione del negozio finale ma, anche perché si lascia sedurre da quei vantaggi economici, che l'optante gli offre come corrispettivo della posizione assunta. Inoltre pare opportuno sottolineare l'importanza che assume l'art. 1331 c.c.. Il più evidente e principale significato risiede nella sua posizione nel sistema: la sua collocazione nei principi generali sulla conclusione del contratto rende indipendente l'opzione dalla tipicità o meno di questo o di quel contratto. Mentre, cioè, nella pratica contrattuale sviluppatasi prima dell'entrata in vigore del codice del 1942 il patto era conosciuto solo con riferimento ad alcuni tipi di contratto (la compravendita, la locazione ed il mutuo) dei quali esso veniva a fare parte come disposizione accessoria ed accidentale; con l'introduzione dell'art. 1331 c.c. non solo da un lato si è riconosciuta l'attitudine dell'opzione di poter inerire a qualsiasi contratto, ma anche dell'autonomia come strumento generale di formazione del contratto.

I capitolo

L'opzione

1. Il concetto di opzione in generale

Il significato giuridico di opzione è molto ampio e, in via generale, con tale termine si usa indicare un qualsiasi diritto di scelta spettante ad un solo soggetto di un rapporto giuridico; diritto di scelta che può produrre le conseguenze più varie e gli effetti più disparati, come la costituzione, la modificazione e l'estinzione di una determinata situazione giuridica: così limitandoci al campo privatistico⁷, si parla di opzione a proposito di talune scelte a favore di un soggetto di un rapporto, quale il debitore (od anche il creditore o un terzo) nell'obbligazione alternativa (art. 1286 c.c.), o l'onerato (o anche il legatario o un terzo) nel legato alternativo (art. 665 c.c.), o il compratore di cosa affetta da vizi occulti tra la *actio redibitoria* e la *quanti minoris* (art. 1492 c.c.)⁸. Il significato più ristretto,

⁷ Nel campo pubblicistico si parla di opzione di cittadinanza e di opzione in tema di elettorato attivo.

⁸ TAMBURRINNO G. *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 764 e ss. Si è discusso sulla natura di tali scelte nelle ipotesi indicate: più che per una natura negoziale, propende per quella di atto giuridico in senso stretto (unilaterale recettizio) in quanto risultato della scelta, non sarebbe una modificazione del rapporto, bensì la determinazione di un elemento di fatto, cioè la individuazione della prestazione dovuta.

e che a noi interessa, è quello che si suol dare all'opzione nel campo della formazione di un contratto, nel senso di attribuire ad una sola delle parti la scelta di addivenire o meno alla conclusione del contratto stesso e a cui fa riscontro l'impegno dell'altra parte di mantenere ferma la sua dichiarazione, anch'essa tendente al vincolo contrattuale: attribuzione che avviene normalmente attraverso un'apposita clausola contrattuale o un apposito patto, bilateralmente, a meno che non sia la scelta medesima attribuita ad uno dei soggetti direttamente dalla legge. Nel primo caso si suol parlare di "patto" o "contratto" d'opzione per mettere in luce la natura bilaterale, nel secondo di "opzione legale" per chiarire che la scelta è attribuita dalla legge.

2. Il patto di opzione dal codice del 1865 al codice del 1942

L'opzione, al pari di alcune delle altre figure attinenti alla fase di formazione del contratto (quali il contratto preliminare ed il patto di prelazione), non era disciplinata nella legislazione abrogata. Dal tenore letterale dell'art. 36 del codice di commercio del 1882, anzi, una consistente corrente dottrinale desumeva il principio, ritenuto assoluto e

cogente, di revocabilità di ogni proposta contrattuale⁹: il terzo comma di tale norma, infatti, precisava, senza distinguere tra proposta semplice ed irrevocabile, che la revoca della proposta impediva la perfezione del contratto. Di conseguenza, si riteneva che, nonostante il proponente si fosse obbligato a tenere ferma per un certo tempo la proposta, la revoca fosse comunque efficace ed inibisse la conclusione del contratto per difetto dell'incontro dei consensi necessari a formarlo. In questo caso, egli era tenuto (solamente) al risarcimento dei danni.

Nel silenzio, quindi, del codice del 1865 non si è avuta la elaborazione di una teoria generale sull'opzione, ma la dottrina, seguendo la giurisprudenza, si è fermata sui singoli casi pratici che si andavano formando in concreto e che con lo sviluppo degli scambi e la industrializzazione andavano, sempre più, aumentando¹⁰. Ed è sintomatico che i casi di opzione (allora sempre convenzionale, non ammettendo il codice abrogato alcun esempio di opzione legale) si avevano normalmente in ordine alla formazione di due contratti: così sorse, la fattispecie della opzione nel contratto di vendita sotto la forma dell'opzione di vendita (se era il venditore ad attribuire la facoltà di

⁹ Lo riferiscono JANNUZZI A., *Proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a TRIB. MANTOVA, 24 agosto 1948, in *Foro Italiano*, 1949, I, pag. 179, cui si rinvia per le citazioni della dottrina italiana, e DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1952, pag. 95. Così anche SACCO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1975, vol. VI, t. 2, pag. 194 e ss..

¹⁰ AA.VV., *Nuovo Digesto Italiano*, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1939, vol. IX, pag. 722 e ss..

scelta al compratore), o di opzione di compera (se era il compratore ad attribuire la facoltà di scelta al venditore), nonché, l'opzione a favore dei soci di una società anonima in ordine all'acquisto delle nuove azioni emesse per aumento di capitale.

In ordine all'opzione del contratto di vendita, in realtà, la discussione sull'istituto sorse nella prassi giudiziaria e fu seguita da un vasto intervento della dottrina.

Occorre rilevare che se la giurisprudenza tende negli atteggiamenti più recenti sempre più ad acquietarsi in forme tratative¹¹, tanto che per quanto concerne il nostro istituto si ritiene irrilevante ogni riferimento¹², con riguardo alla giurisprudenza precedente occorre mettere in luce che il tema dell'opzione è legato al ricordo di una antica vicenda giudiziaria che ebbe echi non solo nel mondo giuridico, ma anche in altri settori della realtà.

Si intende fare riferimento (è opportuno farne menzione perché dal caso sorsero le varie opinioni che si sono tramandate fino ai nostri giorni e che hanno quindi una grande importanza storica) alla controversia tra

¹¹ L'affermazione è di NICOLO' R., *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, I, pag. 177 e ss.. Una testimonianza sull'azione innovatrice della giurisprudenza italiana ci viene data da TORRENTE A., *Il giudice e il diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, pag. 1261. IN generale, le considerazioni di BIANCA C.M., *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1964, I, pag. 485 e ss..

¹² GENOVESE A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione progressiva dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, pag. 182.

Bocconi e la Rinascente che, attraverso i diversi gradi di giudizio, diede luogo a decisioni, che costituiscono tuttora il documento più valido per conoscere gli interessi delle parti ed i problemi giuridici che in relazione agli stessi si ponevano.

La controversia aveva ad oggetto l'interpretazione di un patto contrattuale, secondo il quale il Bocconi prometteva di vendere determinati stabili alla Rinascente. Essa sorse perché la Rinascente intendeva stipulare il contratto, cioè intendeva acquistare l'immobile, mentre il Bocconi (per la ragione pratica dell'aumento del valore del bene) vi si oppose.

Era accaduto che la Rinascente, da poco nota come società anonima e di ridotte possibilità economiche, non potendo procedere immediatamente all'acquisto degli immobili del Bocconi – perché “se ne avesse avuti i mezzi e si fosse sentita sicura dell'esito dell'impresa avrebbe provveduto a farne l'acquisto immediatamente”¹³ – aveva stipulato con quest'ultimo che, peraltro, versava in una situazione economica disagiata, più grave per il fatto che si era negli anni della guerra, un contratto preliminare di locazione¹⁴. In esso era inserita la clausola che alla locataria fosse concessa per la durata di anni quattordici, decorrenti dalla data del 20

¹³ (Così descritto dalla sentenza della CORTE APP. MILANO 30 luglio 1927.)

¹⁴ In data 7 luglio 1917 e reso definitivo il 17 novembre 1917.

agosto 1917, la facoltà di acquistare gli immobili al prezzo totale di 20 milioni.

In seguito a liti sorte sul contratto di locazione si giunse ad una transazione (30 maggio 1919), nella quale restando fermo il diritto di opzione¹⁵ della Rinascente all'acquisto degli stabili, si riduceva il limite temporale utile per tale esercizio (fino al 20 agosto 1927) e si aumentava a 23 milioni la cifra del prezzo convenuto. In data 26 maggio 1927, previa deliberazione del consiglio di amministrazione, la Rinascente comunicava al Bocconi di esercitare il diritto di opzione con invito a stipulare l'atto davanti ad un notaio, presso il quale il Bocconi non si presentava né aveva interesse a farlo perché si era verificato un notevole aumento del valore degli stabili nell'intervallo di tempo corso dal momento della conclusione della transazione, al momento in cui sarebbe dovuta effettuarsi la stipulazione del contratto.

Il richiamo del fatto può interessare per due diversi profili, l'uno che attiene alle ragioni per le quali tuttora si adotta il procedimento di opzione, l'altro che attiene alle discussioni giuridiche che in relazione a quella fattispecie si sono agitate e che hanno determinato in ultima analisi l'esigenza del necessario adeguamento da parte dell'ordinamento di tale fenomeno con il riconoscimento di una sua rilevanza nel sistema.

¹⁵ Fu in tale contratto che apparve simile terminologia

Per quanto concerne il primo profilo, occorre dire che l'esistenza di un periodo di economia instabile, caratterizzato dalla tensione in ogni misura ed in ogni direzione a procurarsi delle certezze per l'avvenire, potrebbe giustificare il ricorso all'opzione: infatti, con questa non si vuole immediatamente concludere un contratto ma si tende a cautelarsi da ogni eventualità facendosi riconoscere un diritto alla conclusione di un contratto definitivo se le circostanze si riveleranno favorevoli. Ma è facile osservare quanto per converso sia onerosa l'opzione per il soggetto passivo, che sarà irrevocabilmente vincolato alla conclusione del negozio finale, per rendersi conto – attraverso tale rilievo – come il principio dell'instabilità economica tuteli soltanto il soggetto optante e per tanto non vale a spiegare l'adozione, la funzione e l'applicazione dell'istituto nella realtà. Sulla base di tale considerazione si deve per converso ritenere che l'adozione di questo istituto trova la sua giustificazione nella qualità di uno dei contraenti, il quale, per particolari ragioni inerenti alla sua posizione di economia organizzata, non è abituato all'improvvisazione del contratto, cioè alla sua occasionale conclusione, ma questo risultato costituisce l'attuazione di un programma che si inserisce nella sua ampia prospettiva economica.

Per quanto concerne l'aspetto giuridico, occorre dire che l'interesse a non considerare concluso il contratto di vendita induceva il Bocconi a sostenere di aver perfezionato, con quella clausola, un contratto preliminare, avente per contenuto un'obbligazione di fare, cioè di prestare un ulteriore consenso per la vendita; per cui l'avvenuto rifiuto di tale prestazione impediva la conclusione del contratto e generava al massimo la responsabilità per risarcimento dei danni, esclusa, per altro dalla circostanza che il contratto doveva ritenersi risolto per rescissione. Per converso, l'interesse della Rinascente era di considerare conclusa e perfetta la vendita e di escludere la possibilità di una azione di rescissione; ragion per la quale era indotta ad eccepire, innanzi tutto, che il negozio con il quale lei si concedeva il diritto di opzione non aveva un oggetto patrimoniale e come tale non era rescindibile ed in ogni caso assumeva un carattere aleatorio; ed, in prima analisi, che si trattava di una vendita condizionata, in particolare di una vendita *si intra certum tempus emptori placuireit*, per cui la data della conclusione del contratto e la decorrenza dei due anni per la proposizione dell'azione di rescissione doveva risalire al 30 maggio 1919, epoca nella quale era pacifico che il prezzo di 23 milioni non fosse lesivo¹⁶.

La questione fu risolta in diverso senso nei diversi gradi di giudizio.

¹⁶ CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, Jovene, 1969, pag. 20 e ss..

Ci si chiedeva anzitutto se una simile pattuizione fosse valida, essenzialmente con riferimento alla possibilità che il negozio potesse essere inteso come soggetto ad una condizione meramente potestativa (art. 1162 c.c. del 1865)¹⁷.

Il Tribunale di Milano¹⁸ esclude che si trattasse di una promessa unilaterale o di contratto preliminare unilaterale di vendita e ritenne che si fosse in presenza di una proposta irrevocabile per un certo tempo. La Corte di Appello di Milano¹⁹ riformò la sentenza del Tribunale, ritenendo che si trattasse di un contratto perfetto sottoposto a condizione mista, quindi ammissibile. Infine la Corte di Cassazione²⁰ aspramente censurò la Corte di merito e parlò di contratto in formazione con irrevocabilità della proposta. In ordine ed a seguito di questo caso giudiziario, sorsero varie opinioni che appassionatamente furono indicate in dottrina, portando ad un tentativo di inquadramento, sia pure limitato al contratto di vendita, dell'opzione convenzionale. Può dirsi che, da un lato, si sosteneva trattarsi di una condizione che si configurava, per evitare la nullità e quindi salvare la fattispecie, non come meramente potestativa

¹⁷ PACCHIONI G., *Della promessa di vendita con la cosiddetta clausola di opzione e di alcuni limiti di ammissibilità dell'azione di rescissione per lesione*, nota a CORTE APP. MILANO, 30 luglio 1927, in *Foro italiano*, 1927, I, pag. 1111 e ss.

¹⁸ TRIB. MILANO, 30 dicembre 1926, a quanto risulta inedita, ma indicata dalla sentenza di appello di cui a nota seguente.

¹⁹ CORTE APP. MILANO, 30 luglio 1927, con nota di PACCHIONI G., in *Foro Italiano*, 1927, I, pag. 1111 e ss..

²⁰ CASS., 28 luglio 1928, con nota adesiva di SEGRE' T., in *Rivista di diritto commerciale*, 1928, II, pag. 599, e con nota critica di BUTERA A., in *Foro Italiano*, 1928, I, pag. 1009.

(*si intra certum tempus emptori placuireit*), ma come mista e quindi ammissibile²¹; dall'altro lato, molto più diffusamente, si metteva in luce che l'opzione si presentava come offerta di contratto unilateralmente vincolante e che il contratto veniva a concludersi ulteriormente al momento in cui il promissario avrebbe accettata la proposta e quindi la si faceva rientrare nella formazione del contratto, identificandola, o con la normale proposta contrattuale²², o con il contratto preliminare unilaterale²³, o con una speciale procedura di formazione del contratto, che importasse la irrevocabilità per un certo tempo della proposta²⁴.

In secondo luogo, abbiamo anche accennato che si parlava di “opzione”, o di “diritto di opzione” a proposito della emissione di nuove azioni nelle società che allora si chiamavano anonime: infatti numerosi atti costitutivi o statuti prevedevano che, in caso di emissioni di nuove azioni per aumento del capitale, fosse attribuito ai soci o ai promotori la scelta di sottoscrivere o meno le nuove azioni, prima che esse fossero poste in pubblica sottoscrizione. Anche a questo proposito, la dottrina, studiando i singoli casi pratici, ha tentato l'inquadramento di detto “diritto

²¹ PACCHIONI G., *Della promessa di vendita con la cosiddetta clausola di opzione e di alcuni limiti di ammissibilità dell'azione di rescissione per lesione*, nota a CORTE APP. MILANO, 30 luglio, 1927, in *Foro Italiano*, 1927, I, pag. 1111 e ss.

²² BUTERA A., nota a CASS., 28 luglio 1928, in *Foro Italiano*, 1928, I, pag. 1009.

²³ LORDI L., *Obbligazioni commerciali*, Milano, 1936, pag. 88 e ss.

²⁴ SEGRE' T., *Il cosiddetto diritto d'opzione e l'azione di rescissione per lesione enorme*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1928 II, pag. 599 e BONFANTE G., in *Rivista di diritto commerciale*, 1930, I, pag. 128.

d'opzione" nello schema contrattuale, mettendone in luce i singoli aspetti ed elementi (ipotesi oggi prevista espressamente dalla legge).

In tale situazione della giurisprudenza e della dottrina e nel crescere dei vari casi pratici di opzione²⁵, il legislatore del 1942 (nel mentre ha espressamente regolato l'opzione nella emissione delle nuove azioni e così anche l'opzione nella vendita a termine dei titoli di credito) ha trattato in via generale dell'opzione, onde più non si discute della sua ampia applicabilità al di fuori del contratto di vendita. E ne ha trattato proprio nella formazione del contratto, a seguito della disciplina della proposta e dell'accettazione, della irrevocabilità della proposta e della caducità della proposta e della accettazione, onde non potersi più ammettere la tesi dell'inquadramento come contratto perfetto sottoposto a condizione. Invero il primo comma dell'art. 1331 c.c. (sotto la rubrica "opzione") stabilisce che "quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'art 1329 c.c."

²⁵ Anche negli ultimi decenni, è frequente il ricorso a siffatto strumento nella formazione del contratto, come è dimostrato dalle numerose decisioni che lo riguardano.

3. L'opzione ai sensi dell'art. 1331 c.c.

L'opzione ricorre quando una parte del contratto si vincola verso l'altra (si obbliga per esempio a vendere o a comprare a date condizioni) e l'altra si limita a prendere atto, riservandosi la scelta, appunto l'opzione, se accettare o meno (se comprare o non comprare: cosiddetta opzione di vendita, che è l'ipotesi più diffusa)²⁶. Per eseguire il patto è sufficiente la dichiarazione di volontà del promissario, essendo quella del proponente già manifestata, vincolante e per lui irrevocabile ed essendo il proponente stesso liberato dal vincolo derivante dall'opzione solo se l'accettazione della proposta intervenga dopo la scadenza del termine fissato²⁷ nel contratto stesso o, in mancanza, dal giudice, *ex art. 1331, com. II, c.c.*. Si discute se l'accettazione tardiva possa, poi, ricondursi all'art 1326 c.c., com. III, secondo cui il proponente può sempre ritenere l'accettazione pervenuta in ritardo.²⁸

²⁶ GALGANO F., *Diritto Privato*, Cedam, 2001, pag. 234.

²⁷ CASS. CIV., Sez. II, 6 novembre 1996, n. 9675.

²⁸ Non nutre dubbi sul punto GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pag. 834, che esclude una tale eventualità e per il quale, invece, "l'esercizio tardivo vale proposta, che il concedente è libero di accettare". Decisamente contrari alla riconducibilità dell'accettazione tardiva alla disciplina di cui al com. III dell'art. 1326 c.c., CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pag. 283 e ss. e GENOVESE A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, pag. 184 e ss. Nello stesso senso anche la recente giurisprudenza della Cassazione, che esclude l'efficacia dell'accettazione tardiva sul rilievo che, con la scadenza del termine pattuito, "la proposta non solo perderebbe i caratteri della irrevocabilità", ma verrebbe meno anche come "proposta *sic et simpliciter* *ex art. 1326 c.c.*" avendo le parti, "attraverso il patto d'opzione", nettamente "delimitato i rispettivi poteri, l'una assumendo l'obbligo di mantenere ferma la propria proposta solo per il periodo indicato e l'altra quello di esercitare il suo diritto potestativo di accettazione entro e non oltre il medesimo termine". Pertanto, la manifestazione della volontà di aderire all'offerta "se sopravviene tardivamente, equivale ad una nuova proposta" proveniente dal soggetto che nel patto d'opzione aveva la posizione più

La natura contrattuale dell'opzione comporta, sul piano degli effetti, che la dichiarazione rimane ferma, non per un particolare impegno del concedente ma, per il generale principio di vincolatività del contratto.²⁹

Ne consegue, tra l'altro, una diversa disciplina del termine. La proposta irrevocabile senza indicazione del termine ha infatti la durata di una proposta semplice. La natura contrattuale dell'opzione comporta ancora che un'accettazione difforme non toglie sicuramente la possibilità di una successiva, efficace, dichiarazione conforme. In quanto l'efficacia della dichiarazione discende dal vincolo contrattuale, essa viene meno solo con la scadenza del termine, l'estinzione del contratto, o la rinuncia dell'opzionario al suo diritto.

Va notato che l'eventuale invalidità, o inefficacia, del primo contratto abolisce o, rispettivamente, sospende, il potere del contraente favorito.

Deve ritenersi inconciliabile con il patto medesimo la previsione di una clausola penale, che è destinata a rafforzare un vincolo contrattuale, per i

casi di inadempimento o di ritardo nell'inadempimento delle

favorevole: una proposta che, come tale, è idonea a vincolare in contratto l'originario offerente, salvo che questi non l'accetti: così CASS., 7 maggio 1992, n. 5423, in *Giustizia Civile*, 1992, I, pag. 3039 e CASS., 29 gennaio 1982, n. 579, in *Foro Italiano*, 1982. Di opinione diversa GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss, che esprime perplessità circa "l'asserita inapplicabilità della regola dettata per l'accettazione tardiva: è ben vero che anche il termine, nel caso dell'opzione, è frutto di convenzione; ma vero è anche che l'optante, sciogliendo la riserva in ritardo, manifesta necessariamente di aver ancora interesse al contratto definitivo, onde sembra ragionevole lasciare arbitra la sola controparte, che ancora non si è espressa, di ogni decisione a riguardo".

²⁹ Lo afferma BIANCA C.M., *Contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, vol. III, pag. 261 e ss. Per il CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pag. 124 e ss., l'inefficacia della revoca sanzionerebbe specificatamente un difetto di legittimazione al compimento di un negozio contrario e incompatibile con quello precedente.

obbligazioni con esso assunte³⁰. Quindi una parte emette irrevocabilmente la proposta di concludere un ulteriore contratto (il cui contenuto è stabilito nel patto di opzione ed al quale è già vincolato il promittente da eventuale *ex intervallo* a seguito dell'accettazione dell'altra parte), così che la controparte potrà perfezionare, con la propria eventuale dichiarazione ed unilaterale accettazione, questo contratto ulteriore.³¹ Il consenso attualmente manifestato dalle parti si esplica effettivamente nell'attribuzione al favorito di un potere di decisione rispetto alla conclusione del contratto ulteriore, di guisa che, una volta che il potere sia stato esercitato, tale contratto ulteriore (comunemente detto "definitivo", ma più adeguatamente denotato dalla denominazione di "finale") giunge senz'altro a perfezione, e immediatamente attinge gli effetti costitutivi o traslativi propri del tipo cui appartiene³². Come abbiamo detto, nell'opzione solo il proponente è vincolato alla sua proposta irrevocabile, mentre il promissario ha la facoltà di accettare o meno, liberamente, tale proposta, per cui la conclusione del contratto ha luogo al momento in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione della controparte³³.

³⁰ CASS. CIV., 27 febbraio 1978, n. 989.

³¹ CASS. CIV., 27 novembre 1973, n. 2794.

³² CASS. CIV., 4 dicembre 1974, n. 3986.

³³ CASS. CIV., 11 ottobre 1986, n. 5950, in *Giurisprudenza Italiana*, 1987, I, 1, pag. 1626.

Se l'opzione fosse offerta a più persone congiuntamente ed essa fosse da esercitarsi collettivamente, entro un dato termine (decorrente dalla comunicazione del prezzo da parte dell'offerente), verranno a mancare, per tutti gli oblati, la possibilità di addivenire all'acquisto, ove la comunicazione del prezzo sia stata fatta ad uno solo di essi³⁴

Il patto di opzione rappresenta una clausola a formazione progressiva, contenente una proposta irrevocabile che si traduce in contratto definitivo con l'accettazione da parte dell'altro contraente, senza necessità di una nuova dichiarazione di volontà dell'autore dell'offerta³⁵.

L'accettazione, che saldandosi con detta proposta determina la conclusione del secondo contratto, richiede la forma scritta *ad substantiam*, se l'oggetto di quest'ultimo contratto è il trasferimento della proprietà di beni immobili (o di diritti immobiliari), o la promessa del loro trasferimento, ai sensi degli art. 1350 e 1351 c.c. Tale forma scritta, come per ogni altro contratto in materia immobiliare, non è integrata da meri comportamenti e neanche da qualunque documento, essendo richiesto, invece, che l'atto scritto contenga la manifestazione di volontà di concludere il contratto e sia posto in essere dalla parte al fine specifico di manifestare detta volontà. Questo contenuto non può

³⁴ CASS., 27 luglio 1965, n. 1782.

³⁵ TRIB. ROMA 30 maggio 1990, G7, 1991, 1, 2, pag. 830.

riconoscersi a dichiarazioni di quietanza relative al prezzo (o a sue rate), le quali presuppongono il contratto ma non pongono in essere lo stesso.³⁶

4. Considerazioni sul rinvio dell'art. 1331 c.c. all'art 1329 c.c.

Il patto di opzione, pur nel suo carattere apparentemente unilaterale, è in sostanza una vera e propria convenzione posta in essere sull'accordo dei due contraenti. Da ciò consegue che detto istituto è assimilato alla proposta irrevocabile ai sensi dell'art 1329 c.c..

Nella previsione normativa la dichiarazione della parte vincolata si considera quale proposta irrevocabile per quanto attiene alla inefficacia della revoca ed alla persistente efficacia della dichiarazione, pur a seguito del decesso o della sopravvenuta incapacità del dichiarante (1331, com. 1, c.c.)³⁷. Questo richiamo non vuol dire, per altro, che il contratto di opzione sia una proposta irrevocabile. La differenza strutturale è netta, nel senso che, la proposta irrevocabile è un atto o un

³⁶ CASS. CIV. Sez. II, 13 dicembre 1994, n. 10649.

³⁷ BIANCA M.C., *Contratto*, in *Diritto Civile*, vol. III, pag. 261 e ss.

negozio unilaterale, mentre l'opzione è un contratto.³⁸ L'effetto – almeno quello principale, emergente dalle norme – della proposta irrevocabile e del contratto di opzione è invece lo stesso, cioè l'irrevocabilità della proposta (dichiarazione) del soggetto vincolato. La formula tramandata in dottrina e giurisprudenza si esprime nel senso che opzione e proposta irrevocabile sarebbero diverse *quoad naturam* ma assimilabili *quoad effectum*³⁹.

³⁸ CASS., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giustizia civile*, 1981, I, pag. 2272, con nota di PEREGO E., *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, *ivi*, pag. 2274: nell'opzione a differenza che nella proposta irrevocabile di cui all'art 1329 c.c., vi è una proposta contrattuale finalizzata alla stipulazione di un successivo contratto (che può avere la più svariata natura o contenuto) che diviene irrevocabile a seguito di un accordo tra le parti, di natura contrattuale, che implica l'espressione e l'incontro della volontà delle parti, e che può essere a titolo oneroso o gratuito. Altre massime, pur puntualizzando la differenza strutturale, assimilano l'opzione alla proposta irrevocabile, CASS., 25 ottobre 1978, n. 4870 e CASS., 4 dicembre 1974, n. 3986, con massima commentata da STANGHELLINI L., in *Rivista di diritto civile*, 1978, II, pag. 597 e ss.

³⁹ La citata formula viene ritrovata anche nella successiva dottrina quale sintetica espressione descrittiva della differenza che intercorre tra proposta irrevocabile e contratto di opzione: TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 36, il quale scrive che "l'opzione è costruita dall'ordinamento giuridico come figura autonoma e distinta dalla proposta irrevocabile *quoad naturam*, mentre è ad essa assimilata *quoad effectum*, in modo che sia nell'un caso che nell'altro l'effetto della manifestazione di volontà è l'irrevocabilità della proposta contrattuale, ma mentre nel primo caso l'effetto della irrevocabilità deriva dall'accordo di entrambe le parti, nel secondo tale effetto discende dalla manifestazione di volontà di una sola delle parti, cioè del proponente". La giurisprudenza, nel riprodurre e seguire questo orientamento, va però oltre il suo originario significato, formulando un'equivalenza tra l'accordo delle parti (la natura contrattuale) che caratterizza l'opzione e la struttura bilaterale del contratto (con necessaria espressione della volontà di entrambe le parti), la quale non è affatto scontata. Si veda, ad esempio, come il principio dottrinale viene a tradursi nella sentenza della CASS., 26 luglio 1977, n. 3341, in *Massimario del Foro Italiano*, 1977, 619, "l'opzione, a differenza della proposta irrevocabile, ha natura di negozio giuridico bilaterale; mentre, infatti, nella proposta irrevocabile vi è una parte che avanza una proposta contrattuale ed unilateralmente si impegna a mantenerla ferma per un certo tempo, nella opzione vi sono due parti che convengono che una di esse resti vincolata dalla propria dichiarazione mentre l'altra resta libera di accettarla o meno; in entrambi i casi, perciò, vi è una proposta contrattuale irrevocabile, ma mentre nel primo (art. 1329 c.c.) la irrevocabilità dipende esclusivamente dalla volontà, dall'impegno unilaterale del proponente, nel secondo (art. 1331 c.c.) la irrevocabilità dipende da una convenzione tra le parti, le cui volontà devono quindi essere espresse ed incontrarsi"; negli stessi termini si esprime la massima della CASS., 7 aprile 1987, n. 3339, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 259, e, in tempi più vicini, similmente il TRIB. TORINO, 9 settembre 1998, in *I contratti*, 1999, 4, pag. 349, ha affermato che "l'opzione, a differenza della proposta irrevocabile, ha natura di negozio bilaterale; l'unica differenza tra le due ipotesi deriva dal fatto che nella proposta ferma l'irrevocabilità dipende esclusivamente dalla volontà unilaterale del proponente, mentre nell'opzione l'irrevocabilità dipende da un accordo stipulato tra le parti".

La natura contrattuale dell'opzione non è mai stata, in realtà, negata nemmeno da quegli autori che vengono talvolta indicati come sostenitori della fungibilità ed identità delle due fattispecie: l'affermazione che si rinviene in certa (risalente) dottrina, secondo la quale l'art. 1331 c.c. avrebbe dovuto dire che la dichiarazione del concedente l'opzione "è" (invece che "si considera") proposta irrevocabile, non vuole, infatti, implicare che il patto di opzione debba essere ricondotto alla proposta irrevocabile anche *quoad naturam*, ma soltanto che l'opzione conterrebbe una proposta contrattuale, resa irrevocabile da un accordo *inter partes*⁴⁰.

Le chiare indicazioni che si traggono dalla stessa terminologia utilizzata dal legislatore e le precisazioni contenute nella Relazione al codice (La relazione al Re al n. 610 precisa che la proposta irrevocabile e l'opzione "non potrebbero, del resto, considerarsi di identica natura, perché l'opzione è una convenzione, mentre la proposta irrevocabile è un atto unilaterale. Pertanto la morte o la sopravvenuta incapacità della parte che ha assunto l'impegno convenuto nell'opzione non potrebbe estinguere questo per un ulteriore ordine di considerazioni: per il motivo, cioè, che

⁴⁰ In questo senso si esprimeva VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, Firenze, 1945, pag. 120 e ss.. Alcuni autori sostengono, invece, l'identità tra proposta irrevocabile ed opzione, attribuendo ad entrambe natura contrattuale, poiché la fattispecie di cui all'art. 1329 c.c. costituirebbe un contratto di opzione gratuito la cui proposta proviene dal soggetto che concede il diritto di opzione, si tratta delle tesi di GABRIELLI G., *Il Rapporto giuridico preparatorio*, Milano, Giuffrè, 1971, pag. 11 e ss. e REALMONTE F., *I rapporti preparatori*, a cura di REALMONTE F. e ALBANESE A., Milano, Giuffrè, 1996, pag. 167 e ss.

l'impegno forma oggetto di un contratto".) non fanno dubitare che la convenzione tra le parti di cui all'art. 1331 c.c. sia un contratto⁴¹.

L'unico elemento di differenza risultante dal disposto normativo è dato dalla disciplina del termine irrevocabilità. L'art. 1329 c.c., infatti, riconosce le fattispecie della proposta irrevocabile quando il proponente si obblighi a mantenere ferma la proposta "per un certo tempo", omettendo di specificare se sia ammissibile una proposta ferma nella quale un termine non sia indicato e, in tal caso, se e come lo si possa determinare. Nell'art. 1331 c.c. è invece espressamente previsto che, se per l'accettazione non è stato fissato un termine, "questo può essere stabilito dal giudice".

Tradizionalmente viene sostenuto che la diversa fonte dell'irrevocabilità della proposta-dichiarazione del soggetto vincolato (ossia la natura di atto o negozio unilaterale della proposta irrevocabile e la natura di atto o negozio bilaterale, *recte* contratto dell'opzione) giustificerebbe, di per sé, la compresenza nel nostro ordinamento di due fattispecie giuridiche aventi il medesimo effetto principale⁴². Agli studiosi che si sono posti il dubbio se la sola differenza strutturale sia sufficiente a giustificare, sotto

⁴¹ L'affermazione della contrattualità dell'opzione è ripetuta e motivata da tutta la dottrina e da una giurisprudenza costante.

⁴² TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss., argomentava che non si può "nel nostro ordinamento giuridico certamente confondere, e come natura e come trattamento giuridico, il negozio, i cui effetti giuridici sono collegati alla dichiarazione impegnativa di una sola parte, e il negozio in cui detti effetti discendono unicamente dalla manifestazione concorde della volontà delle due parti";

l'aspetto sistematico, la presenza nel codice di due norme e che pertanto si sono impegnati ad individuare ulteriori ragioni di differenziazione dell'opzione dalla proposta ferma, è stato obiettato che non vi sarebbe motivo di sopravvalutare e complicare la questione. Sarebbe infatti evidente che quando il legislatore del 1942 ha disciplinato l'accordo delle parti, nell'accogliere il principio generale della revocabilità della proposta ha voluto riconoscere all'autonomia privata la possibilità di limitare temporaneamente il potere di revoca con una dichiarazione unilaterale (art. 1329 c.c.) o per contratto (art. 1331 c.c.), risolvendo in tal modo i dubbi che giurisprudenza e dottrina avevano sollevato in merito agli effetti dell'obbligo di non revocare e sulla stessa validità del contratto di opzione⁴³.

La distinzione fondata sulla mera differenza strutturale tra proposta irrevocabile e contratto di opzione ha portato la giurisprudenza ad affrontare in concreto il problema della qualificazione delle fattispecie sottoposte al suo esame sulla base (semplicistica) del riscontro del numero di manifestazioni di volontà: la presenza di due manifestazioni di volontà indicherebbe la pattuizione di un contratto di opzione, mentre il riscontro di un solo impegno, assunto unilateralmente, dimostrerebbe

⁴³ Oltre a TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss., SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Zanichelli, Bologna, 1970, vol. IV, pag. 140 e ss..

la sussistenza di una proposta irrevocabile⁴⁴. Ma una simile semplificazione, che in molti casi si rivela innocua, è fuorviante quando si ometta di verificare se un contratto di opzione possa essersi perfezionato anche senza una accettazione espressa del beneficiario o per fatti concludenti.

Parte di dottrina, quindi, sostiene la scarsa rilevanza della distinzione sotto il profilo strutturale, sia perché sotto il profilo pratico è assai probabile che il vincolo di irrevocabilità venga comunque concordato tra le parti, sia perché se è vero che la proposta ferma ha effetti diversi dall'opzione, non si può certo ammettere che sia sufficiente l'adesione della controparte per passare da un regime all'altro: l'atto deve contenere

⁴⁴ Oltre alle sentenze già indicate alla nota 39, bisogna indicare la sentenza della CORTE APP. MILANO, 11 marzo 1997, la quale in motivazione afferma con riguardo alla fattispecie concreta in esame, che “trattasi di un impegno irrevocabile a vendere il quale può essere qualificato come proposta irrevocabile ovvero, se si accede alla tesi che la scrittura fu tempestivamente e perciò validamente sottoscritta, come contratto di opzione”. Va segnalato che la sentenza in parola si distingue, sotto un diverso profilo, dall'orientamento prevalente delle Corti, avendo statuito (giustamente) la necessità di una verifica di meritevolezza causale dell'opzione gratuita, ma poi (erroneamente, o solo in modo contraddittorio) indicando come essenziale l'onerosità del contratto. In precedenza, il TRIB. MILANO, 29 maggio 1986, aveva sostenuto, con impostazione fortemente formalistica, che “per stabilire se l'atto con cui il proponente si vincola a tener ferma la propria offerta contrattuale debba qualificarsi come opzione (art. 1331 c.c.) o come mera proposta irrevocabile (art. 1329 c.c.) occorre accertare se in concreto sia rinvenibile l'accettazione della controparte: soltanto in questo caso, infatti, potranno riconoscersi gli estremi della convenzione richiesta dall'art. 1331 c.c. per la configurabilità dell'opzione. Interessante si rivela per l'attenzione prestata al ruolo dell'accettazione del soggetto destinatario di una proposta irrevocabile (accettazione che poteva essere qualificata o come semplice firma per ricevuta della proposta irrevocabile, o come accettazione perfezionativa di un contratto di opzione, oppure come immediata accettazione della proposta irrevocabile di contratto preliminare), il caso esaminato nella sentenza del TRIB. ROMA, 29 marzo 1994, n. 4902, con nota di BROCCHI L., in *Rassegna di diritto civile*, 1996, pag. 434, statuente che “la proposta irrevocabile di acquisto, sottoscritta dal promittente venditore e dal promittente acquirente, si configura come contratto preliminare di compravendita laddove sono precisati i soggetti, l'oggetto, il prezzo ed il termine per la stipula del definitivo”, mostrando il giudice di prescindere (nel caso di specie, giustamente, essendosi tenuto conto del comportamento delle parti successivo alla sottoscrizione del documento) dal *nomen iuris* dato alla scrittura e dalla previsione (ritenuta irrilevante) in esso contenuta di una successiva stipulazione di un contratto preliminare.

in sé stesso le caratteristiche che consentano di qualificarlo come proposta irrevocabile o come offerta di opzione, sicché il criterio di distinzione tra le due fattispecie non poggerebbe sulla struttura, unilaterale o bilaterale delle stesse, né sul contenuto della dichiarazione, quanto sulla funzione complessiva dell'atto, e quindi su una serie di indici esterni che ne svelino le finalità, anche a prescindere dalla terminologia adoperata.⁴⁵

Accanto a questo profilo strutturale, si pone l'accento anche su quello causale (o funzionale), cogliendo una ulteriore diversità delle due figure anche sotto il profilo degli effetti. In sostanza, si è senz'altro concordi nel ritenere che la (diversa) struttura delle due figure rende le due fattispecie di cui agli art. 1329 e 1331 c.c. del tutto distinte, concretizzando la prima una manifestazione di volontà unilaterale del proponente, laddove la seconda trae origine da un contratto con dichiarazione di volontà delle (due) parti; così che mentre nella proposta irrevocabile vi è una parte che avanza una proposta contrattuale e unilateralmente si obbliga a mantenerla ferma per un certo tempo, rendendo in tal modo senza effetti la sua revoca, nell'opzione vi sono due parti che convengono che una di esse resti vincolata alla propria

⁴⁵ GULLOTTA G., *Proposta irrevocabile ed opzione gratuita*, in *Rivista di diritto commerciale*, II, 1988, pag. 161.

dichiarazione, mentre l'altra rimane libera di accettarla o meno. E se in entrambe le fattispecie si assiste al fenomeno della irrevocabilità della proposta, tuttavia mentre nella figura di cui all'art. 1329 c.c. tale effetto dipende esclusivamente dalla volontà, dall'impegno unilaterale del proponente, nella figura in esame l'effetto in parola è la conseguenza di una convenzione (*rectius*: di un contratto) tra le parti, le cui rispettive volontà devono essere espresse ed incontrarsi⁴⁶; e al di là di questo diverso rilievo tipologico, l'opinione prevalente sottolinea l'omogeneità delle due figure sotto il profilo degli effetti, essendo entrambe produttive dell'effetto irrevocabilità.⁴⁷

E tuttavia, come si diceva, non si è mancato di sottolineare che anche sul piano degli effetti i due istituti si differenzerebbero, riguardando la proposta irrevocabile un momento del procedimento di formazione del contratto senza la produzione di effetti sostanziali, laddove l'opzione determinerebbe il sorgere a favore dell'oblato di un vero e proprio diritto soggettivo di natura potestativa, il cui esercizio determinerebbe automaticamente la conclusione del contratto in modo conforme al

⁴⁶ La giurisprudenza è costante al riguardo: fra le tante sentenze, CASS 7 aprile 1987, n. 3339, in *Foro Italiano*, 1987, pag. 571-572; CASS., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giustizia civile*, 1981, I, pag. 2272; CASS., 11 febbraio 1980, n. 960, in *Giustizia civile*, 1980, I, pag. 1947. In dottrina BIANCA C.M., *Contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, vol. III, pag. 261 e ss.; GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Giuffrè, Milano, 1974, pag. 25; TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.

⁴⁷ CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pag. 283 e ss. che sottolinea come quello dell'irrevocabilità sia il solo punto di contatto tra le due figure, l'effetto comune delle fattispecie.

contenuto dell'opzione.⁴⁸ Così, ancora sul terreno della ricerca di elementi ulteriori – rispetto al profilo strutturale – di distinzione tra le due figure, si è giunti a ritenere che l'opzione differisce dalla proposta irrevocabile perché la prima si appoggia ad una causa: perché, in altri termini, è stata o sarà pagata con un prezzo o corrispettivo a parte; sicché a questo specifico titolo l'offerente consente all'opzionario di ritardare la propria decisione, in modo da concludere o non concludere il contratto a seconda dell'andamento del mercato, con la conseguenza che la differenza tra le due fattispecie, non deve essere cercata nel numero delle dichiarazioni ma, nella presenza o assenza di una causa; beninteso, la causa onerosa farà sì che il consenso debba essere espresso da entrambe le parti: dall'opzionario, che si impegna a pagare il premio, come dalla controparte che si sottomette alle decisioni dell'opzionario⁴⁹.

Comunque, sul piano pratico, la distinzione tra i due istituti rileverebbe sostanzialmente in ordine al problema della cedibilità, ritenendosi incedibile la proposta irrevocabile, laddove l'opzione lo sarebbe, ai sensi dell'art. 1406 c.c. E sempre sotto tale profilo, si è poi sottolineato come

⁴⁸ BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pag. 148 e ss; nello stesso senso MENTI, *Il dualismo fra proposta ferma per patto e contratto d'opzione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1984, pag. 686 e ss., secondo il quale, viceversa, l'irrevocabilità della proposta ex art. 1329 c.c. sarebbe in funzione dell'interesse, non del destinatario, ma dell'offerente, che si avvarrebbe di questo strumento per rendere ancora più impegnativa (e più seria) la sua proposta.

⁴⁹ SACCO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1975, vol. VI, t. 2, pag. 194 e ss.. Sull'elemento della previsione di un corrispettivo volto a remunerare il vincolo assunto dal proponente come criterio di distinzione tra le due figure CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1987, vol. XXI, t. 2, pag. 764 e ss.

nel caso della proposta irrevocabile, l'eventuale modifica apportata al contenuto della risposta da parte del destinatario debba intendersi come controproposta (e conseguente venir meno della proposta), mentre nell'opzione, la controproposta non determinerebbe un tale effetto, essendo, in linea di massima, compatibile con il contenuto del patto, ove diretto, ad esempio, ad ottenere condizioni di maggior favore⁵⁰. Ancora, si sottolinea che l'opzionario può in un primo momento dichiarare di non voler esercitare il diritto e poi esercitarlo, purchè entro il termine, perchè il diritto si estingue solo per accordo tra le parti o alla scadenza del termine per l'esercizio, mentre in caso di proposta irrevocabile al rifiuto consegue la revocabilità della proposta o, secondo altra tesi, la sua caducazione⁵¹.

⁵⁰ BIANCA C.M., *Contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, vol. III, pag. 261 e ss.

⁵¹ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pag. 864.

5. Essenza e natura del patto di opzione

La previsione dell'opzione nel codice civile e la sua formulazione nell'art. 1331 c.c. non sono stati sufficienti a dirimere ogni dubbio circa la natura contrattuale della figura, anche se, a dire il vero, può dirsi decisamente prevalente l'opinione che configura la fattispecie in termini di un vero e proprio contratto, di tipo preparatorio, in funzione della conclusione di un altro contratto. Parte della dottrina, in passato, ha escluso che il patto d'opzione potesse atteggiarsi autonomamente in chiave contrattuale: riconducendolo ad un mero accordo inerente ad un contratto di formazione. Tale posizione ha reputato che esso avesse natura contrattuale, con la conseguente forza di fonte di obbligazioni tra le parti, autonoma – ancorché funzionale – alla conclusione di un futuro contratto.⁵²

Attualmente dottrina e giurisprudenza maggioritarie qualificano l'opzione quale contratto autonomo – ancorché funzionale di un successivo contratto –. Ciononostante, si registrano posizioni variegate, che ora accentuano, ora riducono, la portata di taluni profili tipologici e funzionali.

⁵²TEOFILATO P., *Intorno alla natura giuridica del patto di riscatto e del patto di opzione*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, pag. 402 e ss. e MIELE L., *Opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, pag. 129-139.

La dottrina, è divisa in ordine all'essenza ed alla natura di tale contratto, sempre con la intenzione di meglio distinguerlo dalla proposta irrevocabile. Le tesi sostenute sono numerosissime e diverse.

5.1 Teoria del contratto unico

La prima si riferisce ad un contratto unico che comprenda l'opzione e il contratto definitivo. Alcuni autori hanno sostenuto che l'unico contratto sia quello definitivo e che l'opzione costituisca una clausola accedente al contratto in formazione: più precisamente essa avrebbe natura di condizione, il cui evento futuro ed incerto sarebbe dato dall'esercizio della facoltà di concludere il contratto da parte del destinatario della proposta. In particolare, si tratterebbe di una *condicio juris*⁵³. Tale tesi è stata ritenuta, da alcuni, inaccettabile poiché (indipendentemente dalla considerazione che normalmente *condicio juris* è un avvenimento estraneo alla volontà delle parti, cui è subordinata la validità o l'efficacia del contratto, mentre qui si tratta di un atto di parte) è stato sostenuto che

⁵³ La teoria si riferisce all'opinione di BONFANTE G., in *Rivista di diritto commerciale*, 1930, I, pag. 130, il quale parlava di condizione volontaria, mista. Per la *condicio juris* sotto il vigore del codice del 1942, FRAGALI M., *Obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di D'AMELIO M. e FINZI E., Cedam, I, pag. 323; TEOFILATO P., in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1954, III, pag. 492; MIELE L., in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1952, II, pag. 272.

non si possa parlare di condizione (nemmeno volontaria) a proposito di un elemento essenziale del contratto, cioè dell'accettazione, che è intrinseca al contratto stesso e senza la quale questo non si forma. Dall'altro lato si è detto che il contratto con opzione è un contratto unico che si definisce con *species* (ed anzi la più rilevante) del contratto preliminare unilaterale⁵⁴: anche questa tesi è stata ritenuta inaccettabile per la ragione fondamentale che nella fattispecie dell'opzione il contratto si conclude immediatamente con l'accettazione dell'oblato (che è sempre libero di accettare o meno) mentre il proponente rimane fermo nella proposta e non deve più manifestare altra volontà, invece nella fattispecie del contratto preliminare le parti devono prestare un nuovo consenso per il contratto definitivo, con la sola peculiarità, nel preliminare unilaterale, che il promettente è tenuto (obbligato) alla prestazione del consenso mentre l'altra parte è libera.

⁵⁴ BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, pag. 406; CANDIAN A., *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano 1949, pag. 201; MESSINEO F., *Dottrine generali del contratto*, Milano, 1948, pag. 300, il quale successivamente (*Contratto*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1961, vol. IX, pag. 902) ha rivista la sua opinione, parlando della opzione come contratto autonomo "preparatorio" di quello definitivo. Alla tesi del contratto unico si avvicina ROMANO S., *Vendita e contratto estimatorio*, Milano, 1960, pag. 118 e ss., che definisce l'opzione "contratto normativo".

5.2 Teoria del doppio contratto

Il secondo gruppo comprende tutte quelle opinioni che partono dalla base unica della c.d. fattispecie complessa, che cioè l'opzione costituisce un contratto autonomo che si inserisce nella formazione del contratto definitivo e che importa la irrevocabilità della proposta. Ma se la base è unica (ed esatta) vi è poi differenziazione tra i vari autori quando si va a delineare la natura di questo contratto autonomo, inserentesi nella formazione del contratto definitivo. Così si è parlato:

- di proposta irrevocabile e insieme di contratto preliminare⁵⁵:
il che riporta alla già criticata assimilazione e alla proposta irrevocabile e al contratto preliminare;
- di contratto unilaterale accessorio che non è contratto preliminare e che serve a rendere irrevocabile la proposta⁵⁶:
tesi che, pur contenendo qualcosa di vero, non specifica in che cosa consista l'accessorietà, che è termine troppo vago e generico e si riferisce a tante situazioni diverse;
- quasi analogamente di una fattispecie complessa data dal cumulo di una normale proposta contrattuale e un patto

⁵⁵ DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale*, Milano, 1950, pag. 75 e ss..

⁵⁶ PALANDRI A., in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1948, II, pag. 671; JANNUZZI A., in *Foro Italiano*, 1949, I, pag. 179; BRANCA G., in *Foro Italiano*, 1961, I, pag. 1642. Vi si avvicina BIANCA C.M., *Vendita*, Torino, 1993, pag. 146.

aggiunto o contratto accessorio inteso a rendere irrevocabile la proposta⁵⁷: tesi che, pur essa, contenente qualcosa di inizialmente vero, cade nel vago quando parla di un patto aggiunto o di un contratto accessorio, sicchè (come la precedente) ha bisogno di completamento.

5.3 Teoria dell'accettazione come negozio giuridico unilaterale

Tale ridda di tesi ha dato luogo ad un ripensamento totale che ha portato a risultati del tutto sconvolgenti, essendosi detto che va fatto principale riferimento all'opzione che è contratto, anzi il contratto, mentre l'accettazione dell'oblato (che viene chiamato opzionista) è un mero atto esecutivo, ovvero un negozio unilaterale. In sostanza, tale teoria, modificando radicalmente la tradizionale struttura dell'istituto, sostiene che il meccanismo dell'opzione dia luogo ad un particolare tipo di contratto: il contratto principale non si realizza attraverso il normale meccanismo proposta-accettazione, bensì attraverso la combinazione di un atto bilaterale, quale è l'opzione, con la dichiarazione dell'oblato;

⁵⁷ MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 1980, vol. IV, t. 2, pag. 56 e ss.; RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1971, pag. 46 e ss..

quest'ultima non rappresenta una tipica accettazione di proposta, ossia un atto non negoziale (c.d. atto prenegoziale), ma un negozio giuridico unilaterale a contenuto patrimoniale⁵⁸. Tesi sconvolgente che dimentica l'essenza dell'opzione, che si inserisce nell'*iter* formativo del contratto e dell'accettazione che rimane pur sempre atto (prenegoziale) ed elemento essenziale di quel contratto definitivo.

Infatti, è stato in contrario osservato⁵⁹ che questa originale costruzione sopravvaluta il patto di opzione e, seppur di riflesso, la dichiarazione dell'oblato. La realtà del fenomeno, infatti, ci dimostra che l'opzione è un contratto, la cui funzione si esaurisce nel momento stesso in cui esso è concluso, il che accade, precisamente, secondo i consueti schemi dell'incontro tra la proposta vincolante – contenuta nell'opzione – ed il consenso, che è una vera e propria accettazione – seppure ritardata – della proposta, da parte dell'oblato.

⁵⁸ CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, Jovene, 1969, pag. 252 e 253.

⁵⁹ SCOGNAMIGLIO R., *Il Contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA A. – BRANCA G., Zanichelli, Bologna, 1970, vol. IV, pag. 140 e ss..

5.4 La giurisprudenza

Più lineare ed univoca la giurisprudenza, la quale – dopo una prima ed isolata decisione con la quale parificava l'opzione alla promessa unilaterale (contratto preliminare unilaterale)⁶⁰ – ha esattamente distinto l'opzione dal preliminare unilaterale sulla base della necessità in quest'ultima fattispecie della prestazione di ulteriore consenso, non necessaria nella prima, addivenendosi al contratto definitivo con la sola accettazione dell'oblato: secondo la giurisprudenza, l'opzione si distingue dalla proposta irrevocabile soltanto *quoad naturam*, costituendo la prima un vero e proprio contratto e la seconda una promessa, o meglio dichiarazione unilaterale; mentre, l'opzione stessa è parificata alla proposta irrevocabile *quoad effectum*, nel senso che attraverso l'accordo si raggiunge lo stesso effetto che con la dichiarazione unilaterale, cioè il vincolo da parte del proponente a mantener ferma la proposta ed a rinunciare conseguentemente al potere di revoca, in via di principio concessogli dalla legge⁶¹.

⁶⁰ CASS., 21 aprile 1948, n. 701

⁶¹ Già originariamente CASS., 27 marzo 1952, n. 826, ha definita l'opzione rinuncia convenzionale al potere di revoca: successivamente la Corte Suprema ha sempre affermata la distinzione tra proposta irrevocabile ed opzione, solo *quoad naturam*, e la equiparazione *quoad effectum*, costruendo anche essa come rinuncia (convenzionale) alla irrevocabilità della proposta: CASS., 7 gennaio 1964, n. 13; 13 luglio 1967, n. 1739; 24 novembre 1969, n. 3825; 26 luglio 1977, n. 3341; 11 ottobre 1986, n. 5950, in *Giurisprudenza Italiana*, 1987, I, 1, pag. 1626; 7 aprile 1987, n. 3339, in *Foro Italiano*, 1987, pag. 571-572.

Da quanto detto circa la distinzione tra opzione e proposta irrevocabile e circa la *ratio* delle disposizioni degli art. 1329 e 1331 c.c., nonché circa le varie teorie avanzate, appare chiara l'opinione comune, la quale si collega al principio generale, sancito dall'art. 1328 c.c., della revocabilità della proposta. La legge concede sì all'autonomia privata di portare una eccezione al principio della revocabilità e cioè di rendere irrevocabile e ferma la proposta, pur temporaneamente, ma è certo necessario un apposito strumento, con il quale la volontà si esprime in questo senso eccezionale e deviante rispetto al principio automatico. Tale strumento, apprestato dall'ordinamento all'autonomia privata, è duplice, nel senso che a questo risultato si può giungere, o attraverso una dichiarazione unilaterale (e si ha la proposta irrevocabile *ex art.* 1329 c.c.), o attraverso un contratto o accordo di entrambe le parti (e si ha l'opzione *ex art.* 1331 c.c.). Ne ciò importa la identificazione della struttura dei due istituti, il che renderebbe incomprensibile la compresenza dei medesimi in un solo ordinamento, perché è pienamente comprensibile che alla irrevocabilità della proposta si giunga attraverso discussioni ed accordi tra le parti, che possono anche riguardare prestazioni accessorie e collegate da parte dell'oblato. Onde, dal punto di vista strutturale, così come affermato dalla gran parte della dottrina e

dalla giurisprudenza, l'opzione costituisce un contratto autonomo che si inserisce nella formazione di un contratto. Poiché, poi, esso importa un vincolo unilaterale (irrevocabilità della proposta), siamo in presenza di un'altra ipotesi di vincolo unilaterale nella formazione del contratto. Vincolo che attraverso la irrevocabilità della proposta tende a facilitare ed a preparare maggiormente la definizione del contratto principale.⁶² E quanto, poi, alla identificazione della vera essenza dell'istituto, dato che esso importa per legge eccezione voluta dalle parti alla irrevocabilità della proposta, possiamo parlare di rinuncia convenzionale al potere di evoca, pienamente ammissibile nel nostro ordinamento, sulla base dell'ampia autonomia contrattuale, che non può vietare, anche al favorito della rinuncia, discutere con l'altra parte sulle modalità e sulle condizioni della rinuncia stessa.⁶³

⁶² MESSINEO F., *Contratto*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1961, vol. IX, pag. 902, il quale parla di contratto preparatorio, ma dalla successiva voce, *Contratto preliminare e preparatorio*, *ivi*, X, pag. 194 e ss., sembra che di tal specie di contratto si abbia una dizione ampissima, che comprende molte fattispecie che non si inseriscono nella formazione di un contratto.

⁶³ Con il che si ribadisce che proposta irrevocabile ed opzione differiscono soltanto quanto alla natura del mezzo concesso per il raggiungimento di effetti identici, unilaterale in relazione alla prima, bilaterale alla seconda.

6. Struttura ed elementi del patto di opzione

6.1 Formazione e conclusione

Posto che l'opzione costituisce un contratto autonomo, sia pure inserito nella formazione di altro contratto, essa si comporta, quanto alla formazione ed alla conclusione, come un qualsiasi altro contratto⁶⁴. Quanto alla formazione, questa procede normalmente attraverso l'*iter* delle libere trattative e della piena revocabilità fino alla conclusione, in relazione al patto di irrevocabilità della proposta. Quanto alla conclusione, in passato, si era affermata l'idea di un contratto unilaterale con obbligazione di una sola delle parti, onde sarebbe stato applicabile l'art 1333 c.c. che, costituisce fattispecie di proposta irrevocabile *ex lege*: ciò ha portato a perplessità circa l'identificazione tra opzione e proposta irrevocabile ed alla ricerca di elementi ulteriori (quale quella della "causa") per la differenziazione tra i due istituti. Non deve farsi necessariamente ricorso all'art 1333 c.c.⁶⁵, in quanto, per aversi opzione è necessaria la manifestazione di volontà dell'oblato, cioè è indispensabile (e ciò è dimostrato dalla definizione di legge contenuta nell'art. 1331 c.c. e dalla netta distinzione *quoad naturam* di questa

⁶⁴TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss..

⁶⁵ TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag.75 e ss.

fattispecie da quella della proposta irrevocabile) il consenso delle parti e delle varie volontà interno alla irrevocabilità della proposta, cui manifesta interesse anche l'oblato in relazione pure a determinati vantaggi economici (fissazione di premio o di accordo del corrispettivo), o comunque a benefici rientranti nel complesso sinallagma del contratto definitivo⁶⁶. Il dubbio si è posto in relazione all'opzione gratuita, nella quale, cioè, non sia previsto un corrispettivo o altre attribuzioni giustificative dell'impegno del concedente⁶⁷. La questione dell'applicabilità della tecnica formativa del contratto secondo l'art. 1333 c.c. non si pone per chi esclude l'ammissibilità per il nostro sistema, di una opzione gratuita: la presenza di una tale figura non lascerebbe spazio allo schema negoziale di cui all'art. 1333 c.c.⁶⁸. Certamente, ove se ne ammetta l'applicabilità, risulterebbe difficile distinguere l'opzione senza scambio dalla proposta irrevocabile, soprattutto configurando il mancato rifiuto del destinatario come accettazione⁶⁹. Comunque, anche tra chi sostiene la configurabilità di una

⁶⁶ Vedi sul punto CESARO E., *L'opzione nel contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, XXX, pag. 571 e ss. e, dello stesso, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pag. 283 e ss. Questo Autore ritiene che l'art. 1333 e ss. non possa applicarsi all'opzione anche per un'altra ragione, e cioè perché la norma citata riguarda i contratti con "obbligazione" di una sola parte, mentre dall'opzione sorge una posizione di "soggezione".

⁶⁷ RESCIGNO P. – GABRIELLI E., *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, vol. I, t. I, a cura di RICCIUTO V., Utet, 2006, pag. 208 e ss..

⁶⁸ La tesi che esclude la possibilità di un'opzione gratuita è soprattutto espressa da SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1975, vol. VI, t. 2, pag. 194 e ss.

⁶⁹ Sul punto GORLA G., *Note sulla distinzione tra opzione e proposta irrevocabile*, in *Rivista di diritto civile*, 1962, I, pag. 215 e ss., il quale tuttavia è per l'applicabilità dell'art. 1333 c.c. al patto di opzione (l'art. si applica, dice l'autore, quando non si tratti di un patto inserito in un più ampio

opzione gratuita, devono segnalarsi posizioni diverse in ordine all'applicabilità dell'art. 1333 c.c., ora sul rilievo che tale norma farebbe riferimento alla sola costituzione di obbligazioni, laddove la posizione del concedente l'opzione consisterebbe in una vera e propria soggezione⁷⁰, ora in considerazione della circostanza secondo cui la norma dell'art. 1331 c.c. contemplerebbe un particolare procedimento di formazione del contratto, sì da sottrarsi all'alternativa fra contratto unilaterale e bilaterale, la cui distinzione, invece, è postulata dall'art. 1333 c.c.

Ad ogni modo, è stato sostenuto che, le due norme hanno funzione analoga e concorrente nell'ampio quadro della conclusione del contratto, cosicché è difficile prospettare un loro incrocio o sovrapposizione, dato che ciascuno di esse rappresenta una tecnica di formazione del contratto diversa dall'altra, tenendo conto peraltro del ruolo di misura normativa di ciascuna di esse rispetto a date categorie⁷¹.

contratto, locazione, transazione, o quando non sia stipulato un corrispettivo o premio per la concessione dell'opzione) e sottolinea, ancora con riferimento alla distinzione tra le due figure, che la dichiarazione deve interpretarsi come proposta irrevocabile, in coerenza con l'art. 1371 c.c. che impone, nel caso di difficile interpretazione della fattispecie, di privilegiare l'interpretazione meno gravosa per l'obbligato. Nel senso, comunque, di una distinzione che sopravviverebbe vedi GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2007, pag. 864.

⁷⁰ GENOVESE A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, pag. 184 e ss. e SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1970, pag. 140 e ss..

⁷¹ CESARO E., *L'opzione nel contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, XXX, pag. 571 e ss.. Una più analitica ricostruzione del dibattito su tale questione è in SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di REALMONTE F., Giuffrè, 1996, pag. 53 e ss.

6.2 Causa dell'opzione ed ammissibilità di un'opzione gratuita

Dal codice non emerge quale sia la causa dell'opzione. La giurisprudenza accenna alla “tipicità” di tale negozio.⁷² Tale riferimento dovrebbe essere inteso in relazione alla sua funzione di negozio preparatorio e per tale natura, secondo autorevole orientamento, andrebbe collocata nel più ampio fenomeno del collegamento negoziale – in particolare del c.d. collegamento genetico⁷³ – che realizzerebbe (ed esaurirebbe) la sua funzione nel costruire un rapporto giuridico strumentale di soggezione⁷⁴, preparatorio del contratto finale, con possibilità di essere utilizzata con riferimento ai più diversi tipi di contratto, senza assumere la causa di alcuno di questi⁷⁵; precisandosi, tuttavia, come il nesso funzionale tra patto d'opzione e contratto finale non impedisce al primo di godere di perfetta autonomia rispetto al secondo: infatti l'opzione, anche se viene posta in essere per facilitare il compimento del negozio definitivo, sussiste, ha una sua causa ed è efficace, indipendentemente da questo⁷⁶. Quindi, il patto di opzione

⁷² CASS., 20 gennaio 1982, n. 579, voce *Contratto in genere*, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1982, n. 91.

⁷³ SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 216 e ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Collegamento negoziale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VIII, pag. 375 e ss.

⁷⁴ MENTI P., *Il dualismo fra proposta ferma per patto e contratto di opzione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1984, pag. 695 e ss.

⁷⁵ SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di REALMONTE F., Giuffrè, 1996, pag. 53 e ss.

⁷⁶ Così SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'Opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di REALMONTE F., Giuffrè, 1996, pag. 53 e ss.; STANCHELLINI L., *Opzione e contratto*

assolve una sua funzione tipica, che è quella di disciplinare la posizione giuridica dei contraenti in vista della stipulazione di un successivo contratto attraverso la costituzione, in capo ad essi, rispettivamente, di una situazione di vincolo e di potere⁷⁷.

In questo quadro ricostruttivo, si inserisce l'idea di una "tipicità legale del patto di opzione",⁷⁸ nel senso che, l'attribuzione di una causa tipica a tale figura, esonererebbe dal compito di accertare, caso per caso, l'esistenza di una causa sufficiente, idonea a giustificare la costituzione del rapporto cui essa dà vita. Essendo una fattispecie tipica, l'opzione non può non avere una causa tipica; l'elemento causale andrebbe a tipizzarsi nella funzione di rendere fissa ed irrevocabile (pur temporaneamente) la proposta attinente al contratto definitivo, per volontà di entrambe le parti.⁷⁹ Siffatta conclusione è stata contestata da altra parte di dottrina, in quanto si è detto che così si verrebbe a non porre una vera distinzione tra proposta irrevocabile ed opzione e si è piuttosto parlato, solo per l'opzione, di una specifica "causa onerosa" data dalla presenza del premio o corrispettivo che l'oblato si impegna a versare e che coonesta la sua indispensabile manifestazione di volontà.

preparatorio, nota a CASS., 4 dicembre 1974, n. 3986, in *Rivista di diritto civile*, 1978, II, pag. 597 e ss.

⁷⁷ Così SERRA A., *I contratti di borsa a premio*, Milano, 1971, pag. 227 e ss..

⁷⁸ CASS., sez. III, 12 dicembre 2002, 17737, in *Rivista del Notariato*, 2003, pag. 1247 e ss.

⁷⁹ TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss. e RESCIGNO P. – GABRIELLI E., *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, vol. I, t. 1, a cura di RICCIUTO V., Utet, 2006, pag. 208 e ss.

Ad ogni modo, tornando al primo orientamento, tale tesi non viene seguita, in quanto la eventuale apposizione di un premio o di un corrispettivo (che la stessa teoria dice essere separata o “a parte”), o comunque l’esistenza di un interesse dell’oblato, non importa la mutazione della funzione principale e fondamentale dell’opzione, che è quella di rendere, attraverso un contratto e quindi la manifestazione di volontà di entrambe le parti, ferma ed immutabile la proposta contrattuale.

Per cui, mentre la proposta irrevocabile deve essere, per sua natura (come abbiamo specificato, è atto o negozio unilaterale), sempre gratuita, l’opzione può essere onerosa ma può ammettersi anche un’opzione gratuita.

Secondo, quindi, parte di dottrina deve negarsi la possibilità di un’opzione gratuita⁸⁰. Si afferma, infatti, che, a ragionare diversamente si confonderebbe l’opzione con la proposta irrevocabile, ciò che non è giuridicamente possibile per una serie di ragioni. Innanzitutto, se il nostro legislatore ha disciplinato in due diversi articoli le predette fattispecie, evidentemente ha ritenuto di doverle distinguere, e non solo nella struttura (l’opzione è un contratto, la proposta irrevocabile è un

⁸⁰ In dottrina, CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1987, vol. XXI, t. 2, pag. 764 e ss.. In giurisprudenza, CORTE APP. MILANO, 11 marzo 1997, in *Corriere giuridico*, 1997, pag. 805.

negozio giuridico unilaterale): non avrebbe senso la presenza, nel nostro codice, di due figure identiche. Di conseguenza, l'opzione deve differire dalla proposta irrevocabile anche per la causa, in quanto la prima si appoggia necessariamente ad una causa onerosa: la sola apprezzabile ragione che le parti possono avere di negoziare una proposta non può che essere quella di riconoscere un compenso a colui che si impegna a mantenerla ferma. L'obbligazione assunta (contrattualmente) dal proponente di tenere ferma la proposta per un certo tempo, in tanto può validamente sorgere, in quanto per essa venga pattuito un corrispettivo.

Altra parte della dottrina sostiene, invece, la tesi dell'ammissibilità⁸¹. Si è, infatti, giustamente osservato che anche l'opzione gratuita può avere una sua giustificazione causale, nel senso che può rispondere ad un interesse giuridicamente rilevante del concedente; in tal caso, ci si troverà di fronte ad un contratto a titolo gratuito in quanto l'oblato acquisisce un vantaggio senza dover pagare alcun corrispettivo. Non si tratterà, come è ovvio, di una donazione, poiché il proponente non subisce alcun impoverimento; anzi, costui riceve un vantaggio, che non consiste, per l'appunto, in una somma di denaro, ma, normalmente,

⁸¹ GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.; GORLA G., *Problemi sulla cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1963, I, pag. 23; ROMEO C., *Opzione e proposta irrevocabile: analogie e differenze*, nota a TRIB. TORINO, 9 settembre 1998, in *Contratti*, 1999, pag. 356 e ss..

nell'agevolare la conclusione di un contratto che gli preme stipulare⁸². Né si dice che tale costruzione porta ad identificare l'opzione gratuita con la proposta irrevocabile, in quanto essa contiene qualcosa in più della semplice irrevocabilità. Alla base dell'opzione gratuita vi sono, comunque, delle trattative tra le parti che conducono a concludere un contratto di opzione la cui causa giustificatrice non è l'onerosità, bensì l'intero assetto contrattuale che le parti hanno in mente, in modo da assicurare al proponente un vantaggio, seppur non consistente in una somma di denaro.

Ancora altra parte di dottrina ritiene che l'opzione gratuita debba essere ricompresa nella fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. (contratto con obbligazioni a carico del solo proponente)⁸³. Si rileva, tuttavia, che tale costruzione rende ben ardua la distinzione con la proposta irrevocabile, se si considera che con il meccanismo (seppur contrattuale e non unilaterale) di cui all'art. 1333 c.c., la proposta diventa irrevocabile appena giunge a conoscenza del destinatario.

E' opportuno, comunque, precisare che, qualora sorgano dubbi sull'individuazione della fattispecie, la dichiarazione del proponente

⁸² E' proprio tale vantaggio che giustifica la concessione gratuita dell'opzione: se ci fosse solo un vincolo per il proponente, la figura coinciderebbe con la proposta irrevocabile.

⁸³ In tal senso BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss.; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizione Scientifiche italiane, Napoli, 2007, pag. 864 e ss..

deve essere interpretata quale proposta irrevocabile, meno gravosa per l'obbligato.

6.3 L'oggetto del contratto

L'oggetto del contratto di opzione deve essere anch'esso considerato autonomamente. Se sembra consolidata l'idea che esso sia costituito dalla rinuncia, convenzionalmente pattuita, di una delle parti al potere di revoca in relazione a quel determinato contratto in corso di formazione⁸⁴, è viceversa controversa l'idea se per la validità del patto di opzione – che attribuisce all'opzionario il potere di determinare la conclusione del contratto finale unicamente mediante la propria accettazione – debba essere sempre richiesto che il contratto preparatorio di opzione contenga l'intero regolamento negoziale, o comunque, almeno uno di quegli elementi necessari per la validità del contratto. Contratto da concludersi, sulla considerazione, in quest'ultimo caso, che le carenze (di determinazione) iniziali possono essere suscettibili di integrazione nelle

⁸⁴ RESCIGNO P. – GABRIELLI E., *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, vol. I, t. I, a cura di RICCIUTO V., Utet, 2006, pag. 208 e ss. e TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.

successive fasi del procedimento contrattuale. In sostanza, la questione è quella del requisito della determinazione o determinabilità dell'oggetto del contratto, riferita al patto di opzione, e stante la funzione preparatoria di quest'ultimo rispetto al definitivo regolamento di interessi. Sulla questione in analisi, una prima considerazione va effettuata in relazione alla differenza tra la figura dell'opzione – che configura un contratto preparatorio – e quelle altre figure che, pur funzionalmente volte alla determinazione del regolamento contrattuale finale, non assurgono a veri contratti – secondo l'accettazione normativa del nostro codice –. Esse rimangono confinate nell'ambito di accordi (o, secondo altri, intese) che, in quanto tali, non sono produttivi di un vincolo contrattuale tra le parti, non configurando un “diritto al contratto”, secondo il contenuto e la struttura tipica di un diritto potestativo e dunque attraverso la semplice dichiarazione unilaterale dell'oblato. Ed è proprio con l'intento opportuno di rimarcare la distinzione tra queste ultime figure ed il contratto di opzione, che la giurisprudenza si è spesso pronunciata nel senso di escludere la natura di opzione a quei negozi contenenti soltanto alcuni elementi essenziali e non l'intero regolamento negoziale, sottolineando la necessità di una completa determinazione del contenuto

del contratto di opzione⁸⁵. Una ulteriore considerazione porta, invece, a rilevare come, nei casi di questioni inerenti specificatamente (e direttamente) il tema dell'oggetto del contratto di opzione, si sia finito per ritenere sufficiente, per la validità del negozio, la mera determinabilità delle prestazioni, escludendosi la configurazione della figura negoziale in esame, se la convenzione tra le parti non consenta di individuare alcun criterio di determinazione dell'oggetto. Ciò sull'opportuna considerazione che il perfezionamento del contratto finale, non può, infatti, conseguire alla semplice accettazione dell'oblato ma, richiede la formazione del consenso su quegli ulteriori elementi essenziali non contemplati nel patto preparatorio⁸⁶. E così, in buona sostanza, si deve concludere che la questione dei criteri di determinazione dell'oggetto dell'opzione viene a porsi negli stessi termini in cui la si pone relativamente all'oggetto del contratto in generale, ai sensi degli art. 1346 e ss. c.c.⁸⁷.

⁸⁵ La differenza tra opzione ed accordi preparatori è tracciata chiaramente da CASS., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giustizia civile*, 1981, I, pag. 2272, con nota adesiva di PEREGO E., *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, *ivi*, pag. 2274; CASS., 29 ottobre 1993, N. 10777, in *Corriere giuridico*, pag. 1041, con nota adesiva di CARBONE V., *I requisiti dell'opzione*, *ivi*, pag. 1042; CASS., 10 dicembre 1979, n. 6395, in *Giustizia civile*, 1980, I, pag. 1361.

⁸⁶ SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di REALMONTE F., Giuffrè, 1996, pag. 53 e ss.

⁸⁷ SACCO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1975, vol. VI, t. 2, pag. 194 e ss.. Deve anche segnalarsi un (relativamente) recente orientamento della Cassazione che ha ritenuto sufficiente la determinabilità dell'oggetto (dell'opzione), ricorrente ad esempio nel caso di rinvio fittizio a prezzi di mercato ed a listini ufficiali per quantificare una controprestazione: CASS., 21 gennaio 1982, n. 402, in *Foro Italiano*, 1982, I, pag. 1983.

Sul tema dell'oggetto deve ricordarsi un successivo orientamento della Suprema Corte, soprattutto con riferimento al caso in cui alla determinazione, dopo la conclusione del contratto, debbono provvedere le parti stesse. Così, distinguendo tra determinazione in senso stretto e determinazione in senso lato dell'oggetto contrattuale, la Cassazione ha ritenuto, quanto alla prima, che il potere di interazione *ex art. 1349 c.c.* può essere attribuito esclusivamente al terzo, e ciò sul rilievo che, in caso contrario, non vi sarebbe certezza di un accordo (data l'esistenza di un contratto concluso e, al tempo stesso, di un vero e proprio "vuoto contrattuale" che "è accettato dalla legge, in quanto, sicuramente destinata a sciogliersi o attraverso l'impegno assunto ed adempiuto dal terzo o – almeno nel caso di determinazione non rimessa al mero arbitrio del terzo – attraverso il potere suppletivo che la norma espressamente conferisce al giudice"), con conseguente nullità di quel contratto. Relativamente alla determinazione in senso lato, consentita alle parti, la Cassazione ha ritenuto che essa si sostanzierebbe non più nell'integrazione del regolamento contrattuale, bensì nella ricognizione e applicazione di criteri e parametri convenzionalmente prestabiliti dalle parti del contratto, sia pure con margini di elasticità tecnico-valutativa. In tali casi, in presenza di un contratto tra le parti, ben potrebbe

intervenire il giudice, trattandosi, in questo caso, dello sviluppo di una determinazione in base a linee ricostruttive sufficientemente predeterminate⁸⁸.

6.4 Forma dell'opzione e forma di qualsiasi modifica successivamente intervenuta

Quanto alla forma, la giurisprudenza ha ritenuto che, tanto la proposta irrevocabile del proponente, quanto l'accettazione dell'oblato, debbano rivestire forma scritta, quando questa forma sia richiesta *ad substantiam* per il contratto definitivo a cui l'opzione prelude⁸⁹. Quindi la forma dell'opzione (come quella dell'atto di esercizio del diritto

⁸⁸ CASS., 14 febbraio 1986, n. 873, con nota di LIPARI M., *L'oggetto dell'opzione di vendita e la determinazione del prezzo rinviata ad un successivo accordo tra le parti*, in *Giustizia civile*, 1986, I, pag. 1672. Per un caso di determinabilità dell'oggetto dell'opzione (con riferimento ad una vendita di azioni avente ad oggetto una percentuale del capitale sociale) TRIB. MILANO, 6 giugno, 1988, in *Giurisprudenza Italiana*, 1989, I, 2, pag. 22, secondo cui, l'indeterminabilità dell'oggetto impedirebbe il perfezionamento del successivo contratto di vendita e dei suoi effetti traslativi, con la conseguente necessità di una attività ulteriore volta a determinare effettivamente l'oggetto, e solo a seguito delle quali si avrebbe la conclusione del contratto definitivo. Ed in buona sostanza, il patto di opzione andrebbe, nella fattispecie, a riferirsi non già ad un contratto definitivo, ma ad un contratto preliminare, con la conseguente necessità di una successiva manifestazione di volontà al trasferimento del bene. Critica la sentenza citata SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di REALMONTE F., Giuffrè, 1996, pag. 53 e ss., secondo cui "una volta che si ammetta la validità del contratto con oggetto determinabile, non si vede quale ostacolo possa esservi all'immediata produzione dei suoi effetti. Sembra chiaro, infatti, che la successiva attività di determinazione del prezzo non riveste rilevanza ai fini della conclusione del contratto definitivo, ma ha funzione meramente esecutiva della volontà delle parti".

⁸⁹ Vedi CASS. Sez. civ., 27 febbraio 1978, n. 989; CASS., 11 ottobre 1986, n. 5950, in *Giurisprudenza Italiana*, 1987, I, 1, pag. 1626; CASS., 7 aprile 1987, n. 3339, in *Foro Italiano*, 1987, pag.571-572.

dell'opzionario) debba essere la stessa di quella stabilita per la validità del contratto al quale si riferisce (secondo il fenomeno della forma *per relationem*)⁹⁰. Tale obbligo, si estende, secondo la giurisprudenza, a “qualsiasi modifica concernente il contenuto del medesimo”, compreso quella “inerente al termine entro il quale l'oblato può accettare la proposta, elemento costitutivo essenziale del patto in esame”⁹¹. Il rilievo mosso ad una tale conclusione fa leva, soprattutto, sulla circostanza che, l'estensione in via analogica alla figura in esame del principio del maggior rigore formale previsto nell'art. 1352 c.c. per il contratto preliminare, contrasterebbe con la natura eccezionale della disciplina dettata per le forme solenni, che, appunto, andrebbe interpretata restrittivamente. Nè si è mancato di sottolineare che l'imposizione della forma solenne sarebbe inutile, essendo il contratto di opzione privo di effetti reali⁹². Ma ai rilievi sollevati si può replicare considerando proprio i profili strutturali e funzionali del contratto preparatorio di opzione, dove l'attribuzione che il concedente fa all'opzionario del diritto (potestativo) di determinare gli effetti di un contratto, qualora per

⁹⁰ CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pag. 283 e ss., sulla base della considerazione che se una fattispecie è “formale” ogni elemento che la compone deve rivestire la stessa forma; in giurisprudenza, vedi CASS., 14 dicembre 1992, n. 1823, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 1993, I, pag. 13; CASS., 11 ottobre 1986, n. 5950, in *Giurisprudenza Italiana*, 1987, I, 1, pag. 1626; CASS., 27 ottobre 1973, n. 2274, in *Foro Italiano*, 1974, I, 1, pag. 380.

⁹¹ CASS., 12 dicembre 2002, n. 17737, in *Rivista del Notariato*, 2003, pag. 1247 e ss.

⁹² La posizione critica verso l'applicabilità del requisito della forma all'opzione è stata soprattutto espressa da MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1987, vol. XXI, t. 1, pag. 479 e ss.

quest'ultimo la legge imponga la forma solenne, comporta l'adozione della stessa forma per la figura negoziale che si inserisce nell'*iter* formativo del contratto (finale) sottoposto al requisito formale. Anzi, proprio in considerazione della più complessiva struttura della fattispecie preparatoria, si è giunti a ritenere che la manifestazione di volontà dell'opzionario, con cui questi esercita il suo diritto potestativo alla conclusione del contratto, debba anch'essa rivestire la stessa forma eventualmente richiesta per quest'ultimo⁹³.

6.5 Termine del patto di opzione

Il patto di opzione deve fissare un termine, prestabilito dalle parti, a pena di decadenza, concesso al beneficiario per l'accettazione della proposta, elemento costitutivo essenziale di tale patto. L'inutile decorso del termine non soltanto estingue il vincolo di irrevocabilità, ma fa anche venir meno la proposta, oggetto di opzione. Poiché le parti hanno

⁹³ CASS., 11 Ottobre 1986, n. 5950, in *Giurisprudenza Italiana*, 1987, I, 1, pag. 1626; CASS., 7 aprile 1987, n. 3339, in *Foro Italiano*, 1987, pag. 571-572, secondo cui, in una fattispecie di vendita di un immobile, non può essere considerata accettazione del promissario la manifestazione (di volontà) avvenuta tacitamente, *per facta concludentia*, sostenendosi la necessità dell'atto scritto in applicazione (analogica) dell'art. 1351 c.c. Ed in dottrina, si è sostenuto l'esistenza di un principio di formalità, oltre che per i contratti traslativi di diritti reali immobiliari, anche per quei negozi attinenti, ancorché in linea mediata, al trasferimento di immobili: vedi SCOGNAMIGLIO R., *Collegamento negoziale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VIII, pag. 375 e ss.

determinato la sfera temporale di soggezione dell'offerente, nè la natura dell'affare, nè gli usi, possono comportare la sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1326 c.c., dell'offerta come proposta semplice⁹⁴. A proposito della proposta irrevocabile viene in luce la differenza tra il termine stabilito per la detta proposta irrevocabile, che è termine essenziale, e quello stabilito per l'opzione: evidentemente la legge si preoccupa che la irrevocabilità non resti ferma indeterminatamente, ma, nello stesso tempo, prende in considerazione che qui si è in presenza di una natura contrattuale dell'opzione, alla cui stregua le parti sono in grado di predisporre un congruo autoregolamento su ogni punto dei propri interessi (scambio e accordo tra la volontà delle parti). Queste possono innanzitutto stabilire un termine (e questa è l'ipotesi più normale) nel modo più libero, del tutto indipendente da quello fissato dall'art. 1326 c.c.⁹⁵. Si ritiene che un'accettazione non conforme al contenuto dell'opzione non consumi il diritto dell'opzionario, il quale, proprio in quanto ha il diritto di provocare la conclusione del contratto finale entro un certo termine, può successivamente emettere una nuova accettazione pienamente conforme. In ciò si ravvisa un'ulteriore differenza effettuale dell'opzione rispetto alla proposta irrevocabile, riguardo alla quale,

⁹⁴ Così CASS., 7 maggio 1992, n. 5423, in *Giustizia civile*, 1992, I, pag. 3039.

⁹⁵ SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1970, pag. 140 e ss.; TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.

infatti, la dottrina prevalente è orientata nel senso di considerare definitivamente non concluso il contratto qualora l'accettazione diverga dalla proposta. Se l'opzione non prevede il termine per l'esercizio del diritto potestativo concesso al beneficiario, questo termine può essere stabilito del giudice ai sensi dell'art. 1331 c.c., II comma, il quale recita: "se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice". E' discussa la natura dell'intervento giudiziale. Se opera in funzione dichiarativa, il giudice interpreta la volontà delle parti, contemperando i rispettivi interessi (art. 1371 c.c.), soprattutto sulla base della controprestazione ricevuta dal proponente⁹⁶. Ne segue l'inapplicabilità del criterio accolto dall'art. 1326 c.c. per giudicare la tempestività dell'accettazione, nonché la possibilità di accertare che il termine è scaduto prima della domanda giudiziale⁹⁷. Riconoscendo, invece, al giudice una funzione costitutiva, necessaria per determinare un elemento del rapporto di durata, si conclude che il termine assegnato deve essere successivo alla data del provvedimento giudiziario⁹⁸. Si ritiene, in genere, che l'intervento del giudice si svolga nelle forme del processo contenzioso. Taluno invece sostiene l'applicabilità, alla materia

⁹⁶ SACCO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1975, vol. VI, t. 2, pag. 194 e ss.; BIANCA C.M., *Contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 378 e ss., che ritiene la norma espressione del principio generale in materia di obbligazioni contrattuali accolto dall'art. 1183 c.c.

⁹⁷ Per l'inapplicabilità del criterio *ex art. 1326 c.c.*, vedi CESARO E., *L'opzione nel contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, XXX, pag. 571 e ss.

⁹⁸ GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.

in esame, dell'art. 81 disposizioni attuative del c.c., che richiama il rito camerale dell'art. 749 c.p.c.: il procedimento rientrerebbe allora nella volontaria giurisdizione, con evidente risparmio sui tempi processuali⁹⁹. Come abbiamo visto qualsiasi modifica deve avere la medesima forma richiesta per la validità del contratto; quindi anche la modifica del termine deve rivestire la medesima forma prescritta per tale negozio e provenire dalla volontà comune delle parti¹⁰⁰.

7. I vizi genetici e i vizi sopravvenuti: la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

La particolare natura del patto di opzione – fattispecie contrattuale autonoma per certi effetti e, al contempo, figura preparatoria che si inserisce nell'*iter* formativo di un altro contratto – pone il problema della patologia di questo negozio e dei suoi riflessi sulla complessiva

⁹⁹ Lo spunto si legge in GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss. e AA.VV. *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1995, vol. XIII, pag. 140 e ss.

¹⁰⁰ CASS., 20 gennaio 1982, n. 579, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1982, voce *Contratti in genere*, n. 91.

operazione economica di cui è parte. In questo senso, i vizi genetici dell'opzione colpiscono senza dubbio l'intero meccanismo negoziale, i vizi che inficiano la prima non possono che ripercuotersi sul contratto finale in misura pari alla loro gravità e rilevanza¹⁰¹.

Più correttamente deve sottolinearsi che ove i vizi siano causa di nullità del contratto d'opzione deve escludersi che sorgano sia il vincolo del concedente che il diritto del beneficiario. Se la situazione viziante comporta la mera annullabilità del patto di opzione, invece, in linea con i principi generali sulla validità del negozio, gli effetti dell'opzione si produrranno (finché non interverrà la loro eventuale rimozione) e così, in particolare, il valido esercizio del diritto dell'opzionario sarà idoneo a perfezionare la vendita, quindi determinerà il contratto finale, il quale tuttavia verrebbe a trovarsi in una situazione precaria in ragione del vizio che colpisce uno dei suoi elementi costitutivi¹⁰², vale a dire l'accordo, e ciò sul rilievo che il vizio del patto d'opzione intrinsecamente va a colpire lo stesso consenso del concedente, racchiuso in quel patto, cosicché gli effetti giuridici definitivi, derivanti dal contratto finale, non potrebbero prodursi stabilmente¹⁰³, con la conseguenza che a seguito

¹⁰¹ BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

¹⁰² GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, XVI, pag. 4 e ss.; MENTI P., *Il dualismo tra proposta ferma per patto e contratto d'opzione*, 1984, pag. 686 e ss..

¹⁰³ Sul punto, SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di REALMONTE F., Giuffrè, 1996, pag. 53 e ss..

dell'annullamento del contratto d'opzione, si verificherebbe un'ipotesi di invalidità sopravvenuta (c.d. invalidazione)¹⁰⁴.

Quanto ai vizi sopravvenuti, una questione particolarmente dibattuta è quella dell'applicabilità al patto di opzione della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nel corso del procedimento di formazione progressiva del contratto finale, e quindi l'applicabilità del rimedio risolutorio *ex art. 1467 c.c.*, attesa la duplice natura dell'opzione che è autonoma fattispecie contrattuale e, ad un tempo, elemento di un eventuale ulteriore contratto.

Non si dubita che l'opzione, intesa nella prima accezione, sia soggetta, contro eventuali vizi ad essa propri, ai rimedi apprestati dall'ordinamento in via generale per i contratti e quindi anche a quello risolutorio, per l'opzione onerosa, se fatti sopravvenuti rendano, ad esempio, eccessivamente gravosa la posizione del concedente in rapporto all'entità del premio, la dottrina perviene invece a conclusioni incerte nel caso in cui l'eccessiva onerosità incida sul regolamento contrattuale definitivo e non sul contratto strumentale.

¹⁰⁴ In tema di nullità sopravvenuta di un contratto in ragione del collegamento con un altro contratto, DONISI C., *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1967, pag. 785 e ss.; con particolare riferimento al collegamento opzione-contratto principale, in caso di invalidità, GIOFFRÈ G., *La sopravvivenza del contratto principale all'invalidità dell'opzione*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, pag. 179 e ss..

Si discute se nel periodo intercorrente fra la conclusione dell'opzione e l'accettazione dell'opzionario che perfeziona la vendita il concedente possa avvalersi del rimedio risolutorio assumendo che la prestazione da esso dovuta, se l'opzionario addivenisse alla conclusione della vendita, sarebbe eccessivamente onerosa a causa di avvenimenti straordinari ed imprevedibili sopraggiunti nel frattempo (art. 1467 c.c.)¹⁰⁵.

L'orientamento che esclude la legittimazione del contraente vincolato fa leva soprattutto sul rilievo che, il contratto definitivo non essendo stato perfezionato, non può farsi luogo al giudizio di onerosità che non può precedere il momento in cui l'entità della prestazione è stata definitivamente fissata con la conclusione del contratto di vendita¹⁰⁶. Il rimedio dell'eccessiva onerosità sarebbe quindi applicabile soltanto al contratto definitivo, dal perfezionamento del quale decorre il termine di prescrizione per l'esperimento dell'azione, poiché, in ragione dell'unitarietà del procedimento che conduce alla vendita tramite l'opzione e delle funzione preparatrice e strumentale da questa svolta, fin

¹⁰⁵ BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

¹⁰⁶ CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, Jovene, 1969, pag. 315 e ss.; LENER G., *Giurisprudenza nuova: applicazione dei rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta al preliminare di opzione, al preliminare unilaterale, alla proposta irrevocabile*, in *Foro italiano*, 1954, I, 1278; GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.; BOSELLI M., *Patto di opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Foro Padano*, 1954, I, pag. 867 e ss.; TORRENTE A., *Contratto preliminare, Opzione ed eccessiva onerosità*, in *Rivista di diritto commerciale e obbligazioni*, 1955, II, pag. 370 e ss.; PEREGO E., *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a CASS., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giustizia civile*, 1981, I, pag. 2274.

quando il diritto di opzione non sia stato esercitato positivamente la fattispecie contrattuale non è completa né è nata l'azione risolutoria che può incidere soltanto sul dato socio-economico emergente dal negozio definitivo¹⁰⁷.

Si ammette la legittimazione del concedente ad invocare la risoluzione dell'opzione sul rilievo che questa è contratto dotato di un proprio contenuto economico-giuridico per cui l'estensione ad essa del rimedio risolutorio è giustificata dal fatto che l'attribuzione che l'opzione determina a favore di una parte non è oggetto di un'obbligazione ma dipende dal diritto potestativo di questa¹⁰⁸.

Alcuni autori, sulla base del rilievo della unilateralità del vincolo derivante dall'opzione, sono favorevoli all'applicabilità dell'art. 1468 c.c. e non già dell'art. 1467 c.c., prevedendo il primo (soltanto) la *reconductio ad aequitatem* del contratto con obbligazioni di una sola parte¹⁰⁹; un secondo indirizzo, escludendo che il mutamento delle condizioni di mercato possano portare all'inefficacia del contratto di opzione, è orientato ad ammettere la risoluzione *ope iudicis ex art. 1467 c.c.* – ove si ammetta la sinallagmaticità del contratto –, ed invece il

¹⁰⁷ BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

¹⁰⁸ BIANCA C.M., *La responsabilità*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1994, vol. V, pag. 394.

¹⁰⁹ TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.. In giurisprudenza CASS., 9 marzo 1954, n. 671, in *Foro Italiano*, 1954, I, pag. 1276.

rimedio della riduzione della prestazione o la riconduzione del contratto ad equità *ex art.* 1468 c.c., ove si tratti di obbligazioni a carico del solo proponente¹¹⁰.

In realtà, deve considerarsi quell'opinione che muovendo dalla struttura del procedimento a formazione progressiva dell'operazione negoziale – che si snoda dal patto di opzione al contratto finale – e che va valutata complessivamente in funzione di quest'ultimo e assoggettata alla sua disciplina, finisce per ritenere che la risoluzione *ex art.* 1467 c.c. debba riferirsi solo al contratto definitivo, dove quello preparatorio confluisce¹¹¹; collocandosi l'opzione nella fase pre contrattuale, l'efficacia dell'accettazione dovrebbe essere valutata alla stregua della buona fede che impronta di sé questa fase¹¹².

Appare estensibile all'opzione la soluzione accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti in tema di applicabilità dell'art. 1467 c.c. al preliminare che è contratto strumentale e ad esecuzione differita al pari dell'opzione. Accogliendo questa prospettiva interpretativa, non sembra che sussistano ragioni ostative all'impugnabilità anche dell'opzione per

¹¹⁰ CASS., 22 gennaio 1982, n. 436, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1982, n. 92. In dottrina, SACCO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1975, vol. V, t. 2, pag. 194 e ss..

¹¹¹ CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pag. 283 e ss.; GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.; SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di RALMONTE F., Giuffrè, 1996, pag. 53 e ss..

¹¹² DELL'UTRI M., *Patto di opzione, risoluzione del contratto e responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, I, 729 e ss..

eccessiva onerosità sopravvenuta dell'assetto finale degli interessi, sempre che il rapporto di valore tra le prestazioni finali sia stato alterato da fatti straordinari ed imprevedibili verificatisi dopo la conclusione dell'opzione. Non appare infatti congruente al fine dell'esperibilità del rimedio attendere la stipula della vendita, la quale implicherebbe l'accettazione da parte dei contraenti del nuovo rapporto di proporzione tra le prestazioni contrattuali, né invocare da parte del proponente l'art. 1338 c.c., se le fluttuazioni del mercato e l'alterazione dell'equilibrio fra le prestazioni da esse derivata sono già manifestate prima dell'accettazione dell'oblato e si identificano nelle conseguenze negative dell'opzione. Si consideri, ad esempio, il caso di un patto di opzione di vendita di un edificio in costruzione se l'intervenuta inflazione superiore a quella ordinariamente prevedibile abbia causato un abnorme aumento dei costi di costruzione superiore a quello connesso alla normale alea contrattuale. La risoluzione del patto di opzione trova in questo caso giustificazione nell'idoneità del patto a svolgere la propria funzione preparatoria di un valido contratto di vendita per cui non vi è ragione di astringere il soggetto vincolato a stipulare un contratto al cui adempimento potrà in seguito legittimamente sottrarsi. Poiché il giudizio di eccessiva onerosità si articola nel confronto fra il valore della

prestazione al tempo in cui sono sorte rispetto a quello in cui devono essere eseguite, questo giudizio, per quanto riguarda il concedente va riferito al momento in cui, essendosi perfezionata l'opzione, egli ha contemporaneamente prestato il consenso alla prestazione (trasferimento del bene o pagamento del prezzo) derivante dal contratto finale di vendita¹¹³.

8. Obbligazioni assunte con il contratto di opzione e responsabilità derivante dalla violazione di tali obblighi

La distinta individualità dell'opzione rispetto alla vendita cui è preordinata strumentalmente e i diversi momenti formativi dei due contratti rilevano sia al fine della validità del contratto finale, per la quale la capacità del proponente deve sussistere al momento di conclusione dell'opzione mentre quella dell'opzionario al momento dell'accettazione della proposta, sia al fine della qualificazione della

¹¹³ BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

responsabilità dei soggetti coinvolti nel caso di mancata stipulazione della vendita¹¹⁴.

Questione certamente rilevante è quella che si è posta a proposito della responsabilità delle parti in ordine alle obbligazioni assunte con il contratto di opzione. Occorre partire, a riguardo, dalla considerazione che trattandosi di un contratto, esse, nella esecuzione degli obblighi, sono tenute a comportarsi secondo buona fede, sulla base dell'impostazione di cui all'art. 1375 c.c.¹¹⁵. Ma ove si passi ad individuare il contenuto dell'obbligo delle parti, sembra necessario, a fronte di alcuni contrasti emersi sul punto, svolgere qualche ulteriore ragionamento.

Si consideri dapprima la posizione del concedente: l'obbligo che grava sul soggetto passivo del rapporto è quello di astenersi da qualsiasi comportamento idoneo ad alterare, rispetto alla situazione ed al momento della concessione dell'opzione, l'oggetto del contratto definitivo¹¹⁶; ed, ancora, l'obbligo positivo, come, ad esempio, quello di

¹¹⁴ Ai fini della della valutazione del presupposto oggettivo (sproporzione delle prestazioni) e di quello soggettivo (*inscientia decoctionis*) dell'azione revocatoria fallimentare di una vendita conclusa a seguito di un patto di opzione si è ritenuto rilevante il momento dell'accettazione della proposta che determina la conclusione della vendita e non già quello di formazione del contratto preparatorio di opzione il quale, pur comportando un'integrale definizione dei contenuti del contratto futuro, ne contiene soltanto la proposta e vincola unicamente una delle parti: CASS., 10 ottobre 2003, n. 15142

¹¹⁵ SCOGNAMIGLIO R., *Il Contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1970, pag. 140 e ss.; GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss..

¹¹⁶ RESCIGNO P. – GABRIELLI E., *I Contratti in generale*, in *Trattato dei Contratti*, vol. I, t. I, a cura di RICCIUTO V., Utet, 2006, pag. 208 e ss.; RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1971, pag. 46 e ss.; GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, XVI, pag. 4 e ss., il

custodia del bene, pur non estendendosi, come opportunamente ha precisato autorevole dottrina, alle eventuali riparazioni di guasti non imputabili al concedente. Tuttavia, non deve trascurarsi l'ipotesi che vuole vedere l'ambito degli obblighi del concedente ben oltre quello riconducibile strettamente al generico dovere di comportarsi secondo buona fede, giungendosi così a ritenere che "fin dal momento dell'opzione l'offerente assume su di sé l'obbligo di far venire in essere tutti i requisiti del futuro contratto", e precisandosi che "chi emette una proposta ferma si obbliga, per quanto attiene alla sua sfera, a far maturare i presupposti di esistenza, validità ed efficacia del contratto da concludersi: con gradi diversi di responsabilità, e di impegno di diligenza e sacrificio, a seconda che si tratti di opzione, o di proposta ferma"¹¹⁷. Osservato in riferimento all'opzionario, l'obbligo del suo comportamento alla stregua del principio di buona fede ex art. 1375 c.c. non è escluso dalla discrezionalità che gli è attribuita in ordine all'esercizio del diritto di opzione, ancorché si precisi che la responsabilità (ex art. 1337 c.c.) del beneficiario si determina quando

quale tuttavia precisa che un tale obbligo è conseguente alla stessa soggezione, senza la necessità del richiamo ad una fonte integrativa come la buona fede. In giurisprudenza, peraltro, si precisa che l'obbligo di astensione concerne, sia comportamenti materiali di impedimento (si pensi alla distribuzione del bene oggetto del contratto o alla sua alterazione), sia atti di disposizione giuridica (si pensi alla costituzione di diritti personali di godimento): CASS., 11 luglio 1979, n. 3981, in *Repertorio del Foro Italiano*, Contratto in genere, n. 100; CASS., 16 maggio 1975, n. 1893, in *Foro Italiano*, 1976, I, pag. 1950; CASS., 27 ottobre 1973, n. 2274, in *Foro Italiano*, 1974, I, 1, pag. 380.

¹¹⁷ Le espressioni sono di SACCO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1975, vol. VI, t. 2, pag. 194 e ss..

questi “abbia tenuto un comportamento tale che postuli l’avvenuta deliberazione di accettare in seguito, con dichiarazione da effettuarsi entro il termine stabilito, la proposta alla quale è vincolato il promettente”, e che si tratti di un comportamento che “deve essere inequivoco in tal senso, poiché soltanto la inequivocità del suo significato può rendere ragionevole l’affidamento del promettente. Soltanto quando si verifichi tale situazione, il promissorio incorre in responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* qualora dichiararsi poi di non accettare la proposta o lasci scadere il termine stabilito nel contratto di opzione senza dichiarare di accettare”¹¹⁸.

Quanto detto sugli obblighi delle parti, ci consente di affrontare la questione della responsabilità derivante dalla violazione di quegli obblighi.

Si ritiene generalmente che se questa evenienza sia determinata da atti di disposizione del concedente o dai suoi comportamenti incidenti sull’oggetto del contratto di vendita (se il bene è distrutto, deteriorato o alienato a terzi) si configuri una responsabilità precontrattuale del concedente *ex art. 1337 c.c.* (nonostante la natura contrattuale del patto di opzione) il quale sarà tenuto a risarcire il danno arrecato

¹¹⁸ Le espressioni riferite sono di CASS., 11 febbraio 1980, 960, in *Giustizia civile*, 1980, II, pag. 1947. Critico verso un tale orientamento è GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss., che esclude una tutela dell’affidamento formatosi in chi ha convenuto di rimanere soggetto alla decisione della controparte.

all'opzionario soltanto nei limiti dell'interesse negativo ed a restituirgli il premio eventualmente riscosso¹¹⁹. A questa conclusione si perviene in base ad un duplice rilievo: il concedente, in quanto si trova in una posizione di soggezione, non è tenuto “né alla prestazione contrattuale finale né all'attività strumentale di cura e preparazione della stessa”, ma è vincolato soltanto alla irrevocabilità della sua proposta volta a mantenere un comportamento di astensione che non impedisce la conclusione del contratto definitivo; non è invocabile la responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* giacchè, a differenza del contratto preliminare bilaterale, dall'opzione non nasce un'obbligazione a contrarre e il contratto preparato dall'opzione è meramente eventuale perfezionandosi soltanto con l'esercizio discrezionale del diritto potestativo dell'opzionario. Secondo questa ricostruzione, la risarcibilità anche dell'interesse positivo sarebbe esclusa dall'impossibilità logica di parificare al contratto finale non concluso la mera possibilità della sua formazione che caratterizza l'opzione per cui il danno lamentato sarebbe equiparabile alla perdita di una *chance* dell'opzionario rimessa a una sua personale determinazione volitiva futura¹²⁰. Non ci si può basare

¹¹⁹ RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1971, pag. 46 e ss.; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2007, pag. 864 e ss.; BIANCA C.M., *Il Contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss..

¹²⁰ BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

neppure, per stabilire la natura della responsabilità, sul grado di probabilità circa il successivo esercizio del diritto di opzione¹²¹.

In coerenza con l'antico insegnamento che impone all'offerente l'obbligazione di non fare alcunché che possa impedire o danneggiare il diritto eventuale del destinatario, appare preferibile un diverso orientamento.

La posizione di mera soggezione del concedente non può equivalere alla sua liberazione da ogni obbligo verso l'opzionario, il significato del vincolo d'irrevocabilità della proposta essendo quello di agevolare la conclusione della vendita. Ed invero in ragione della duplice natura del patto di opzione non sembra che possa affermarsi che il concedente non sia tenuto ad un comportamento di collaborazione, sia “nella formazione del contratto” finale (art. 1337 c.c.) sia quale parte della convenzione opzionale (1375 c.c.); il canone legale della buona fede, in quanto strumento volto al soddisfacimento dell'interesse altrui e quindi di quello dell'opzionario alla realizzazione del contratto finale nel quale confidava, impone quindi al concedente di non impedirne la conclusione. Da ciò il dovere non soltanto di astenersi per tutto il periodo convenuto

¹²¹ Così GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2007, pag. 864 e ss.. L'opinione, che fa leva sulla natura del contratto preparatorio di opzione è diffusa in dottrina: MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 1980, vol. IV, t. 2, pag. 56 e ss.; BIANCA C.M., *Contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss..

da ogni comportamento diretto a frustare il trasferimento di natura sia materiale, come quello di alterarne o di farne venire meno l'oggetto, sia giuridico, come quello di compiere atti di disposizione o di concessione di diritti personali di godimento opponibili al titolare del diritto di opzione, ma anche il dovere di tenere comportamenti positivi volti comunque a preservare l'integrità della cosa oggetto del futuro contratto¹²².

Non vi è ragione quindi per negare la natura contrattuale della responsabilità dipendente dalla violazione dell'accordo da parte del concedente¹²³ che, avendo assunto l'obbligazione di consentire la conclusione del contratto finale, non abbia adottato le misure che permettevano l'ottenimento di questo risultato o abbia posto in essere comportamenti con esso incompatibili. Il concedente sarà quindi tenuto a corrispondere all'opzionario deluso il quale dimostri con concreti dati di fatto l'elevato grado di prevedibilità della conclusione del contratto e quindi del danno (art. 1225 c.c.), il risarcimento della pienezza degli effetti contrattuali non conseguiti¹²⁴.

¹²² BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss.; GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss..

¹²³ GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.; PEREGO E., *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a CASS., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giustizia civile*, 1981, I, pag. 2274; GENOVESE A., *Il contratto di opzione, nuovo strumento per la formazione del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, pag. 180.

¹²⁴ TRIMARCHI P., *Causalità giuridica e danno*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISENTINI G., Milano, 1984, pag. 5; BIANCA C.M., *La responsabilità*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, vol. V, pag. 154 e ss..

E' discusso se il contraente favorito sia anche titolare di situazioni soggettive passive e se, in particolare, incorra in responsabilità precontrattuale, nel qual caso il risarcimento dovuto sarebbe commisurato all'entità dell'interesse negativo, l'opzionario che durante la decorrenza del termine abbia ingenerato nel concedente il ragionevole affidamento nella conclusione del contratto finale, rifiutandone successivamente la stipulazione senza plausibile ragione.

Vi è chi ha dato risposta negativa alla questione sul rilievo che la posizione del promittente che ha convenuto di assoggettarsi alla decisione discrezionale della controparte esclude in radice la possibilità della compromissione di un suo affidamento tutelabile in quanto il titolare dell'opzione potrebbe essere perseguito solo nei limiti "in cui si sia disposti a riconoscere rilevanza generale all'abuso del diritto"¹²⁵.

La posizione assunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che riconoscono in questi casi la tutela precontrattuale del concedente¹²⁶, appare preferibile se, in circostanze date, il comportamento dell'opzionario risulti essere stato in concreto contrario alla correttezza e

¹²⁵ GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss..

¹²⁶ TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.; CASS., 25 febbraio 1998, n. 2017; CASS., 13 dicembre 1994, n. 10649; CASS., 11 febbraio 1980, n. 960. Si pensi al comportamento del titolare di un'opzione di vendita immobiliare il quale, pur senza accettare formalmente la proposta, comunichi verbalmente al concedente la sua adesione, concordi il giorno della stipula notarile e inviti il venditore a liberare l'immobile per quella data. Se l'oblatore si rifiuti poi immotivamente di stipulare il contratto e di avvalersi comunque dell'opzione, dovrà risarcire il promittente di tutte le spese sopportate (ad esempio per il trasporto del mobilio, quelle per la locazione di un appartamento, ecc.).

lesivo dell'affidamento incolpevole del concedente nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.). La natura potestativa del diritto dell'opzionario e la corrispondente soggezione dell'offerente che ha convenuto di restare vincolato all'altrui decisione in ordine alla conclusione del contratto finale, non ostano a questa conclusione poiché il diritto dell'opzionario non è illimitato né insindacabile mentre la posizione di assoluta irrilevanza del soggetto passivo si pone in relazione di reciprocità complementare con quella dell'opzionario, la propria ragion d'essere sostanziandosi unicamente nel permettere la realizzazione dell'altrui diritto. L'ingerenza dell'opzionario nella sfera altrui è quindi limitata all'esercizio del proprio diritto a concludere il contratto di vendita determinando l'effetto traslativo, ma non può certamente concretizzarsi in comportamenti scorretti o capricciosi che travalicando l'ambito delle prerogative riconosciute all'opzionario, si risolvano in un aggravio non giustificato della posizione del concedente¹²⁷.

Il richiamo all'art. 1375 c.c. ha consentito a parte di dottrina di qualificare i comportamenti delle parti, contrari a quell'obbligo, in chiave di illeciti contrattuali, apparendo riduttiva la costruzione della responsabilità ai sensi dell'art. 1337 c.c., in considerazione della

¹²⁷ BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

presenza di un preciso accordo tra le parti che per i requisiti proposti assurge a contratto vero e proprio¹²⁸.

Non può non sottolinearsi come la scelta verso la natura precontrattuale di quella responsabilità presupponga la configurazione dell'opzione come una figura negoziale meramente strumentale alla conclusione di un successivo contratto, in cui, in altri termini, la funzione preparatoria prevale su ogni altro profilo giuridico, rimesso esclusivamente al regolamento contrattuale finale. Ed in senso contrario alla posizione orientata per la natura di responsabilità precontrattuale della fattispecie in analisi, è opportuna richiamare quell'opinione che riconducendo la responsabilità precontrattuale nel *genus* della responsabilità per inadempimento di obblighi e dunque sottoposta alla previsione dell'art. 1218 c.c. consentirebbe di superare i limiti derivanti dalla tradizionale riconduzione della prima nell'ambito di quella extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c., con evidenti conseguenze sul piano della prescrizione, dell'onere della prova, dell'ammontare del risarcimento del danno. E proprio sotto quest'ultimo profilo, la limitazione del danno al solo interesse negativo verrebbe meno, trattandosi anche nel caso

¹²⁸ SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1970, pag. 140 e ss.; PEREGO E., *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a CASS., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giustizia civile*, 1981, I, pag. 2274; GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.. In giurisprudenza CASS., 16 maggio 1975, n. 1893, in *Foro Italiano*, 1976, I, pag. 1950.

dell'inadempimento di un obbligo assunto con l'opzione di una lesione di un interesse positivo, ossia l'interesse che la parte aveva alla conclusione del contratto.

9. Trascrivibilità e contratti traslativi

E' opinione tradizionale che, la rilevanza del vincolo preparatorio sorto con l'opzione si esaurisca nei rapporti interni fra le parti contraenti, senza spiegare effetto per i terzi ai quali esso non è opponibile. L'opzionario, che abbia esercitato tempestivamente il suo diritto, non dispone quindi di alcun rimedio di natura reale e ad esso compete, pertanto, soltanto una tutela risarcitoria nei confronti del concedente che abbia, prima della scadenza del termine di efficacia dell'opzione, alienato la cosa a un terzo estraneo al patto, il quale abbia comunque trascritto il proprio acquisto prima di quello dell'opzionario.

Poiché la trascrizione di un atto è ammessa soltanto in presenza di un'espressa previsione normativa, è generalmente esclusa la trascrivibilità dell'opzione prima dell'accettazione, in assenza di una

norma che la consente, come quella dell'art. 2645 *bis* c.c. per il contratto preliminare avente ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai nn. 1,2,3 e 4 dell'art 2643 c.c.¹²⁹.

Si è sostenuto, per contro, che, poiché l'opzione si risolve in un atto che, almeno, riguardo ad una delle parti, è definitivo e produce gli stessi vincoli del contratto principale, essa debba essere trascritta¹³⁰.

Anche se la dottrina esclude, in prevalenza, la possibilità di un'estensione analogica all'opzione dell'art. 2645 *bis* c.c., in quanto contrasterebbe con il principio di tassatività degli atti trascrivibili, proprio la possibilità di trascrizione del contratto preliminare ha arricchito il dibattito di nuovi spunti in ordine alla possibilità di un'autonoma trascrizione dell'opzione. L'estensione contrasterebbe con il principio di tassatività degli atti trascrivibili in quanto l'opzione conserva una propria autonomia anche riguardo al contratto preliminare unilaterale¹³¹, ed in quanto sono diversi gli effetti reali o obbligatori scaturenti dal preliminare rispetto alla mera soggezione al potere altrui derivante dall'opzione¹³², i cui effetti sono comunque carenti di realtà.

¹²⁹ BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

¹³⁰ DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, pag. 75 e ss.; ROMANO S., *Vendita e contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di GROSSO G. – SANTORO PASSARELLI F., Milano, 1960, vol. V, t. 1, pag. 118 e ss.; CESARO E., *L'opzione nel contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, XXX, pag. 571 e ss.

¹³¹ CIAN G., *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 666 del 1996)*, in *Studium iuris*, 1997, pag. 215.

¹³² GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.; BIANCA C.M., *Il Contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss.;

Sono aumentate le opinioni favorevoli ad ammettere la trascrivibilità dell'opzione, pur escludendosi l'assimilazione fra le due figure in questione, nell'ottica di assicurare una maggiore trasparenza del mercato immobiliare, ponendo l'opzionario al riparo degli atti di disposizione compiuti dal concedente e sul rilievo che non è agevolmente giustificabile la differenza di disciplina tra i due istituti.

Il rinnovato dibattito si è articolato sostanzialmente su due versanti, originato dall'insofferenza verso una disciplina pubblicitaria che assicura al promissario di un contratto preliminare, anche unilaterale, una protezione più ampia rispetto al titolare dell'opzione, sebbene questo sul piano sostanziale goda di una posizione più tutelata in ragione del fatto che il vincolo gravante sul concedente è più intenso di quello nascente da un contratto preliminare¹³³.

Da un lato le ragioni della trascrivibilità dell'opzione sono state individuate al fine di evitare conseguenze paradossalmente sfavorevoli in pregiudizio del titolare dell'opzione, nell'ambito della tendenza che

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 1980, vol. IV, t. 2, pag. 56 e ss.; TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.; GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Milano Giuffrè, 1991, vol. XVIII, t. 1, pag. 350 e ss.. In senso contrario: DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, pag. 75 e ss., secondo il quale poiché dall'opzione deriverebbe un vincolo di indisponibilità del bene, ricorrerebbero i presupposti della trascrivibilità *ex art. 2645 c.c.*, nonché CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Jovene, Napoli, 1968, pag. 283 e ss..

¹³³ GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, pag. 529 e ss.; NIVARRA L., *La trascrizione del preliminare*, in *Vita notarile*, 1998, I, pag. 1369 e ss..

riconosce al sistema pubblicitario funzioni più ampie di quelle della mera risoluzione dei conflitti fra acquirenti da un medesimo autore, in base a contratti traslativi incompatibili volti a ricomprendere anche l'individuazione delle priorità fra titolari di un medesimo diritto personale al trasferimento (si pensi all'anticresi o alla locazione *ultra novennale*)¹³⁴.

Da altro versante, nella prospettiva volta a svalutare il collegamento fra istituto pubblicitario e atti propriamente traslativi, si è ritenuta ammissibile la trascrivibilità dell'opzione sul rilievo che la sua efficacia è bensì obbligatoria, ma è pur sempre rivolta a realizzare effetti definitivi di natura reale. Sarebbero quindi trascrivibili, in ossequio ad un'interpretazione estensiva dell'art. 2643 c.c. consentita dall'art. 2645 c.c., che permetterebbe di superare il principio di tassatività in tema di trascrizione, anche gli atti che, pur non determinando direttamente quei mutamenti giuridici rientranti fra quelli tipici di cui all'art. 2643 c.c., sono tuttavia a questi assimilabili in ragione dell'incidenza sulla proprietà immobiliare degli atti ai quali essi preludono¹³⁵.

¹³⁴ CALICETI P., *Patto di opzione e meccanismi pubblicitari*, in *Rivista di diritto civile*, 1992, I, pag. 289 e ss..

¹³⁵ PALERMO G., *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, a cura di LUMINOSO A. E PALERMO G., Cedam Padova, 1998, pag. 160; TONDO S., *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *Foro italiano*, 1995, V, pag. 272 e ss.; BRIENZA A., *La tassatività delle ipotesi di trascrizione: superamento o conferma di un principio?*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, II, pag. 571 e ss.; CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Jovene, Napoli, 1969, pag. 283 e ss., il quale attribuisce una rilevanza esterna all'opzione ipotizzando un vincolo d'indisponibilità del bene volto a fare realizzare l'acquisto dell'oblato e propone una lettura estensiva dell'art. 2643, n. 1, c.c..

L'introduzione nel sistema dell'art. 2645 *bis* c.c., nonché dell'art. 2645 *ter* c.c., sembra confermare l'orientamento del legislatore in favore del principio di tipicità degli atti trascrivibili in relazione ad effetti predefiniti. La trascrivibilità dell'opzione immobiliare in ragione degli effetti traslativi che da essa possono scaturire non sembra sostenibile neanche se si ammetta che oggetto della pubblicità non è l'atto in sé quanto il suo effetto per cui la tassatività delle norme sulla trascrizione porrebbe un principio di tipicità dei risultati e non degli atti. Le norme sulla pubblicità dichiarativa riguardano infatti una serie aperta di atti che sono individuati in ragione di determinati effetti tipicamente prefigurati dal legislatore. Se, dunque, la tipicità degli effetti da rendersi pubblici alla quale fa riferimento l'art. 2645 c.c. non può essere che quella propria dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c.¹³⁶, non è dato assimilare gli effetti preparatori propri del contratto di opzione a quelli dei "contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili" (art. 2643, n. 1, c.c.).

Quindi, poiché l'opzione non può confondersi con il contratto perfetto e definitivo, ma produce solo l'irrevocabilità della proposta, senza operare alcun trasferimento, essa non deve essere trascritta¹³⁷. Infatti, l'opzione,

¹³⁶ GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Milano, Giuffrè, 1991, vol. XVIII, t. 1, pag. 350 e ss.; MARICONDA G., *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Torino, 1985, vol. XIX, pag. 114 e ss..

¹³⁷ MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 1980, vol. IV, t. 2, pag. 56 e ss.; RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1971, pag. 46 e ss.; GABRIELLI G., *Opzione*,

come contratto autonomo, tende solo a rendere irrevocabile la proposta e non produce alcun effetto traslativo, cioè nessuno di quegli effetti per cui l'art. 2645 c.c., in relazione all'art. 2643 c.c., tassativamente impone la trascrizione. L'opzione, quindi, non è autonomamente trascrivibile: la proposta, oggetto di opzione, verrà trascritta insieme all'accettazione, con la quale dà vita al contratto definitivo.

La mancanza del carattere di "realità" nel fenomeno dell'opzione, produttivo dei soli effetti obbligatori, ha portato ad escludere la trascrivibilità del patto, anche nelle ipotesi nelle quali lo stesso sia preparatorio di contratti traslativi (o costitutivi di diritti reali) sui beni immobili o mobili registrati¹³⁸. Il beneficiario dell'opzione è, infatti, titolare di un diritto al trasferimento. Ciò provoca la dislocazione tra le parti di numerose situazioni soggettive attive e passive, tali da smembrare la proprietà, esattamente come avviene per l'obbligazione di dare¹³⁹. Questa soluzione viene correntemente verbalizzata dagli interpreti di *common law*, per i trasferimenti di *real property* (assimilabili a quelli immobiliari): come un contratto di vendita, così

in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.; GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Milano, Giuffrè, 1991, vol. XVIII, t. 1, pag. 350 e ss.

¹³⁸ CASS., 16 maggio 1975, n. 1893, in *Foro Italiano*, 1976, I, pag. 1659; per un precedente "storico" sulla questione vedi CASS. S.U., 21 luglio 1949, n. 1917, in *Giurisprudenza Italiana*, 1950, I, pag. 1. In dottrina SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1970, pag. 140 e ss.

¹³⁹ GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.

anche l'opzione pone il concedente nella posizione di trustee in favore del beneficiario ed attribuisce al beneficiario stesso un *equitable interest*, protetto secondo le note regole del trust. Ne consegue, per il diritto inglese, relativamente alle zone dotate di libri fondiari, la possibilità di assoggettare l'opzione a *registration*¹⁴⁰. L'effetto del patto di opzione, relativo a contratti traslativi immobiliari, non rientra nel campo di applicazione dell'art. 2643 c.c. E ciò sul rilievo che l'effetto (obbligatorio) dell'opzione non incide sulla disponibilità del bene, contrariamente alla diversa opinione secondo cui, invece, la stipulazione del patto avrebbe come effetto immediato proprio la indisponibilità del bene nel patrimonio del concedente. In particolare, detta indisponibilità conseguirebbe al fatto che l'opzione si configura come un vero e proprio regolamento di interessi, ben definito nel suo contenuto e nei suoi aspetti funzionali e tipologici, non limitandosi ad una mera proposta irrevocabile¹⁴¹. Il contratto d'opzione, in sostanza, pur muovendo da una unitaria configurazione strutturale, presenterebbe tuttavia un duplice contenuto: quello di regolamentare il rapporto strutturale da cui nasce il diritto potestativo d'opzione, da un lato; e quello di disciplinare il rapporto finale, ossia il contratto per la cui conclusione quel diritto è

¹⁴⁰ MEGARRY Sir R.- WADE H.V.R., *The Law of real Property*, London, 1984, pag. 570 e ss.

¹⁴¹ DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, pag. 75 e ss.; CESARO E., *L'opzione nel contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, XXX, pag. 571 e ss.

concesso, dall'altro. Ma, come già altra dottrina ha osservato, se è vero che siamo in presenza, con l'opzione, di uno schema decisamente diverso rispetto al canonico scambio della proposta e dell'accettazione, perché c'è un contratto, dal quale nasce da un lato un diritto potestativo e dall'altro una correlativa situazione di soggezione, tuttavia una tale (diversa) articolazione del procedimento formativo non può giustificare una indisponibilità di carattere reale, con effetto *erga omnes*, che finisce per attribuire alla figura in esame un carattere finale che invece essa non ha e che non può vedersi attribuito a titolo di anticipazione nemmeno sotto il profilo di un vincolo di indisponibilità strumentale, atto a garantire la produzione dell'effetto finale nel patrimonio dell'opzionario che esercita il diritto¹⁴². La conseguenza, evidentemente, è che in caso di alienazione del bene a terzi da parte del concedente, l'opzionario non potrà far valere nessuna (ipotetica) trascrizione, potendo solo agire per un risarcimento dei danni.

La tassatività degli atti soggetti a pubblicità e l'irriducibilità dell'opzione al contratto preliminare, se impediscono, secondo l'opinione tuttora prevalente e condivisibile, la trascrivibilità dell'opzione immobiliare, non escludono tuttavia che in determinati casi sia assicurata una tutela

¹⁴² Una tale conclusione è coerente con la tesi del tutto prevalente circa l'efficacia obbligatoria e meramente interna dell'opzione, priva di rilievo reale e di rilevanza esterna.

dell'opzionario verso i terzi e comunque un'efficacia reale e una rilevanza esterna dell'opzione.

Nell'opzione di vendita di beni mobili la posizione dell'opzionario pretermesso che tuttavia ne abbia conseguito per primo la fisica disponibilità prevale su quella del soggetto al quale il concedente abbia in precedenza alienato i beni. Nel caso di opzione di vendita immobiliare, l'opzionario potrà prevalere sul terzo acquirente se trascriverà l'accettazione che sia stata fatta per atto pubblico o per scrittura privata autenticata prima della trascrizione dell'acquisto del terzo (artt. 2643, 2644 c.c.) ovvero, se opzione e accettazione sono state fatte con scrittura privata, l'opzionario sarà preferito se trascriverà prima della trascrizione dell'acquisto del terzo la domanda giudiziale volta ad accertare l'autenticità delle sottoscrizioni dell'opzione e dell'accettazione (art. 2652, n. 3, c.c.).

L'impossibilità di assoggettare l'opzione ai meccanismi pubblicitari; negata l'eseguibilità in forma specifica dell'impegno assunto dal contraente vincolato poiché dall'opzione non nasce un obbligo a contrarre mentre la mera accettazione dell'opzionario è di per sé sufficiente a provocare la conclusione del contratto definitivo; l'impossibilità per l'opzionario di trascrivere la domanda giudiziale che

possa assicurargli una tutela preventiva, hanno indotto la dottrina a tentare di supplire alle conseguenze connesse alla carenza di realtà dell'opzione e quindi al *deficit* di tutela dell'opzionario deluso il quale può avvalersi soltanto di un'azione contrattuale risarcitoria nei confronti del concedente. Si è tentato quindi di aprire spazi di protezione anche nei confronti del terzo acquirente.

Una prima forma di tutela nei confronti del terzo, che abbia acquistato il bene a titolo oneroso nella consapevolezza dell'esistenza dell'opzione, ovvero con specifico intento fraudolento, è stata individuata nella responsabilità aquiliana nella quale il terzo incorre, per l'indebita interferenza nella posizione creditoria dell'opzionario; da altro versante si è riconosciuto al titolare dell'opzione il risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c. nei confronti del terzo acquirente di malafede¹⁴³ che gli consentirebbe di ottenere il trasferimento del diritto. La medesima soluzione opera in *common law*, in base alle regole sul trust: il beneficiario dell'opzione prevale sui terzi acquirenti a titolo gratuito e su quelli a titolo oneroso in mala fede¹⁴⁴.

¹⁴³ ROMANO S., *Vendita e contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di GROSSO G. – SANTORO PASSARELLI F., Milano, 1960, vol. V, t. 1, pag. 118 e ss.; CHIANALE A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, Giuffrè, 1992, pag. 102 e ss.; GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.; ZICCARDI F., *L'induzione all'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1979, pag. 258 e ss..

¹⁴⁴ MEGARRY Sir R. – WADE H.V.R., *The Law of real Property*, London, 1984, pag. 570 e ss.

Questi rimedi, concepiti con particolare riferimento alle ipotesi di inadempimento del contratto preliminare e di responsabilità del comune autore e del terzo nei confronti del primo acquirente secondo (o non) trascrivente nell'ipotesi di duplice alienazione immobiliare, possono essere sostanzialmente utilizzati anche nel caso di inadempimento dell'opzione in considerazione del fatto che la matrice genetica del danno è costituita, in entrambe le ipotesi, dai comportamenti concorrenti in due soggetti: il concedente e l'acquirente di malafede, primo trascrivente.

Devesi convenire con la dottrina la quale, in contrapposizione all'orientamento tradizionale, equipara, al fine dell'individuazione di una condotta illecita, all'ipotesi di semplice conoscenza in capo al terzo dell'esistenza dell'opposizione quella di un'intesa fraudolenta fra concedente e terzo primo trascrivente. La legittimità formale della trascrizione (in base all'art. 2644 c.c. è irrilevante lo stato di buona o di mala fede) dell'acquisto fatta dal terzo consapevole dell'esistenza dell'opzione già al momento della stipula della vendita non è idonea a sottrarre detto atto ad una valutazione di illiceità e il terzo dalla responsabilità per l'indebita interferenza nelle altrui relazioni contrattuali e per la condotta di cosciente cooperazione all'inadempimento del

concedente verso l'opzionario¹⁴⁵. Lo strumento pubblicitario è infatti piegato a scopi incompatibili con quelli suoi tipici volti alla tutela dell'interesse generale alla sicurezza della circolazione di determinate categorie di beni, essendo rivolto invece, attraverso un uso abusivo della priorità della trascrizione, a privare di effetti il diritto dell'opzionario sottraendogli il bene approfittando dell'inadempimento del concedente¹⁴⁶.

Minori possibilità applicative ha invece il risarcimento in forma specifica in favore dell'opzionario la cui azione verso il terzo acquirente non è intesa a far valere un diritto reale. Ed invero se quello sancito dall'art. 2058 c.c. costituisce rimedio alternativo al risarcimento per equivalente monetario nel caso in cui la cosa oggetto del diritto sia stata distrutta, danneggiata o sottratta illecitamente, non sembrano agevolmente configurabili le modalità soddisfatorie mediante le quali attraverso questo strumento potrebbe essere assicurato all'opzionario deluso, il quale provi l'esistenza di un danno quale conseguenza dell'inadempimento del concedente, il recupero della situazione

¹⁴⁵ BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

¹⁴⁶ CARRARO L., *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, pag. 801; COSTANZA M., *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, pag. 520 e ss.; CASELLA M., *La doppia alienazione immobiliare: un dibattito sempre aperto*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, II, pag. 457 e ss.; GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Milano, Giuffrè, 1991, vol. XVIII, t. 1, pag. 350 e ss.; VETTORI G., *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, Giuffrè, 1995, pag. 93 e ss..

originaria violata ossia il conseguimento della titolarità dell'immobile. La *restitutio in pristinum*, che non potrebbe comunque essere realizzata a scapito del *sub* acquirente di buona fede, postula la problematica nascita in capo a chi ha acquistato in mala fede dal concedente infedele di un'obbligazione di trasferire il bene all'opzionario pretermesso e l'esecuzione spontanea di detta obbligazione. Questa infatti, non costituendo l'obbligazione primaria rimasta inadempita come frutto dell'autonomia contrattuale, né avendo fonte in un'esplicita previsione normativa, non è soggetta all'esecuzione in forma specifica la quale implica una precedente relazione fra i soggetti che è invece qui inesistente; né, per le medesime ragioni, l'obbligo a contrarre può essere imposto dal giudice a titolo risarcitorio in assenza di una specifica previsione negoziale. Il risarcimento in forma specifica non è quindi rimedio idoneo a ripristinare lo *status quo ante* fra le parti del patto di opzione.

Anche l'azione revocatoria contro il terzo primo trascrivente, che è stata ritenuta esperibile dal primo acquirente nell'ambito della tematica relativa alla doppia alienazione immobiliare¹⁴⁷ per la conservazione della garanzia offerta dal patrimonio del debitore al credito da inadempimento

¹⁴⁷ CASS., 2 febbraio 2000, n. 1131, in RV 541110; CASS., 9 febbraio 1982, n. 759, in RV 418581; FERRI L., *Trascrizione e azione revocatoria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, pag. 984 e ss..

vantato verso l'alienante, appare difficilmente esercitabile dall'opzionario contro il concedente e il terzo per ottenere la dichiarazione di inopponibilità dell'acquisto da questo effettuato. Poiché la seconda alienazione è anteriore al credito da tutelare che nasce soltanto con la trascrizione dell'atto di acquisto, l'opzionario deluso è onerato dell'ardua prova, richiesta dall'art. 2901, n. 2, c.c. quale requisito soggettivo dell'azione, che il secondo acquirente era stato partecipe della dolosa preordinazione dell'alienante volta a pregiudicare specificatamente la garanzia del futuro credito.

Non sembra quindi che alla tutela risarcitoria dell'opzionario nei confronti del terzo acquirente residuino spazi ulteriori rispetto al rimedio risarcitorio consistente in una prestazione monetaria succedanea e diversa da quella originaria dedotta nel patto di opzione¹⁴⁸.

Il soggetto passivo deve anche astenersi dal compimento di atti materiali idonei a ridurre il valore del diritto offerto in opzione. Il compimento di tali atti costituisce illecito contrattuale ed obbliga il concedente a risarcire il danno nella misura dell'interesse positivo¹⁴⁹. Correlato a

¹⁴⁸ BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

¹⁴⁹ SCOGNAMIGLIO R., *Il Contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1970, pag. 140 e ss.; SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, Utet, 2002, pag. 313 e ss.; GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.; in giurisprudenza vedi CASS., 16 maggio 1975, n. 1893, in *Foro Italiano*, 1976, I, pag. 1659; *contra* BIANCA C.M., *Contratto*, in *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1999, vol. III, pag. 261 e ss, che riconduce il comportamento dannoso del concedente nel settore della responsabilità precontrattuale e limita, quindi, il danno risarcibile al solo interesse negativo.

quest'obbligo è il diritto del concedente, in caso di accettazione del beneficiario, al rimborso per le spese necessarie od utili, effettuate durante la pendenza dell'opzione.

La soggezione all'esercizio del diritto al trasferimento pone a carico del concedente anche l'obbligazione accessoria di custodire il bene oggetto di opzione.

La particolarità insita nell'opzione di contratto traslativo oneroso, specie immobiliare, dovrebbe reagire sul problema del termine per l'esercizio dell'opzione. Allorquando la proprietà si frammenta in capo a due soggetti ed il vincolo gravante sul concedente è opponibile ai terzi acquirenti (in mala fede), si crea un ostacolo alla circolazione del diritto, in contrasto con le direttive di efficienza sottostanti alla vigente normativa civilistica. Questa esigenza è stata avvertita in diritto inglese, che impone per l'opzione immobiliare la durata massima di 21 anni¹⁵⁰. Perciò nell'opzione priva di termine il giudice, adito per la sua fissazione, non dovrà concedere periodi irragionevolmente lunghi; e si potrebbe dubitare della validità di opzione in perpetuo o per termini eccessivi¹⁵¹.

¹⁵⁰ Si tratta della *rule against perpetuities*, estesa dal *Perpetuities and Accumulation Act*, del 1964, sect. 9; MEGARRY Sir R. – WADE H.V.R., *The Law of real Property*, London, 1984, pag. 570 e ss.

¹⁵¹ Uno spunto in GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, Vol. XVI, pag. 4 e ss., che ammette l'opzione perpetua, ma le estende la fissazione giudiziale del termine ex art. 1331 c.c..

10. Effetti dell'opzione

Trattando degli effetti dell'opzione, si devono anzitutto porre in luce i suoi effetti diretti ed immediati, cioè gli effetti propri del contratto o patto autonomo d'opzione. Essi sono dati, essenzialmente, dalla irrevocabilità della proposta, nel senso che il proponente non può revocarla per il termine convenzionalmente o giudizialmente stabilito, cioè rinuncia per quel periodo al normale potere di revoca, che ordinariamente gli compete durante l'*iter* formativo del contratto: se nonostante il patto, il proponente revoca la proposta nel termine, la revoca è senza effetti (come risulta dal richiamo dell'art. 1331 c.c. all'art. 1329 c.c. *quoad effectum*). Dal patto di opzione sorge, pertanto, un rapporto giuridico autonomo che ha per oggetto l'irrevocabilità della proposta: quindi, non sembra potersi parlare di effetti obbligatori o di effetti reali, i quali in senso tecnico possono scaturire solo dal contratto definitivo, rimanendo gli effetti dell'opzione sempre limitati e circoscritti alla irrevocabilità della proposta nel termine. Quanto alle posizioni soggettive, è pacifico che quella del dichiarante o proponente è posizione di soggezione: una volta conclusa l'opzione, il proponente non deve manifestare più alcuna volontà (e qui sta la differenziazione fondamentale con il contratto preliminare unilaterale), ma deve,

semplicemente, soggiacere al libero comportamento dell'altra parte, nel senso che egli non è che "deve non revocare" (nel qual caso vi sarebbe un comportamento pur negativo) ma "non può revocare". La eventuale revoca è "senza effetti", come se non ci fosse. Quanto alla posizione dell'oblato si è parlato di facoltà dello stesso di liberamente determinarsi nell'ambito della sua sfera giuridica, ma maggiormente si è parlato di diritto potestativo dell'oblato stesso a che il proponente non revochi la proposta e che questa rimanga ferma: oggi, si ritiene più esatto parlare di diritto potestativo. L'accettante, anche nel procedimento ordinario di formazione del contratto, ha sempre la libera facoltà di accettare o meno ed anche di revocare l'accettazione fino alla conclusione del contratto. Con l'opzione, questa sua posizione, che pur sempre permane, si rafforza, in quanto, l'accettante medesimo può pretendere che il soggetto attivo sia soggetto alla sua volontà, non compia nella sua sfera alcun comportamento e ciò non può non concretare un diritto potestativo¹⁵².

Dalla determinazione degli effetti immediati dell'opzione e del rapporto giuridico che da essa discende derivano varie argomentazioni.

In primo luogo che nel caso di inosservanza della parte vincolata, non può che derivarne il risarcimento del danno. Ma qui occorre precisare

¹⁵² Sulla costruzione del diritto potestativo, DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, pag. 75 e ss.; ROMANO S., *Vendita e contratto estimatolo*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di GROSSO G. – SANTORO PASSARELLI F., Milano, 1960, vol. V, t. 1, pag. 118 e ss.; BIANCA C.M., *Vendita*, Torino, 1993, pag. 146 e ss..

che quella inosservanza non può essere data dalla effettuazione della revoca, perché questa è per legge senza effetto, è *tamquam non esset*, onde la violazione del patto non può che essere indiretta nel senso che il proponente, malgrado la sua proposta irrevocabile, alieni il bene oggetto della proposta a soggetto diverso dall'oblato: in questo caso si crede che egli risponda di danni contrattuali, cioè derivanti dalla violazione dell'autonomo contratto di opzione¹⁵³. Laddove se è il promissario che tenga un comportamento tale da ingenerare nel promettente un ragionevole affidamento nella futura conclusione del contratto, e poi non accetti nel termine stabilito, non si è più nella violazione dell'autonomo contratto d'opzione, ma si rientra nella normale formazione del contratto onde trattarsi di responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*¹⁵⁴.

In secondo luogo si ritiene che non possa all'opzione applicarsi l'esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.*: questa è possibile solo quando “chi è obbligato a concludere un contratto non adempie alla sua obbligazione” e nella opzione non vi è alcuna obbligazione a prestare da parte del proponente un nuovo consenso, dovendo solo egli soggiacere alla irrevocabilità della proposta ed attendere che il contratto si concluda con la sola accettazione nel termine dell'oblato.

¹⁵³ Parla di effetto dell'indisponibilità del diritto e di rilevanza esterna dell'opzione CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pag. 156 e ss..

¹⁵⁴ CASS., 11 febbraio 1980, n. 960, in *Giustizia civile*, 1980, II, pag. 1947.

In terzo luogo, si ritiene concepibile la cessione del patto di opzione, cioè dell'autonomo diritto di opzione, nel senso che sarà conferita al cessionario l'originaria facoltà spettante al promissorio e quindi sarà il cessionario ad avere la facoltà di accettare o meno la proposta.

Infine, si ritiene che all'originario ed autonomo contratto di opzione possa applicarsi l'istituto dell'eccessiva onerosità, sopravvenuta nel periodo intercorrente tra la pattuizione dell'opzione e l'accettazione del promissorio, ma, dato che trattasi di contratto unilaterale, esclusivamente ai fini di ottenere la *reductio ad aequitatem*, ai sensi dell'art. 1468 c.c.¹⁵⁵.

Oltre gli effetti esclusivi del contratto di opzione in sé, vi si possono aggiungere effetti accessori e collaterali, quando sia pattuito un premio o un corrispettivo da prestarsi dal promissario. Sorge qui una obbligazione accessoria di dare, che non modifica l'assetto unilaterale complessivo dell'opzione.

L'opzione, infine, oltre ai suddetti effetti diretti ed autonomi, produce effetti indiretti in relazione alla formazione del contratto definitivo in cui si inserisce. Tali effetti sono quelli di rendere agevole la stipulazione e la formazione del contratto definitivo, attraverso la irrevocabilità della proposta e la posizione di libertà dell'oblato. Il che inquadra l'opzione

¹⁵⁵ E' invece per l'applicabilità della risoluzione ex art. 1467 c.c., la non recente CORTE APP. ROMA 26 aprile 1955, in *Foro Italiano*, 1955, I, pag. 1226.

nella categoria dei vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto, con funzioni prodromiche e collegamenti con il contratto definitivo.

11. Trasmissibilità dell'opzione

Si ritiene che il patto di opzione (oneroso, o comunque con interesse del concedente) sia cedibile dal beneficiario se il contratto definitivo è a sua volta cedibile; e che il consenso del concedente sia necessario secondo le regole della cessione del contratto¹⁵⁶, ai sensi dell'art. 1406 c.c..

La trasmissibilità dell'opzione per causa di morte va ammessa, sia dal lato passivo, nella misura in cui è trasmissibile il contratto definitivo. Ad esempio, l'opzione relativa ad un contratto di mandato, estraneo all'esercizio di impresa, non è trasmissibile perché *ex art. 1722 c.c.* la

¹⁵⁶ CESARO E., *L'opzione nel contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, XXX, pag. 571 e ss.; SACCO R., *Il contratto*, in AAVV., *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1975, vol. VI, t. 2, pag. 194 e ss.; BIANCA C.M., *Contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss.; GORLA G., *Problemi Sulla cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1963, I, pag. 23; GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss, che estende la soluzione anche alla cessione del lato attivo dell'opzione. Si tratta dell'opzione onerosa, o comunque con interesse del concedente: altrimenti il problema è quello della cedibilità della proposta irrevocabile. PEREGO E., *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a CASS., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giustizia civile*, 1981, I, pag. 2274, il quale, accogliendo l'opzione gratuita, ne esclude la cedibilità, perché si dovrebbe presumere concessa *intuitu personae*.

morte del mandante o del mandatario è causa di estinzione del mandato. Parimenti, in base all'art. 1674 c.c., l'opzione relativa ad un appalto, in caso di morte del futuro appaltatore, si trasmette ai suoi eredi, salvo che la considerazione della persona del defunto sia stata determinante per la conclusione del patto di opzione, e salvo il diritto di recesso dall'opzione della controparte, se gli eredi non danno affidamento per la buona esecuzione dell'appalto¹⁵⁷.

Se l'opzione è trasmissibile, il beneficiario potrà accettare il contratto definitivo nei confronti degli eredi, i quali sono succeduti al concedente nel diritto oggetto di opzione (es. vendita). Sorge allora un problema di coordinamento con l'art. 1329 c.c.. Poiché l'opzione (onerosa) è un contratto a prestazioni corrispettive, accertato che il definitivo non ha natura personale, gli eredi del concedente subentrano nel vincolo dell'irrevocabilità, esattamente come subentrano nel lato passivo di un preliminare unilaterale. Il rinvio contenuto nell'art. 1331 c.c. non regola quindi il profilo del trasferimento *mortis causa*: la natura dell'affare o le circostanze, contemplati dall'art. 1329, II comma, c.c., non possano indurre alla liberazione degli eredi dal vincolo¹⁵⁸. L'opposta soluzione

¹⁵⁷ AA.VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche sezione civile*, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1995, vol. XIII, pag. 140 e ss..

¹⁵⁸ GENOVESE A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, pag. 184 e ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1970, pag. 140 e ss..

consentirebbe l'irragionevole estinzione della posizione acquistata a titolo oneroso dal beneficiario¹⁵⁹.

Opinione diffusa, ne ammette la trasferibilità agli eredi, argomentando anche sulla base del principio della irretrattabilità propria del contratto concluso, muovendo dal fondamento normativo offerto dall'art. 1372 c.c. sul principio della forza di legge del contratto tra le parti¹⁶⁰.

La natura contrattuale dell'opzione consente anche di ritenere ammissibile la pattuizione con riserva di nomina del contraente favorito, in relazione, peraltro, a qualsiasi tipo di contratto, sempre che, ovviamente, l'oggetto lo consenta¹⁶¹.

¹⁵⁹ L'applicazione dell'art. 1329, II comma, c.c. è sostenuta da CESARO e., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pag. 283 e ss.; PEREGO E., *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a CASS., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giustizia civile*, 1981, I, pag. 2274; GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss., sulla base della strumentalità dell'opzione rispetto al contratto definitivo: ma quella strumentalità si registra anche nel contratto preliminare, che si trasmette agli eredi.

¹⁶⁰ SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1970, pag. 140 e ss..

¹⁶¹ SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1970, pag. 140 e ss.; CESARO E., *L'opzione nel contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, XXX, pag. 571 e ss.. Un risalente indirizzo della Suprema Corte ha avuto peraltro modo di precisare che nell'opzione con riserva di nomina la dichiarazione di accettazione dell'opzione può essere fatta sia dal contraente originario sia direttamente dalla persona nominata, se la dichiarazione di nomina ha avuto luogo prima della scadenza del termine, CASS., 28 febbraio 1947, n. 293, in *Foro italiano*, 1947, I, pag. 439. Più recentemente, CASS., 5 giugno 1987, n. 4901, in *Massimario del Foro italiano*, 1987, pag. 826.

12. Contenuto del patto di opzione in relazione all'oggetto del futuro contratto definitivo

Il patto di opzione può accedere a qualsiasi contratto, il che vuol dire che può essere stipulato nell'*iter* formativo di qualsiasi contratto: può costituire un contratto autonomo sotto qualsiasi punto di vista, può costituire una clausola di un contratto tipico trasformandone la formazione rispetto a quella ordinaria, può infine formare oggetto di una clausola di un contratto già perfetto e riguardante una futura attività contrattuale tra le stesse parti. Deve trattarsi dell'*iter* formativo di un contratto a prestazioni corrispettive, perché, per il contratto con obbligazioni del solo proponente, la proposta è sempre irrevocabile per norma di legge (art. 1333 c.c.).

I più rilevanti e discussi casi di opzione, in relazione ai singoli contratti cui più frequentemente accedono, sono vari.

- Anzitutto bisogna menzionare il contratto di compravendita, in relazione al quale sovente si presenta il contratto autonomo di opzione sotto forma di “opzione di vendita” quando promettente è il venditore, o di “opzione di vendita” quando promettente è il compratore. La frequenza di tali opzioni è dimostrata dalla giurisprudenza, la quale si è occupata

dell'opzione massimamente in ordine al contratto di vendita. Inoltre la vendita presenta l'esistenza di clausole (certamente pattizie) che vengono in essere (o si discute, pongano in essere) in caso di opzione dando luogo ad una fattispecie tipica e particolare di vendita, in cui l'*iter* contrattuale prevede l'inserimento di un patto di opzione.

- Opinioni diverse sussistono in relazione alla vendita con riserva di gradimento regolata dall'art. 1520 c.c.. Parte di dottrina¹⁶² ritiene costituisca una opzione l'*iter* formativo della vendita con riserva di gradimento. Infatti anche in essa si ha il vincolo del venditore che egli solo è legato alla sua dichiarazione di volontà o proposta, il che vale dire che questa è ferma ed irrevocabile, mentre il compratore è libero di “gradire” cioè di accettare espressamente o tacitamente, in un determinato periodo di tempo, e tale sua accettazione importa, senza bisogno di alcuna dichiarazione ulteriore di volontà del venditore, il perfezionamento del contratto. Tale parte di dottrina, perciò, ritiene che fattispecie tipica di

¹⁶² FORCHIELLI P., *Patto di opzione e pactum de contraendo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, I, pag. 109 e ss; RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1971, pag. 46 e ss; TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss; GRECO P., *Lezioni di diritto commerciale*, Roma, 1958, pag. 46. In giurisprudenza: CASS., 15 ottobre 1960, n. 703; CASS., 7 gennaio 1964, n. 13; CASS., 17 febbraio 1970, n. 357.

vendita con riserva di gradimento possa considerarsi non con l'*iter* formativo ordinario ma con il procedimento formativo speciale integrato dall'inserimento del patto di opzione, voluto d'accordo da entrambe le parti con il far ricorso a quel tipo di vendita. C'è invece chi ritiene si parli di proposta irrevocabile¹⁶³. Ulteriore altra parte della dottrina¹⁶⁴ sostiene non sia un caso di opzione. La ragione ne è che, nel caso di cui all'art. 1520 c.c., l'effetto della norma (e, specialmente, risultante dal comma II di essa) deriva dalla legge (e non già dalla volontà del venditore medesimo); e la dichiarazione di gradimento, da parte del compratore, dà luogo alla formazione di un solo contratto; laddove, nel caso dell'opzione (art. 1331 c.c.), l'irrevocabilità deriva dalla volontà delle parti e l'accettazione dell'oblato dà luogo alla formazione di un secondo contratto, che si collega al primo. Ma ragione assorbente e decisiva è che, nella vendita, l'assaggio funge da atto preparatorio del futuro acquisto; e, prima di esso, non vi ha vendita, neppure obbligatoria; in

¹⁶³ DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale*, Milano, 1950, pag. 75 e ss; ROMANO S., *Vendita e contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di GROSSO G. – SANTORO PASSARELLI F., Milano, 1960, vol. V, t. 1, pag. 118 e ss..

¹⁶⁴ MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1987, vol. XXI, t. 1, pag. 479 e ss.

sostanza, si ha un effetto più debole, rispetto a quello che emana dall'atto d'opzione.

- Dalla vendita con riserva di gradimento si differenzia la vendita a prova, di cui all'art. 1521 c.c. Seguendo la dizione legislativa, esattamente la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza hanno ritenuto che la vendita a prova, diversamente dalla vendita con riserva di gradimento, implica un contratto già concluso normalmente, ma sottoposto alla condizione sospensiva della sussistenza nella cosa (da accettarsi ad opera delle parti, o di un arbitro da esso designato, o dal giudice in caso di contestazione) di determinati requisiti del bene (certe qualità pattuite, od idoneità ad un certo uso).¹⁶⁵
- Si discute in ordine ad un'altra forma di vendita, non regolata dal codice, ma molto frequente in pratica, in quanto collegata alle vendite effettuate da piazza in piazza da commessi, viaggiatori di commercio, rappresentanti, piazzisti, agenti, ecc., cioè la vendita “salvo conferma”, o “salvo approvazione

¹⁶⁵ Vedi CASS., 14 marzo 1964, n. 567; CASS., 2 marzo 1967, n. 483; CASS., 16 ottobre 1969, n. 3384; CASS., 27 febbraio 1986, n. 1270. Di fronte alla tesi dominante in dottrina, vi è la tesi di chi (BIANCA C.M., *Vendita*, Torino, 1993) sostiene che la vendita a prova è vendita obbligatoria, in cui gli effetti sono sospesi fino alla verifica dell'esistenza di una qualità del bene: anche per questo Autore si ha un contratto perfetto.

della casa”, o “salvo accettazione casa”: forma frequente sia perché il piazzista o rappresentante non sa, o può non sapere, al momento dei contatti con un certo acquirente, situato lontano dalla casa venditrice, se questa abbia ancora nei suoi magazzini merce di quel tipo, ovvero perché è la casa venditrice che vuole esaminare se sia conveniente concludere il contratto con quelle determinate condizioni. Forma frequente, ma sottoposta a regolamentazione particolare ed a diverse e svariate clausole ed usi nelle varie piazze¹⁶⁶, onde è difficilissima una unitaria costruzione teorica, infatti varie sono state le tesi al riguardo avanzate. Tra queste quelle che sicuramente meritano di essere messe in luce sono due. In primo luogo può darsi che il viaggiatore o commesso sia un mero procacciatore di affari non avente la rappresentanza in senso giuridico della casa. In questa ipotesi possiamo vedere il commesso o viaggiatore come latore di un invito ad offrire da parte della casa, e il vero proponente è il compratore che accoglie l’invito ed offre di acquistare alle singole condizioni concrete; la sua proposta è irrevocabile per il termine stabilito

¹⁶⁶ RUBINO D., *La Compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Milano, 1971, pag. 46 e ss.

(e nella prassi si vede che tale termine è sempre fissato) affinché la casa accetti, onde con tale accettazione nel termine il contratto senz'altro si conclude: piuttosto che una opzione, qui si vedrebbe l'esistenza di una proposta irrevocabile, data la mancanza di un vero patto, in quanto il commesso o viaggiatore non rappresenta il venditore e questi, lontano, nulla può pattuire. In secondo luogo può darsi che il commesso o viaggiatore sia munito di poteri di rappresentanza della casa. Anche in tale ipotesi, si parla di opzione nel senso che le parti pattuiscono che la proposta del compratore sia irrevocabile fino a che la casa non accetti in un dato termine¹⁶⁷: la teoria non è campata in aria, ma sembra contraria a quanto accade nella realtà, dato che il rappresentante ha tutti i poteri di trattare e di concludere il contratto in nome e per conto della casa, onde si costruirebbe più la fattispecie come vendita perfetta tra rappresentante del venditore e compratore, sottoposta alla condizione potestativa sospensiva, se dalle clausole contrattuali risulta che è richiesta una volontà manifestata dalla casa di

¹⁶⁷ In tal senso RUBINO D., *La Compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1971, pag. 46 e ss.

“approvazione”, ovvero sottoposta ad una facoltà di recesso da parte della casa, se dalle clausole contrattuali (o dagli usi) risulta che la salvezza si estrinseca solo nella facoltà del venditore di “non approvare”¹⁶⁸.

- Si parla di assimilazione all’opzione della c.d. “prenotazione di compera”, che consiste nell’ordinazione che una parte fa all’altra, impegnandosi ad acquistare quella data cosa, mentre la controparte si riserva di accettare e dar seguito, o meno, a tale impegno. Forma che si vede sovente nella prassi commerciale (applicazione in tema di vendita d’automobile non ancora costruita).
- La figura assume uno speciale atteggiamento, nel caso di emissione di titoli di prestito pubblico, da parte di Ente pubblico, o di obbligazioni (contratto di mutuo), da parte di società; e prende il nome tecnico di “sottoscrizione”.
- In relazione ai contratti di locazione si nota un caratteristico esempio di patto di opzione inserito in un contratto perfetto ed efficace e che riguarda una futura attività delle parti. Si tratta di patto di rinnovazione¹⁶⁹ nel quale si stabilisce che,

¹⁶⁸ TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.

¹⁶⁹ Tale patto, secondo MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1959, vol. III, pag. 610, suole chiamarsi anche “di rispetto”. Vedi al riguardo anche SEGRE’ T., *IL cosiddetto diritto*

dopo la scadenza del termine originario della locazione, il contratto potrà essere rinnovato per un altro termine determinato (normalmente di durata identica a quella originario, ma che può essere anche di durata diversa) a scelta di una sola delle parti¹⁷⁰.

- L'opzione può anche – come chiarito dalla giurisprudenza – combinarsi con il contratto preliminare ed in duplice senso. In primo luogo è possibile la successione opzione-contratto preliminare (bilaterale o unilaterale) – contratto definitivo, nel senso che l'opzione tende a rendere irrevocabile la proposta di conclusione di un contratto preliminare¹⁷¹. In secondo luogo è possibile la successione opposta, contratto preliminare (bilaterale o unilaterale)-opzione – contratto definitivo, nel senso che con il contratto preliminare una delle parti si impegna ad avanzare la proposta irrevocabile per il

d'opzione e l'azione di rescissione per lesione enorme, in *Rivista di diritto commerciale*, 1928, II, pag. 599; D'ORAZI M., *Appunti sul patto di rispetto nella locazione*, in *Rivista del Notariato*, 1950, pag. 19.

¹⁷⁰ Secondo TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss., si è in presenza di due distinti contratti: l'uno perfetto, quale è la locazione originaria, e l'altro in formazione, in cui si inserisce il patto di opzione con il quale una delle parti è obbligata a mantener ferma la proposta per il nuovo contratto, il quale si perfezionerà appena che l'altro contraente avrà (liberamente) accettata la proposta. Si può citare una, non recente, sentenza CASS., 21 aprile 1949, n. 1917, in cui il patto di rinnovazione riceve tale costruzione, con la conseguenza che, se il termine è di nove anni per la locazione originaria e di nove anni per la eventuale rinnovazione, non vi ha luogo a trascrizione.

¹⁷¹ Vedi CASS., 14 dicembre 1960, n. 3247; CASS., 15 gennaio 1965, n. 84.

definitivo, il quale ultimo si concluderà quando l'altra parte (che rimane libera) avrà accettata la proposta¹⁷².

- E' anche possibile la opzione per persona da nominare¹⁷³, nella quale la dichiarazione del contraente deve essere fatta nel termine a partire dalla stipulazione dell'opzione, termine che deve certamente essere inferiore a quello stabilito per l'opzione.
- Non è un caso di opzione, il contratto di borsa, detto "Dont", in quanto quest'ultimo è già perfezionato, prima della "risposta premi", sebbene, al pari dell'opzione, non esiga, per formarsi, la manifestazione di volontà del contraente favorito¹⁷⁴.
- Invece di patto di opzione si usa parlare a proposito di alcune particolari forme di contratti di borsa, i contratti a premio, cioè di quei contratti che attribuiscono alle parti particolari facoltà (dietro il pagamento di un corrispettivo); facoltà da esercitarsi entro la data stabilita dal calendario di borsa (c.d. giorno di risposta premi). Con tale contratto, cosiddetto

¹⁷² Vedi CASS., 30 luglio 1947, n. 1284; CASS., 18 maggio 1967, n. 1071.

¹⁷³ Vedi CASS., 5 maggio 1987, n. 4901.

¹⁷⁴ MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1959, vol. IV, pag. 78 e ss. e, in specie, BIANCHI D'ESPINOSA L., *Appunti sul contratto di borsa a premio semplice ("dont")*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1958, II, pag. 152.

“Noch”, una delle parti, dietro pagamento di un corrispettivo, si riserva la facoltà di dichiarare essa sola di volere comprare o vendere (a seconda della parte che si riserva la detta facoltà) una quantità maggiore (doppia, tripla) di quella convenuta e ciò nel giorno di risposta premi: in tale contratto si è vista una opzione che si inserisce nel contratto originario e che tende alla formazione del contratto per la parte maggiore; patto di opzione per cui una delle parti è vincolata alla vendita o compera della quantità maggiore, quando l'altra parte nel termine liberamente dichiarati di volerlo, determinando un ampliamento dell'oggetto del contratto¹⁷⁵

- Un caso che, anche per l'identità della terminologia della legge, sembrerebbe da ricondurre a tale figura descritta, è quello di cui all'art. 2441 c.c., il quale contempla il diritto dell'azionista a sottoscrivere le azioni di nuova emissione. In tal senso, è qualche autore¹⁷⁶; ma – se la tesi poteva sostenersi prima del codice vigente, quando il diritto di opzione era sancito statutariamente e poteva vedersi, sia pure alla lontana, un'applicazione dell'istituto in esame – oggi l'assimilazione

¹⁷⁵ MESSINEO F., *Operazioni di borsa e di banca*, Giuffrè, Milano, 1965, pag. 109 e ss.

¹⁷⁶ FRE' G., Società per azioni, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1961, pag. 631 e ss.

va respinta: non fosse altro, per la ragione di ordine testuale, che l'opzione, di cui all'art. 1331 c.c., deriva una convenzione; laddove, l'opzione, di cui all'art. 2441 c.c. deriva dalla legge. Senza dire che, semmai, quest'ultima figura potrebbe essere assimilata alla prelazione, e tuttavia, anche tale assimilazione va, in definitiva, rifiutata, dovendosi – dal punto di vista strutturale – parlare, piuttosto, di una potestà legale, o di un diritto potestativo *ex lege*¹⁷⁷.

- Non è caso di patto d'opzione, neppure quello, di cui all'art. 1566 c.c., in tema di contratto di somministrazione, che è da ricondurre, in effetti, alla figura della prelazione.

¹⁷⁷ MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1959, vol. III, pag. 511 e ss.

II CAPITOLO

Il contratto di opzione a favore di terzo

1. Il contratto a favore di terzo

Ai sensi dell'art. 1372 c.c. il contratto non produce effetti nei confronti dei terzi, salvo i casi previsti dalla legge. Da tale norma è possibile enucleare l'assunto dell'estraneità del terzo rispetto al contratto, salvo i casi eccezionali.

La *ratio* di tale norma sta nel fatto che il nostro ordinamento giuridico tende ad esonerare il terzo da conseguenze contrattuali che possono arrecargli danno¹⁷⁸, ma più in generale, ad escludere lo stesso da qualsiasi pretesa fondata su un contratto di cui non sia parte; di converso, ne discende che il terzo non può neppure fondare sul contratto pretese a proprio favore; il che è facilmente spiegabile con il fatto che il terzo, in quanto tale, non può essere assimilato alla parte, l'unica che,

¹⁷⁸ MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, pag. 414 e ss; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di VASSALLI F., II edizione, Utet, Torino, 1950, vol XV, t. II, pag. 258 e ss; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1959, pag. 33.

avendo interesse al contratto, si appropria tanto degli effetti favorevoli che di quelli sfavorevoli.

Alla luce di quanto esposto è possibile affermare, quindi, che è terzo colui che non è parte del contratto; ed è parte colui che, non solo pone in essere il contratto, ma ha un interesse proprio e ne subisce gli effetti.

Quale deroga al principio di relatività rigidamente inteso (a mente del quale qualunque tipo di incidenza, anche positiva, del negozio giuridico sulla sfera altrui, in linea di massima, sarebbe da giudicare interdetta), il nostro Codice configura e disciplina, all'art. 1411 c.c. e ss., uno schema di contratto con efficacia esterna ai contraenti, al quale attribuisce la qualifica di contratto a favore di terzi. Tale fattispecie si configura quando, mediante apposita pattuizione (una clausola, la c.d. stipulazione), inserita in un contratto, i contraenti convengono di attribuire un diritto ad un soggetto, al quale la formazione del contratto non sia imputabile; gli effetti del contratto medesimo si producono in via diretta e immediata nel patrimonio di un terzo.

Le parti contraenti sono il promittente, che si obbliga alla prestazione in favore del terzo, e lo stipulante, che designa la persona del terzo. Il terzo è pertanto estraneo alla conclusione del contratto; non sarà necessaria una sua positiva accettazione, in quanto egli acquista il diritto contro il

promittente per effetto della sola stipulazione conclusa tra promittente e stipulante. L'art. 1411 c.c. precisa che la stipulazione è valida “qualora lo stipulante vi abbia interesse”¹⁷⁹. Soggiunge il comma II che salvo patto contrario il terzo “acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione”.

Siamo, dunque, di fronte ad uno schema generale caratterizzato dalla produzione dell'effetto acquisitivo, non già nei riguardi di uno dei contraenti bensì, nei confronti di un terzo; tale contratto è quindi contrassegnato da una peculiare efficacia esterna rispetto agli stipulanti¹⁸⁰. Infatti il terzo, salvo patto contrario, acquista il diritto per effetto della stipulazione nei confronti di uno soltanto dei contraenti, il promittente, non acquistando, invece, alcun diritto nei confronti dell'altro contraente, lo stipulante, sebbene questi, per la validità della stipulazione, debba avere interesse all'attribuzione del diritto al terzo.

Tale soggetto terzo non entra a far parte della fattispecie costitutiva del rapporto, e ciò nondimeno acquista il diritto senza necessità di un suo

¹⁷⁹ Tra i molti scritti sul contratto a favore di terzo: TAMPONI M., *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Torino, 2000, vol. XIII, t. VI, pag. 365 e ss; MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Novene, Napoli, 1962; GIRINO F., *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Giuffrè, Milano, 1965; MOSCARINI L.V., *I negozi a favore di terzi*, Giuffrè, Milano, 1970; Id., *Il contratto a favore di terzi*, Artt. 1411-1413, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1997; TORRENTE A., *In tema di contratto a favore di terzo*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1945, II, c. 18 e ss.. La figura in parola ha costituito oggetto di viva attenzione anche da parte della dottrina anteriore al codice civile vigente: TARTUFARI L., *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889; NICOLO' R., *Deposito e contratto a favore di terzo*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1939 (ora in *Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 1980, I, pag. 533).

¹⁸⁰ Di efficacia esterna discorre MAJELLO U., voce *Contratto a favore del terzo*, in *Digesto IV edizione, sezione civile*, 1989, IV, pag. 237.

atto di contenuto positivo, restando la rilevanza dell'atto di adesione, non a caso definito con una nozione diversa da quella di "accettazione", limitata alla sola estinzione del potere dello stipulante di revocare il beneficio attribuito al terzo, ossia di devolvere il diritto a proprio favore¹⁸¹.

La regola dettata dall'art. 1411 c.c. generalizza una figura ammessa anche nelle codificazioni illuministiche, da quella napoleonica a quelle preunitarie a quella italiana del 1865, che però consentivano la stipulazione di un patto a favore del terzo solo qualora esso si inserisse come *modus* in un atto di liberalità, ovvero come condizione di un contratto oneroso.

Essa peraltro corrisponde ad una tendenza che già nel codice trovava anche una pluralità di altri punti di emersione nel diritto positivo, a cominciare da quelle figure di contratti nominati a favore di terzi tra cui – esempi emblematici – quella dell'assicurazione sulla vita e quella della fideiussione, e riaffiora anche in altre disposizioni introdotte dal codice del 1940-42 di portata generale, tra cui la stessa strutturazione, almeno potenzialmente unilaterale, della remissione¹⁸², che è figura appartenente

¹⁸¹ MOSCARINI L.V., *Astrattezza della proposta unilaterale irrevocabile e onerosità del patto di opzione*, (Saggio destinato alla raccolta di scritti in onore di Nicolò Lipari), in *Rassegna di diritto civile*, a cura di PERLINGERI P., 207, pag. 471 e ss.

¹⁸² Dallo studio di questa figura prese avvio l'indagine di BENEDETTI G., *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Rivista trimestrale*, 1962, pag. 1219 e ss., poi sviluppata nella monografia, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, e successivamente, sempre dello stesso autore, in *Diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto*

alla disciplina generale delle obbligazioni, e quella del contratto con obbligazioni del solo proponente regolata dall'art. 1333 c.c.; quest'ultima è collocata nella stessa sezione I (Dell'accordo delle parti) in cui sono incluse le due regole concernenti la proposta unilaterale e il patto di opzione.

L'efficacia del contratto, come abbiamo detto, è rispetto al terzo immediata e diretta; tuttavia, l'attribuzione del diritto in suo favore non diviene definitiva finchè il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare. Infatti prima di tale dichiarazione, la pattuizione può essere revocata o modificata dallo stipulante.

Il terzo, ovviamente, potrà rifiutare l'attribuzione nei suoi confronti in qualsiasi momento, sempre che tale potere di rifiuto non sia venuto meno con l'opposta dichiarazione di volerne profittare, la quale, una volta effettuata, estingue contemporaneamente anche il potere di revoca dello stipulante. Quindi l'effetto acquisitivo del diritto in favore del terzo è immediato, pur se può venire meno *ex tunc* in caso di revoca della stipulazione da parte dello stipulante oppure in caso di rifiuto del terzo beneficiario di volere profittare della pattuizione.

Nel caso in cui vi sia la revoca dell'attribuzione o il rifiuto del terzo di profittarne, il diritto precedentemente attribuito a quest'ultimo rimane a

patrimoniale, Napoli, 1997.

beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto.

La disciplina degli art. 1411 e ss., ancorché di carattere generale, non esaurisce tutte le ipotesi di contratti che prevedono conseguenze favorevoli al terzo, ma qualifica come contratto a favore del terzo solo quello in cui i contraenti assumono gli specifici ruoli di promittente e stipulante¹⁸³.

L'attribuzione della situazione giuridica al terzo costituisce l'utilità economica che lo stipulante realizza con la clausola a favore del terzo; da ciò si evince che, nella figura in esame, chi dispone a favore del terzo non è tanto il promittente, nei cui confronti il terzo acquista il diritto, quanto lo stipulante, con cui il terzo, anche dopo la dichiarazione di volerne beneficiare, non instaura, mediante il contratto, alcuna relazione giuridica.

L'interesse dello stipulante, quindi, è espressione dell'aspetto causale dell'atto di disposizione che egli realizza a favore del terzo¹⁸⁴.

Pertanto, in caso di sua mancanza o illiceità si avrà come conseguenza la mancanza o illiceità della causa, che non riguarderà però l'atto posto in essere dai contraenti, bensì solo l'atto di disposizione effettuato dallo

¹⁸³ DI LORENZO L., *Ammissibilità del contratto di opzione a favore di terzo*, nota a CASS., sez. III, 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Notariato*, 2005, pag. 147 e ss..

¹⁸⁴ MAJELLO U., *L'interesse nella stipulazione a favore di terzi*, Jovene, Napoli, 1962.

stipulante a favore del terzo¹⁸⁵. A tale proposito la dottrina afferma che nello schema di cui all'art. 1411 c.c. l'acquisto del diritto del terzo ha un doppio titolo: l'uno costituito dal contratto tra stipulante e promittente; l'altro dalla clausola a favore del terzo. Infatti, il primo realizza l'interesse dei contraenti ed il secondo l'interesse del solo stipulante.

Inoltre la dottrina distingue due ipotesi di contratto a favore del terzo¹⁸⁶. Uno, c.d. contratto a favore di terzo ad efficacia interna, si ha nel caso in cui la pattuizione prevede il terzo come semplice destinatario della prestazione, non anche come titolare del diritto a pretenderla, i cui effetti non travalicano le sfere giuridiche dei contraenti. L'altro, c.d. contratto a favore di terzo in senso stretto (con efficacia esterna), si configura quando dal contenuto dell'accordo risulti apposita pattuizione dell'attribuzione del diritto al terzo, ed è quello espressamente previsto dall'art. 1411 c.c..

L'efficacia a favore del terzo implica un atto dispositivo per il promittente che, *ex art. 1413 c.c.*, può opporre al terzo solo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il beneficiario acquistò il diritto, non

¹⁸⁵ BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III.

¹⁸⁶ CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1987, vol. XXI, t. 2, pag. 303 e ss..

anche le altre eccezioni che il promittente, in modo diverso, avrebbe potuto opporre allo stipulante¹⁸⁷.

La suindicata attribuzione, inoltre, deve essere prevista nel contratto di cui la stipulazione è clausola, altrimenti, se vi fosse un patto autonomo, questo implicherebbe da parte dello stipulante una cessione o alienazione del diritto, anche se collegata al contratto precedentemente stipulato.

Non è necessario, tuttavia, che la disposizione a favore di terzo sia contestuale alla stipulazione; lo stipulante può riservarsi di designare successivamente il terzo, prima che il promittente dia esecuzione al contratto¹⁸⁸.

La clausola in oggetto, sia pure con il limite funzionale che lo stipulante vi abbia interesse, è opponibile a qualsiasi contratto, sia tipico che atipico, prescindendo anche dalla prestazione concretamente dedotta.

Si rammenta che, a norma dell'art. 1411 c.c., la stipulazione a favore del terzo è valida qualora lo stipulante vi abbia interesse, ancorché di natura esclusivamente morale o affettiva. La giurisprudenza è infatti pacifica nello statuire che l'interesse alla stipulazione, richiesta per la validità di tale pattuizione, possa essere di qualsiasi natura e, quindi, anche morale,

¹⁸⁷ SANTIN G., *L'intenzione delle parti nella stipulazione a favore di terzo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1953, I, 1, pag. 437 e ss.; CARIOTA FERRARA L., *Rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Rivista di diritto civile*, 1960, I, pag. 351 e ss..

¹⁸⁸ TORRENTE A., *In tema di contratto a favore di terzo*, in *Giurisprudenza Completa della Cassazione, sezioni civili*, 1945, c. 18 e ss..

non esigendo che detto interesse debba avere necessariamente carattere patrimoniale. Quanto alla prestazione concretamente deducibile a favore del terzo, la giurisprudenza e la dottrina dominanti affermano che non esistono limiti riguardanti la qualità e il contenuto dell'attribuzione del terzo; infatti, ritengono che la pattuizione in favore del terzo sia inseribile in qualsiasi contratto, sia tipico che atipico, a prescindere dalla natura della prestazione concretamente dedotta.

L'orientamento oramai costante della giurisprudenza è infatti nel senso dell'ammissibilità di un contratto con effetto traslativo a favore di terzo¹⁸⁹.

Non ricorre la figura in parola se il terzo assume la mera veste di destinatario della prestazione: al verificarsi di quest'ultima ipotesi, si rientra nel c.d. contratto a favore di terzo con efficacia puramente interna, i cui effetti non travalicano la sfera di contraenti, nel senso che da esso non deriva alcun diritto a favore del terzo, e che creditore della prestazione rimane lo stipulante, ovvero il promissario¹⁹⁰. Occorre, cioè, che i contraenti concordino l'attribuzione diretta del diritto come elemento del sinallagma¹⁹¹: per la configurabilità di un contratto a favore

¹⁸⁹ CASS., sez. II, 13 febbraio 1993, n. 1842; CASS., sez. II, 1 settembre 1994, n. 7622.

¹⁹⁰ La dottrina discorre, con riguardo a tale figura, di "contratto con prestazione al terzo"; sul tema, di recente, la monografia di MACCARRONE G., *Contratto "con prestazione al terzo"*, Esi, Napoli, 1997.

¹⁹¹ CASS., 19 agosto 1997, n. 7693; CASS., 12 agosto 1996, n. 7492; CASS., 4 ottobre 1994, n. 8075; CASS., 11 giugno 1983, n. 4012. Non costituisce invece contratto a favore di terzi la convenzione stipulata tra il proprietario di un albergo e la p.a. con la quale viene attribuita a quest'ultima, dietro

del terzo non è sufficiente che costui riceva un vantaggio economico indiretto dal contratto intervenuto tra altri soggetti, ma è necessario che questi ultimi abbiano inteso direttamente attribuirglielo, nel senso che essi nella qualità di contraenti, abbiano previsto e voluto una prestazione a favore di un terzo estraneo al contratto; costoro, dunque, negoziando in nome proprio vogliono far acquistare al terzo un diritto, e non soltanto un vantaggio. Neppure può discorrersi di contratto a favore del terzo nell'ipotesi di contratto aperto alla successiva adesione del terzo.

Il diritto in favore del terzo, in altri termini, deriva direttamente dall'intesa raggiunta tra contraenti, e la dichiarazione del favorito di voler approfittare del contratto ha solo la funzione di rendere irrevocabile ed immodificabile la prestazione in suo favore, in relazione alla quale le parti restano le sole vincolate¹⁹².

Emerge da quanto sin qui osservato che deve trattarsi di contratto dal quale non derivino obblighi a carico del beneficiario. La locuzione “a favore” sta per l'appunto a sottolineare che possono essere attribuite al terzo soltanto situazioni giuridiche di vantaggio. Ed è significativo che il

corrispettivo, la disponibilità delle stanze dell'albergo per destinarle a ricovero degli abitanti di una zona colpita da terremoto affinché usufruiscano, a cura dell'albergatore, di vitto e alloggio (CASS., 7 ottobre 1992, n. 10940, in *Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, 1993, I, pag. 206). In dottrina RUMORI C., *Assegnazione di alloggi ai sinistrati: configurabilità di un contratto a favore di un terzo?*, nota a CASS., 28 novembre 1994, n. 10158, in *Giustizia civile*, 1995, I, pag. 2182, e già MAGAZZU' A., *Il contratto di albergo a favore di terzo e l'art. 1591 c.c.*, nota a CORTE APP. MESSINA, 14 marzo 1959, in *Giustizia civile*, 1960, I, pag. 832.

¹⁹² Tale affermazione è ricorrente. In dottrina BIANCA C.M., *Il Contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1984, pag. 538; in giurisprudenza CASS., 9 agosto 1996, n. 7398.

legislatore abbia richiamato il diritto e non anche gli obblighi. Conseguentemente, la previsione – da parte dei due contraenti – di effetti anche sfavorevoli nei riguardi del terzo preclude – a tacere di ogni considerazione circa i limiti entro i quali è consentito incidere sul principio di relatività degli effetti del contratto – la qualificabilità di tale pattuizione come contratto a favore di terzo.

Neppure può ravvisarsi un contratto a favore di terzo se il beneficio per quest'ultimo non è intenzionale; il vantaggio per il terzo, in altre parole, deve essere preso consapevolmente in considerazione dalle parti, e costituire l'oggetto di un loro proposito¹⁹³.

Propria della figura in esame è la contestuale realizzazione di due atti dispositivi: uno dal promittente allo stipulante, e l'altro dallo stipulante al terzo; un duplice risultato dispositivo mediante un'unica attribuzione patrimoniale, e quindi un duplice risultato economico con un singolo strumento giuridico.

Occorre chiarire che il contratto a favore di terzo non configura un contratto tipico: tipico potrà essere, eventualmente, il contratto nel cui ambito è inserito il patto tendente alla produzione degli effetti favorevoli nella sfera giuridica del terzo, ma tale patto non è idoneo ad alterare la

¹⁹³ MESSINEO F., voce *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enciclopedia del diritto*, 1962, vol. X, pag. 196 e ss.. Per una ricognizione delle ipotesi in cui il negozio produce nei confronti dei terzi effetti soltanto indiretti BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di VASSALLI F., II edizione, Utet, Torino, 1950, vol. XV, t. II, pag. 262 e ss..

funzione del negozio in cui è inserito, atteso che la sua finalità è quella di individuare il soggetto che dovrà beneficiare della prestazione. Il che equivale a dire che il contratto a favore di terzo non esaurisce il proprio contenuto nella prestazione a favore del terzo: promittente e stipulante sono vincolati, nei loro rapporti, da obblighi interni (ed eventualmente reciproci) che non investono in alcun modo la posizione del terzo.

Né potrebbe dirsi che il contratto a favore di terzo abbia causa autonoma rispetto al contratto principale¹⁹⁴: se la clausola diretta alla deviazione degli effetti contrattuali a favore del terzo ha semplicemente la funzione di individuare il soggetto cui spetterà la prestazione, non può che concludersi nel senso che la causa del contratto nel quale la clausola in parola è inserita rimane invariata, specie ove si consideri che l'attribuzione al terzo trova la propria giustificazione al di fuori della struttura del contratto nel quale la clausola stessa è inserita.

Naturalmente, quanto fin qui rilevato non esclude in assoluto la configurabilità di ipotesi di contratto produttivo di effetti dannosi per il terzo: ad esempio, il patto di non concorrenza tra due imprenditori danneggia gli imprenditori che ne rimangono estranei, e danneggia altresì la clientela.

¹⁹⁴ Come invece ha ritenuto TORRENTE A., *Appunti sulla donazione indiretta*, in *Studi in memoria di Calamandrei P.*, Cedam, Padova, 1958, vol. V, pag. 10.

Terzo beneficiario può anche essere un terzo non ancora venuto ad esistenza, il quale – una volta nato ed acquistata quindi la capacità giuridica – potrà agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni cui il promettente sia tenuto in forza del contratto stipulato con un altro soggetto a garanzia di un suo specifico interesse¹⁹⁵.

Il beneficio potrà altresì essere rivolto ad un incapace; non si richiede in tal caso l'osservanza delle norme sulla rappresentanza degli incapaci, non implicando il contratto a favore di terzo né l'esercizio di poteri di rappresentanza, né l'accettazione da parte dell'interessato, la cui mancanza, ai sensi dei commi II e III dell'art. 1411 c.c., spiega rilievo soltanto al diverso fine dell'eventuale revoca o modifica del contratto da parte dello stipulante¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Il principio è stato affermato da CASS., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, c. 317.

¹⁹⁶ CASS., 5 gennaio 1985, n. 11.

2. Il carattere reale della prestazione a favore del terzo

La questione concernente l'idoneità del contratto a favore del terzo al trasferimento di diritti reali è ampiamente discussa in dottrina e risulta inscindibilmente connessa, sia con quella riguardante l'ambito di applicazione del principio di relatività degli effetti contrattuali, sia con quella relativa alla pubblicità del contratto a favore del terzo¹⁹⁷.

Invero non pochi argomenti, sia di ordine teorico, sia di ordine pratico, sembrano contrastare con l'efficacia immediatamente dispositiva del contratto a favore del terzo.

Le obiezioni più tradizionali riguardano il tenore letterale dell'art. 1411 c.c.. In particolare si è soffermata l'attenzione sull'uso dei termini "prestazione" e "promittente" i quali dovrebbero indurre l'interprete a riconoscere l'esistenza di un rapporto di tipo obbligatorio fra lo stesso promittente ed il terzo. Il termine "prestazione" è infatti frequentemente usato dal legislatore in tema di obbligazioni, ed il termine "promittente"

¹⁹⁷ In dottrina sostengono che il contratto a favore di terzi non possa avere effetti reali: SCOZZAFAVA T.O., voce *Contratto a favore di terzi*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1998, pag. 1 e ss., il quale ritiene incompatibile il potere di revoca attribuito allo stipulante prima dell'accettazione del terzo con un acquisto già perfezionato; SACCO R.-DE NOVA G., *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Torino, 1982, pag. 417 e ss; BAYER W., *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tubingen, 1995. La tesi favorevole all'efficacia reale è oggi nettamente dominante: MOSCARINI L.V., *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1997, Artt. 1411-1413; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A.-MESSINEO F., Milano, Giuffrè, 1972, pag. 141 e ss.; SESTA M., *Contratto A favore del terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1993, pag. 253 e ss.; REGOLI F.A., *Brevi osservazioni in tema di efficacia reale del contratto a favore di terzo nei suoi rapporti con il patto d'opzione*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1996, n. 2, pag. 463 e ss..

evoca l'idea di una promessa a favore del terzo e dunque un impegno a far conseguire un diritto, non immediatamente ma, in un secondo momento.

Si è inoltre fatto notare che il terzo, secondo il dettato normativo, acquista il diritto “contro il promittente”. Questa puntualizzazione sarebbe fuori luogo o superflua se il terzo acquistasse immediatamente il diritto, giacchè in questo caso potrebbe far valere il suo diritto *erga omnes*¹⁹⁸.

Altre obiezioni, invece, sono state poi fondate sulla necessità del consenso dall'art. 1376 c.c. per la conclusione del contratto ad effetti reali e sul fatto che l'art. 922 c.c. non menziona il contratto a favore di terzo fra i modi di acquisto della proprietà¹⁹⁹.

Le obiezioni di carattere pratico riguardano invece essenzialmente i problemi connessi alla pubblicità dell'operazione, alla possibile (sia pur temporanea) mancanza di un titolare del diritto nonché al difetto di una valida giustificazione causale dello spostamento patrimoniale.

Infine, si è rilevato, che anche se dovesse essere ammessa l'efficacia reale del contratto a favore del terzo, a quest'ultimo potrebbero essere trasmesse solo posizioni giuridiche di vantaggio, con esclusione quindi

¹⁹⁸ SALVI V., *La donazione con riserva di usufrutto*, in *Studi per A. Cicu*, II, Milano, 1951, pag. 427.

¹⁹⁹ BIONDI V., *Donazione e contratto a favore di terzo*, in *Foro italiano*, 1958, I, pag. 55 e ss.

di quei diritti come la proprietà e l'usufrutto, cui sono inevitabilmente connessi degli oneri.

Queste obiezioni non sono affatto incurabili per quegli autori che ritengono invece ammissibile l'efficacia reale del contratto a favore di terzi.

Più precisamente, le obiezioni letterali vengono considerate prive di pregio, poiché anche in tema di compravendita (art. 1476) si fa riferimento alle obbligazioni del venditore senza per questo dubitare che si sia in presenza di un contratto con effetti reali. Anche la precisazione che il terzo acquista il diritto contro il promittente appare sopravvalutata, in quanto, probabilmente, il legislatore ha voluto sottolineare che il terzo è avente causa del promittente e non dello stipulante. Anzi, secondo parte di dottrina, il fatto che il terzo acquisti il diritto contro il promittente, per effetto della stipulazione, rafforzerebbe addirittura la tesi dell'efficacia immediata, perché egli lo acquista al momento della conclusione del contratto senza dover spiegare alcuna attività²⁰⁰.

Nemmeno possono trarsi conclusioni definitive dalla necessità del consenso delle parti per la conclusione di un contratto ad effetti reali perché, se non può dubitarsi dell'esattezza di questo assunto, appare

²⁰⁰ MESSINEO F., voce *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. X, pag. 196 e ss.; REGOLI F.A., *Brevi osservazioni in tema di efficacia reale del contratto a favore del terzo nei suoi rapporti con il patto d'opzione*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1996, n. 2, pag. 463 e ss..

anche ben possibile che il legislatore possa “affiancare a quella regola generale una diversa previsione, circoscritta ad una peculiare fattispecie quale quella disciplinata dall’art. 1411 c.c.”²⁰¹.

E neppure appaiono decisivi i rilievi basati sulla mancanza di una causa idonea a giustificare lo spostamento patrimoniale o sull’impossibilità di imporre alcun tipo di onere ad un terzo.

Al primo, infatti, può replicarsi che una causa esiste e risiede nell’interesse dello stipulante, tanto che questo è parte del contratto e tale rimane, sia pur in via residuale, a seguito del rifiuto del terzo.

Al secondo può ribattersi che è sufficiente che l’affare si riveli vantaggioso per il terzo nel suo complesso, al netto di eventuali spese od oneri che questi dovrà eventualmente sopportare.

Per quanto riguarda la pubblicità del contratto a favore del terzo si osserva che si è in passato spesso discusso sulle modalità con cui si sarebbe dovuta curare tale trascrizione. Sotto questo aspetto appare determinante ai fini di una corretta indagine scomporre l’unitaria operazione contratto a favore di terzo nella sequenza di atti che lo realizzano. In primo luogo, occorre domandarsi quale sia la funzione della dichiarazione del terzo di voler profittare della stipulazione a suo

²⁰¹ SESTA M., *Contratto a favore del terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, pag. 959.

favore, ed in proposito sembra pacifico in dottrina che la vera finalità di questa dichiarazione sia quella di paralizzare il potere di revoca dello stipulante²⁰².

Fatta questa premessa ne consegue che il contratto a favore del terzo può essere immediatamente trascritto contro il promittente e a favore del terzo²⁰³.

Chiarito questo problema preliminare, bisogna capire quale regime pubblicitario debba essere osservato per la dichiarazione di accettazione del terzo, per la dichiarazione di revoca dello stipulante e per il rifiuto del terzo.

Parte della dottrina ritiene che non sia necessario trascrivere la dichiarazione di accettazione del terzo stante la sua natura di atto meramente confermativo²⁰⁴. Tuttavia, si è acutamente osservato che, tale conclusione aprirebbe una pericolosa breccia nel sistema della pubblicità in quanto, in caso di mancata trascrizione della dichiarazione del terzo e di successiva trascrizione della revoca del beneficio, si verrebbe a creare

²⁰² MOSCARINI L.V., *I negozi a favore di terzo*, Giuffrè, Milano, 1970, pag. 135 e ss.; SESTA M., *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, pag. 966 e ss..

²⁰³ Dottrina sostanzialmente pacifica sul punto, vedi MOSCARINI L.V., *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1997, Artt. 1411-1413 c.c. e SESTA M., *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, pag. 966 e ss..

²⁰⁴ MOSCARINI L.V., *I negozi a favore di terzo*, Giuffrè, Milano, 1970, pag. 130 e ss.; SESTA M., *Contratto a favore del terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, pag. 967; GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1991, vol. XVIII, t. 1, pag. 350 e ss..

una apparente situazione di titolarità dello stipulante che potrebbe pregiudicare i terzi aventi causa da quest'ultimo²⁰⁵.

Per quanto riguarda la revoca ed il rifiuto va detto che anche questi atti devono essere resi pubblici. Per essi la prevalente dottrina ritiene che si debba procedere ad annotazione a margine in quanto essi funzionerebbero come una condizione risolutiva²⁰⁶.

3. I contratti ai quali si applica lo schema del contratto a favore di terzo. L'opzione

Lo schema del contratto a favore di terzo, significativamente collocato nel titolo dedicato ai contratti in generale, trova applicazione in riferimento a qualsiasi contratto, sia tipico che atipico. Nel contratto a

²⁰⁵ Il rilievo è di SESTA M., *Contratto a favore del terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, pag. 967, il quale però ammette testualmente: "... Come risolvere il conflitto tra il terzo e l'avente causa dello stipulante? Probabilmente è esatto concludere che prevarrà il diritto del terzo, avendo egli acquistato in via definitiva mercè l'accettazione che ha reso inutile ed inefficace la revoca dello stipulante".

²⁰⁶ Più precisamente però, secondo il GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1991, vol. XVIII, t. 1, pag. 350 e ss., la semplice annotazione non sarebbe in grado di certificare la titolarità del diritto in capo allo stipulante poiché nessuna trascrizione risulterebbe a nome dello stipulante, e sarebbe pertanto necessario procedere ad una nuova trascrizione dal terzo allo stipulante ai soli fini della continuità della trascrizione. Una posizione particolare è quella del MOSACRINI L.V., *I negozi a favore di terzo*, Giuffrè, Milano, 1970, pag. 130 e ss., il quale a proposito del rifiuto del terzo ritiene di dover distinguere fra rinuncia abdicativa, rinuncia traslativa e rinuncia impeditiva. L'Autore sottolinea l'incertezza della dottrina sulla trascrivibilità della rinuncia impeditiva richiamando sul punto il pensiero dello Zappulli e del Maiorca.

favore di terzo non sussistono limiti in ordine alla qualità ed al contenuto della prestazione da rendersi al terzo, la quale può consistere in un *dare*, in un *facere*, presente o futuro, in un *non facere*, od anche nella costituzione di un diritto reale²⁰⁷.

La Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi affermativamente su alcuni aspetti rilevanti in tema di contratto a favore del terzo, che in passato sono stati oggetto di un vivace dibattito in dottrina²⁰⁸. In una pronuncia interessante, essa si è espressa nel senso dell'ammissibilità del patto d'opzione concluso a favore di terzi²⁰⁹.

Il problema circa la compatibilità del contratto a favore di terzo con il patto di opzione si è posto, soprattutto, alla luce di quell'orientamento secondo il quale, non essendo automatico l'acquisto in capo al terzo, si renderebbe necessaria un'accettazione da parte di quest'ultimo.

In proposito, il percorso logico seguito dai giudici del Supremo Collegio muove dal presupposto che, in considerazione del carattere generale del riconoscimento che la norma dell'art. 1411 c.c. ha dato al contratto a favore del terzo, la prestazione di cui questi beneficia può avere un

²⁰⁷ TAMPONI M., *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Torino, 2000, vol. XIII, t. VI, pag. 365 e ss.. La dottrina suole sottolineare che il contratto a favore di terzo è uno schema adattabile ad ogni figura contrattuale: MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Jovene, Napoli, 1962, pag. 113 e ss..

²⁰⁸ LEO F., *Spunti in tema di contratto a favore del terzo e patto d'opzione*, nota a CASS., 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Vita notarile*, 2004, n. 3, pag. 1437 e ss..

²⁰⁹ Trattasi di CASS., 1 dicembre 2003, n. 18321, pubblicata per esteso in *Foro italiano*, 2004, I, c. 1464 e ss.

contenuto consistente, come abbiamo appena detto, tanto in un *dare*, quanto in un *facere* o *non facere*: sicchè ammissibile dovrà intendersi, anzitutto, la figura del contratto preliminare di compravendita a favore di terzo, in quanto particolare forma di fare che si realizza con la prestazione del consenso alla stipulazione del futuro negozio traslativo della proprietà, e per il tramite della cui esecuzione, perciò, in capo al beneficiario si determina l'acquisto di un diritto di natura reale²¹⁰. Ma se così è, a maggior ragione, conclude la Corte, sarà da ritenere consentito il perfezionamento di un patto di opzione (preparatorio di una compravendita) secondo il paradigma di cui all'art. 1411 c.c., patto dunque in virtù del quale il soggetto promittente, piuttosto che obbligarsi soltanto con l'altro stipulante a prestare il suo consenso alla definitiva vendita di un suo bene a favore di un terzo, resta già vincolato, per effetto del negozio bilaterale, alla propria dichiarazione di irrevocabile proposta contrattuale, sicchè al terzo beneficiario, libero o meno di accettarla, basta la semplice accettazione perché a suo favore si producano gli effetti del contratto, per la conclusione del quale l'opzione è stata accordata.

La pronuncia affronta il problema concernente la determinazione dei limiti di applicabilità dello schema del contratto a favore di terzi: ma lo

²¹⁰ In senso conforme, CASS., 5 dicembre 1987, n. 9034, in *Banca Dati Iuris data*.

affronta da un'angolatura inconsueta, quella dell'estensibilità di detto schema, vale a dire, al caso in cui, pur vertendosi in tema di diritti relativi, al beneficiario sia attribuito non un credito, bensì un diritto potestativo²¹¹; laddove più facilmente si dibatte, piuttosto, circa l'interrogativo se mediante la stipulazione *ex art. 1411 c.c.* il terzo possa essere reso acquirente di un diritto di natura reale.

Proprio da quest'ultima questione conviene muovere, sottolineando che, se la giurisprudenza risulta incline ad ammettere che il contratto a favore di terzi possa appunto determinare l'acquisto, in capo al beneficiario, anche di un *ius in re*²¹², in dottrina si registra per contro un quadro composito di opinioni.²¹³

²¹¹ Tale è invero la sostanza, secondo la *communis opinio*, della posizione giuridica soggettiva attiva che scaturisce dal patto d'opzione: GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2007, pag. 864 e ss.; ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA G. e ZATTI P., Milano, 2001, pag. 163; BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 264; CHIANALE A., voce *Opzione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche sezione civile*, Torino, 1995, vol. XIII, pag. 140. GABRIELLI G., voce *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss..

²¹² Per quanto le singole pronunce, al di là delle declamazioni di tono generale, poi si riferiscano quasi sempre al solo caso delle servitù prediali: CASS., 11 maggio 2000, n. 6030; CASS., 1 settembre 1994, n. 7622; CASS., 14 novembre 1986, n. 6688.

²¹³ DELLE MONACHE S., *Sulla figura del patto di opzione a favore di terzi*, in *Rivista del notariato*, 2005, vol. II, pag. 765 e ss..

4. Le tesi contrapposte, orientamenti dottrinali a confronto

Se la giurisprudenza è favorevole ad ammettere che il contratto a favore di terzi possa determinare l'acquisto, in capo al beneficiario, di un diritto di natura reale, sul punto la dottrina si divide invece in due principali e contrapposti indirizzi.

Un primo, da considerarsi quale maggioritario e conforme all'orientamento giurisprudenziale consolidato, che conferma come ai soggetti terzi beneficiari possa essere destinato un diritto di natura reale.

Un secondo, il quale esclude che la stipulazione ai sensi dell'art. 1411 c.c. possa mai attribuire ad un terzo un diritto di natura reale.

Il primo indirizzo, avvalorato dunque dalla dottrina maggioritaria, precisa altresì come non esistano limiti riguardanti la qualità ed il contenuto dell'attribuzione a favore del terzo²¹⁴, e che pertanto la pattuizione in suo favore possa essere prevista in ogni contratto, sia tipico che atipico²¹⁵.

²¹⁴ Salvo che quest'ultimo si voglia avvalere della facoltà di rifiuto, LEO F., *Spunti in tema di contratto a favore del terzo e patto d'opzione*, nota a CASS., 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Vita notarile*, 2004, n. 3, pag. 1437 e ss.

²¹⁵ Secondo il primo capoverso dell'art. 1411 c.c., il terzo acquista il diritto verso il promittente, in virtù (e si può aggiungere al momento stesso) della mera stipulazione, che incorre tra i contraenti, senza dover spiegare alcuna attività, così MESSINEO F., voce *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. X, pag. 196 e ss., ove si richiamano a sostegno, i *Lavori preparatori (Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni, n. 250; Atti della commissione delle assemblee legislative, verbale n. 13, 180)*. Ma vi è che l'inciso "per effetto della stipulazione" non debba essere letto come "nel momento della stipulazione", CICALA R., voce *Accollo*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958. Sempre favorevoli all'efficacia reale: MOSCARINI L.V., *Il Contratto a favore di terzi*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1997, Artt. 1411-1413; SESTA M., *Contratto a favore del terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, pag. 253 e

Il secondo indirizzo²¹⁶, seppur minoritario, in ossequio al principio generale secondo cui ai sensi dell'art. 1372 c.c. il contratto non può produrre effetto nei confronti dei terzi, salvo i casi previsti dalla legge, obietta invece che la fattispecie di cui all'art. 1411 c.c. può attribuire al terzo solo diritti di credito, non ammettendo l'attribuzione di diritti reali in quanto potenzialmente gravidi di oneri (fiscali, di manutenzione ecc.) a carico del terzo beneficiario. L'orientamento predetto, fonda le proprie argomentazioni critiche, oltre che sui rilievi di natura sostanziale citati, anche su quelli di natura meramente formale, che fanno leva sull'interpretazione ermeneutica delle disposizioni in tema del contratto a favore di terzi. Disposizione che, definendo, ai sensi dell'art. 1411 c.c., promittente la parte verso cui il terzo acquista il diritto e prestazione il contenuto del diritto stesso, indicherebbero, secondo i fautori di tale minoritario indirizzo, quest'ultimo con la sola figura del diritto.

Ciò rilevato, tuttavia, si deve altresì sottolineare come tale dottrina abbia recentemente abbandonato tale rigido ed eccessivamente formalistico

ss.; REGOLI F.A., *Brevi osservazioni in tema di efficacia reale del contratto a favore del terzo nei suoi rapporti con il patto d'opzione*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1996, pag. 463 e ss..

²¹⁶ Sostengono che il contratto a favore di terzo non possa avere ad oggetto diritti reali: SACCO R.-DE NOVA G., *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Torino, 1982, pag. 417 e , ss., secondo i quali il fatto stesso di indicare il soggetto del sacrificio giuridico come promittente (e non come alienante), orienta l'interprete verso l'efficacia meramente obbligatoria del contratto; SCOZZAFAVA T., voce *Contratto a favore di terzi*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, pag. 1 e ss., il quale ritiene incompatibile il potere di revoca attribuito allo stipulante prima dell'accettazione del terzo con un acquisto già perfezionato; BAYER N., *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tubingen, 1995.

orientamento, progressivamente collocandosi invece in una posizione intermedia con quanto sostenuto dalla corrente dottrinale maggioritaria, favorevole a riconoscere in favore del terzo l'attribuzione di diritti di natura reale²¹⁷.

Noto autore²¹⁸ afferma che, ricercato il fondamento della regola nella funzione stessa dell'autonomia contrattuale a tutela della sfera di libertà dei soggetti, “appare eccessivo precludere senz'altro tale effetto in ragione della libertà del soggetto, col pregiudicare la posizione del beneficiario dell'atto altrui. Riportata sul piano sostanziale degli interessi, la questione ha trovato una soluzione normativa che contempera insieme il normale interesse all'acquisizione degli effetti favorevoli dell'atto altrui e l'esigenza della libertà del soggetto”. In altre parole: perché impedire ad un soggetto di beneficiare immediatamente e direttamente degli effetti di un contratto al quale egli è, formalmente e sostanzialmente, estraneo, quando nessun sacrificio, onere, perdita o depauperamento gliene possano derivare?

²¹⁷ SACCO R.-DE NOVA G., *Obbligazioni e contratti*, II, in *trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Torino, 1982, pag. 417 e ss.. Gli autori, ora, sembrano attestati su una posizione ed affermano che “il consenso dell'acquisto del diritto reale non è sempre richiesto. L'art. 1333 c.c. dispensa dell'accettazione in quei casi in cui non vi è presumibilmente motivo di credere che l'acquisto nuoccia all'oblato. L'acquisto della proprietà e dell'usufrutto possono nuocere all'oblato”. Si noti che il riferimento all'art. 1333 c.c., nasce dall'idea secondo la quale le ragioni che “militano contro l'efficacia reale del contratto a favore del terzo non ancora accettante sono le stesse ragioni che si possono invocare contro l'efficacia reale della promessa di cui all'art. 1333 c.c.. Tali ragioni inducono a consentire l'acquisto non accettato della servitù; e a limitare invece l'acquisto della proprietà o dell'usufrutto alle speciali ipotesi in cui preesista un consenso dell'acquirente all'approvazione o un suo interesse preconstituito e tipico all'acquisto”.

²¹⁸ BIANCA C.M., *il contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 535 e ss.,

E' evidente, pertanto, la ragione che ha indotto la recente dottrina²¹⁹ a ritenere immediato l'acquisto, da parte del terzo, del diritto reale di servitù, escludendo invece il diritto reale "della proprietà o dell'usufrutto alle speciali ipotesi in cui preesista un consenso dell'acquirente all'appropriazione". In questo secondo caso, e non nel primo, infatti, all'acquisto del diritto si accompagnano oneri legati alla titolarità del diritto stesso (si pensi, ad esempio, alle spese di condominio legate alla proprietà di un appartamento che verrebbero a gravare sul terzo in caso di stipulazione in suo favore, ai sensi dell'art. 1411 c.c., ovvero agli oneri tributari a carico dell'usufruttuario ecc.)

In conclusione, quest'ultimo orientamento dottrinale ritiene di escludere che lo schema contrattuale disciplinato dall'art. 1411 c.c. possa rappresentare un'eccezione al principio di relatività degli effetti contrattuali (sulla scorta del quale qualunque tipo di incidenza, anche positiva, del negozio sulla sfera altrui, in linea di massima, sarebbe da giudicare interdotta), costituendo piuttosto la base, insieme ad una serie di altri indici di diritto positivo, da cui desumere la vigenza, nel nostro ordinamento, della diversa regola secondo la quale sono solo le

²¹⁹ SACCO R.-DE NOVA G., *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Torino, 1982, pag. 417 e ss..

modificazioni di carattere negativo dell'altrui sfera giuridica a rimanere precluse.

5. La giurisprudenza, orientamento maggioritario

La giurisprudenza, abbiamo anticipato, appare incline a risolvere in senso affermativo il tema della idoneità del contratto a favore del terzo a produrre effetti anche reali, a beneficio del terzo destinatario, prevalentemente giudicando fattispecie costitutive di servitù: CASS., 16 gennaio 1973, n. 161; CASS., 7 gennaio 1974, n. 29; CASS., 25 febbraio 1980, n. 1317²²⁰; CORTE APP. MILANO, 10 marzo 1964, in cui si legge: “niun ostacolo è invero posto dal legislatore alla configurabilità di un contratto a favore di terzi con efficacia reale, e ciò sia per l’art. 1128 c.c. del 1865, sia per l’art. 1411 c.c. del 1942, i quali prevedono genericamente la stipulazione a favore del terzo senza alcuna specificazione che possa far ritenere limitata la disposizione di legge a soli contratti con efficacia meramente obbligatoria. Anzi, può

²²⁰ CASS., 16 gennaio 1973, n. 161, in *Giurisprudenza italiana*, 1974, I, 1, 1572 e ss; CASS., 7 gennaio 1974, n. 29, in *Repertorio del Foro italiano*, 1974, *Contratto in genere*, n. 231; CASS., 25 febbraio 1980, n. 1317, con nota di GUARNERI A., *Costituzione di servitù e stipulazione a favore di terzo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, c. 1347.

aggiungersi che le norme predette sono collocate nei rispettivi codici sotto il titolo relativo ai contratti in generale, nel quale è inserita anche la norma relativa ai contratti con effetto reale”; conforme il TRIB. SAVONA, 26 maggio 1961²²¹.

Questo orientamento giurisprudenziale favorevole trova chiara ed esaustiva conferma nella sentenza della SUPREMA CORTE del 28 novembre 1986, n. 7026, la quale afferma che “una servitù prediale può essere costituita anche mediante contratto a favore di terzi, in base al combinato disposto degli art. 1058 e 1411 c.c., atteso che non sussistono limiti qualitativi e quantitativi per la prestazione da rendersi al soggetto estraneo alla stipulazione, che ben può essere il beneficiario del trasferimento o della costituzione di un diritto reale”²²².

Negli ultimi anni, la medesima questione è stata affrontata e parimenti risolta con una certa assiduità, a conferma della pacifica uniformità raggiunta sul punto. Ritroviamo CASS., 14 novembre 1986, n. 6688²²³, nella quale si legge: “Nel contratto a favore di terzo (per la cui validità si richiede un interesse dello stipulante, ancorché di qualsiasi natura ed

²²¹ CORTE APP. MILANO, 10 marzo 1964, in *Foro italiano*, 1964, I, c. 1687; TRIB. SAVONA, 26 maggio 1961, in *Repertorio del Foro italiano*, 1961, voce *Servitù*, nn. 59-61.

²²² CASS., 28 novembre 1986, n. 7026, in *Massimario di Giustizia civile*, 1986, pag. 1988. Il riferimento al trasferimento o alla costituzione di un diritto reale richiama il tema della natura e conseguente disciplina del contratto costitutivo di servitù: OBERTO G., *L'oggetto della vendita in generale*, in *La vendita*, a cura di BIN M., vol. I, *La formazione del contratto. Oggetto ed effetti in generale*, Cedam, Padova, 1994, pag. 415 e ss.

²²³ CASS., 14 novembre 1986, n. 6688, in *Massimario di Giustizia civile*, 1986, fasc. 11.

anche di interesse di natura e quindi anche solo morale) non sussistono limiti in ordine alla qualità ed al contenuto della prestazione da rendersi al terzo, la quale può consistere in un dare, in un *facere* o in un *non facere* presente o futuro, o anche nella costituzione di un diritto reale. Pertanto, con detto contratto, ben può costituirsi una servitù prediale a vantaggio di un fondo altrui, purchè tale costituzione risponda ad un qualsiasi interesse (non necessariamente patrimoniale) dello stipulante.

Tra le altre: CASS., 13 febbraio 1993, n. 1842; CASS., 27 gennaio 1992, n. 855; CASS., 7 gennaio 1984, n. 104; CASS., 13 luglio 1983, n. 4778; CASS., 14 dicembre 1982, n. 6871²²⁴.

Anche se le pronunce giurisprudenziali citate hanno avuto quale oggetto della loro decisione la validità di una pattuizione relativa all'attribuzione in favore di un terzo di un diritto costitutivo di servitù, la Suprema Corte, con sentenza del 5 dicembre 1987, n. 9034²²⁵, ha fugato ogni dubbio in ordine poi all'ambito applicativo dell'istituto oggetto

²²⁴ CASS., 13 febbraio 1993, n. 1842, in *Massimario di Giustizia civile*, 1993, pag. 306; CASS., 27 gennaio 1992, n. 855, in *Massimario di Giustizia civile*, 1992; CASS., 7 gennaio 1984, n. 104, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1984, I, pag. 229; CASS., 13 luglio 1983, n. 4778, in *Foro italiano*, 1983, I, c. 3054; CASS., 14 dicembre 1982, n. 6871, in *Massimario di Giustizia civile*, 1982, pag. 2332.

²²⁵ CASS., 5 dicembre 1987, n. 9034, in *Banca Dati Iuris data*. La sentenza affronta, ribadendo la tesi positiva, il problema dell'ammissibilità del contratto preliminare a favore di terzo, sottolineando – si legge – “il carattere generale del riconoscimento che l'art. 1411 c.c. ha dato a questo tipo di contratto (cioè il contratto a favore di terzo)” e, dall'altra parte, ricordando ancora che “la prestazione da farsi al terzo può assumere il contenuto più vario, potendo consistere in un dare, in un *facere* e in un *non facere*”.

dell'approfondimento, ammettendo a favore del terzo l'attribuzione sia di diritti di natura reale sia di diritti potestativi.

Già da tempo si è notato²²⁶ che la posizione della giurisprudenza può essere stata agevolata dal fatto che, oggetto delle decisioni, erano pur sempre atti costitutivi di servitù, in relazione ai quali, in linea generale, l'esame del sacrificio del terzo beneficiario della stipulazione perde di significato pratico. Tale considerazione è però solo parzialmente vera: vi è infatti almeno questa pronuncia del 1987 nella quale il Supremo Collegio si è spinto ben oltre. Si legge infatti: sembra, allora, molto arduo – di fronte alla indiscriminata latitudine di contenuto che può assumere l'obbligazione a carico del promittente ed a favore del terzo e che può giungere fino al risultato di fargli acquistare un diritto reale – sostenere che la prestazione non possa consistere nell'impegno di concludere un contratto traslativo della proprietà di un bene immobile". La Corte, prosegue poi, affermando che: "Stante il carattere generale della previsione del contratto a favore di terzo *ex art. 1411 c.c.* è ammissibile la stipulazione di un contratto preliminare (di vendita di un bene immobile) a favore di un terzo, non ostandovi la mancata corrispondenza tra il soggetto che si impegna a comprare e quello che ha

²²⁶ Così già la prima stesura di SACCO R.-DE NOVA G., *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Torino, 1982, pag. 417, nota 10.

diritto di avvalersi dell'esecuzione *ex art. 2932 c.c.*. Ne consegue che il terzo a cui favore è prevista la stipulazione acquistando l'autonomo diritto consistente nella pretesa della stipulazione del contratto definitivo, in caso di inadempimento del promittente, può avvalersi della tutela di cui all'*art. 2932 c.c.* (ovvero in alternativa chiedere la risoluzione del contratto *ex art. 1453 c.c.*), sempre che abbia fornito la dimostrazione dell'adempimento dell'obbligazione di pagare (o di offrire) il prezzo, che resta a carico dello stipulante". Ecco quindi che la Corte sostiene l'esperibilità diretta da parte del terzo del rimedio di cui all'*art. 2932 c.c.*, risolvendo, con persuasivo argomentare, il problema correlato al comma II, del menzionato articolo (e, cioè, il necessario adempimento dell'obbligazione gravante sulla parte che invoca il trasferimento o, almeno, della relativa offerta nei modi di legge), facendo onere al terzo della prova di tale adempimento, od offerta da parte dello stipulante.

L'affermazione tradizionale della dottrina, che vede la posizione della Suprema Corte agevolata dai fatti concretamente oggetto di giudizio, merita quindi di essere rivista, avendo infatti la Cassazione chiaramente espresso un principio ben più lato ed incisivo rispetto a quello comunemente attribuitole: d'altra parte, i giudici hanno sempre

affermato e sostenuto, seppur nella quasi indifferenza della dottrina, l'assenza, nell'art. 1411 c.c., di limiti qualitativi e quantitativi alla prestazione da rendersi al soggetto terzo, estraneo alla stipulazione²²⁷.

Sempre in relazione alla natura della prestazione attribuibile a favore del terzo, CASS., 1 settembre 1994, n. 7622: “Nel contratto a favore di terzo il diritto del terzo è autonomo rispetto a quello dello stipulante e, anche se di natura reale, (nella specie servitù costituita in favore del terzo), può essere, pertanto, fatto valere contro il promittente anche in via indiretta, senza necessità dell'intervento in giudizio dello stipulante”; e poi, CASS. 11 maggio 2000, n. 6030: “Il titolo costitutivo di una servitù prediale può rivenirsi in un contratto cui abbia partecipato soltanto il proprietario del fondo servente, rispetto al quale il proprietario del fondo dominante abbia assunto la posizione di terzo favorito, non sussistendo nel contratto a favore di terzo limiti in ordine alla qualità e al contenuto della prestazione in favore del terzo, la quale può sussistere in un dare, in un *facere*, o in un *non facere* presente o futuro e anche nella costituzione di un diritto reale, purchè tale costituzione non corrisponda a un interesse anche non patrimoniale dello stipulante²²⁸.”

²²⁷ CASS., 28 novembre 1986, n. 7026, in *Massimario di Giustizia civile*, 1986, pag. 1988. La stessa affermazione si ritrova in CASS., 14 novembre 1986, n. 6688, in *Massimario di Giustizia civile*, 1986, fasc. 11; ed anche, CASS., 13 luglio 1983, n. 4778, in *Foro italiano*, 1983, I, c. 3054.

²²⁸ CASS., 1 settembre 1994, n. 7622, in *Massimario di Giustizia civile*, 1994, pag. 1122; CASS., 11 maggio 2000, n. 6030, in *Massimario di Giustizia civile*, 2000, pag. 911.

Andando poi ad analizzare l'ammissibilità del contratto d'opzione a favore del terzo, ritroviamo, innanzitutto, una sentenza della Suprema Corte del 5 giugno 1987, n. 4901²²⁹, in cui si legge: "l'opzione prevista dall'art. 1331 c.c. ha natura contrattuale, consistendo in un accordo in base al quale una parte si impegna a mantenere ferma una proposta per un certo tempo nell'interesse dell'altra parte. Pertanto è configurabile un'opzione per persona da nominare non essendovi ragione di fare eccezione al principio generale che ammette la stipulazione del contratto per persona da nominare (come quello pure a favore di terzo) in relazione a qualsiasi tipo di contratto, preliminare o definitivo, purchè l'oggetto della prestazione lo consenta". La giurisprudenza ammette sia la possibilità di stipulare un contratto preliminare a favore di un terzo, sia di contratti con efficacia traslativa a favore di un terzo, sebbene quest'ultima ipotesi ricorra di rado nella casistica.

Inoltre, a definitiva conferma dell'orientamento giurisprudenziale citato, merita una nota di approfondimento la più recente pronuncia della Corte di Cassazione dell' 1 dicembre 2003, n. 18321, che nuovamente affronta la questione concernente la determinazione dell'ambito applicativo dell'istituto del contratto a favore di terzi.

²²⁹ CASS., 5 giugno 1987, n. 4901, in *Foro italiano*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 257

5.1 Corte di Cassazione, sezione III civile, sentenza 1 dicembre 2003, n. 18321; I. Ghiotto c. V. Ghiotto

E' ammissibile il contratto preliminare di compravendita a favore di terzo, nonché quello di opzione a favore di terzo nel caso in cui il soggetto promittente, piuttosto che obbligarsi soltanto, nella forma del contratto preliminare bilaterale o unilaterale, con l'altro stipulante a prestare il consenso alla definitiva vendita di un suo bene a favore di un terzo, resti già vincolato alla propria dichiarazione di irrevocabile proposta contrattuale, sicchè al terzo beneficiario, libero di accettarla, basta la semplice accettazione perché a suo favore si producano gli effetti del contratto, per la conclusione del quale l'opzione è stata accordata (nella specie, è stata confermata la sentenza di merito che aveva qualificato come contratto a favore del terzo il patto con il quale le parti, nell'ambito di un contratto di compravendita di fondo immobiliare con annesso fabbricato, avevano convenuto che l'acquirente del fondo rimanesse obbligato a trasferire, per una determinata somma, una porzione dell'attuale barchessa compravenduta in favore degli eredi maschi del venditore per l'ipotesi in cui la restante proprietà di quest'ultimo fosse stata comunque trasferita a costoro, ed essi avessero inteso ivi costruire un garage per

una sola macchina: patto ritenuto valido ed efficace in virtù dell'accordo dei soli stipulanti, senza intervento del terzo beneficiario). Il diritto del terzo è autonomo rispetto a quello dello stipulante e può essere pertanto fatto valere contro il promittente anche in via diretta, senza necessità dell'intervento in giudizio dello stipulante; ne consegue che, a tale stregua, il terzo, a favore del quale sia stato convenuto il diritto di opzione per l'acquisto di un bene immobile, che non possa attuare il proprio diritto con la doverosa collaborazione del promittente, è direttamente legittimato a far valere nei confronti di costui la pretesa alla stipulazione del contratto di vendita in relazione al quale l'opzione è stata concessa. Ciò in relazione della regola generale secondo cui in caso di contratto a favore del terzo lo stesso acquista verso il promittente un personale diritto, dotato di autonomia e da lui direttamente azionabile, con la conseguenza che in caso di inadempimento della controparte, egli è protetto da analoga, autonoma azione, senza la necessità di chiedere l'ausilio dello stipulante, controparte del promittente.

Svolgimento del processo. – Con atto pubblico in data 9 dicembre 1969 Raffaele Ghiotto vendeva al figlio Italo Ghiotto un fondo di sua proprietà, in comune di Chiampo, con annesso fabbricato.

Con espressa clausola le parti stabilivano che, qualora la restante proprietà del venditore fosse stata in seguito comunque trasferita ai suoi eredi maschi e costoro avessero desiderato costruirsi un garage per una sola macchina, l'acquirente del fondo si obbligava a trasferire ad essi, a tale scopo, una porzione dell'attuale barchessa per la somma di lire diecimila.

Valerio Ghiotto, che in data 29 settembre 1973 aveva acquistato dallo stesso genitore la restante limitrofa proprietà, dopo aver invano offerto al fratello Italo Ghiotto la somma indicata al fine di ottenere la disponibilità dell'area per la suddetta costruzione, lo conveniva in giudizio perché l'adito Pretore di Arzignano lo dichiarasse tenuto, in forza della clausola di cui all'atto di vendita del 9 dicembre 1969, a trasferirgli la porzione della barchessa per la somma di lire diecimila.

Il convenuto contrastava la domanda ed assumeva che l'attore non era legittimato ad agire nei suoi confronti in base al contratto di cui non era parte; che l'azione era prescritta per la mancata dichiarazione del terzo di voler profittare della clausola a suo favore e per il mancato esercizio del diritto nei termini di legge; che l'invocata clausola doveva considerarsi implicitamente revocata, non essendo stata essa richiamata nel diverso successivo atto di acquisto stipulato dall'attore con il genitore; che la

tettoia era stata demolita con il consenso dello stesso attore, per cui l'obbligazione prevista a suo carico doveva ritenersi estinta per impossibilità, a lui non imputabile, della prestazione.

Il pretore rigettava la domanda nella considerazione che, essendo venuto meno per effetto delle demolizioni e delle nuove costruzioni l'oggetto dell'originaria obbligazione, questa era divenuta impossibile per il perimento della cosa.

Il Tribunale di Vicenza accoglieva l'impugnazione del soccombente e, con sentenza pubblicata il 20 maggio 1999, dichiarava Italo Ghiotto, che condannava alle spese del doppio grado del giudizio, obbligato a trasferire all'appellante quella porzione del terreno, sufficiente alla realizzazione di un garage per il ricovero di un'autovettura, che le parti d'accordo e per iscritto, avrebbero dovuto delimitare nell'area su cui già insisteva la barchessa.

I giudici d'appello consideravano che la clausola contrattuale controversa integrava lo schema del contratto a favore del terzo, nel quale l'indicazione del beneficiario era determinabile con riferimento ad eventi concorrenti futuri ed incerti, e che l'oggetto della prestazione era da ravvisare in una parte di un'area bene individuata, per cui le vicende relative alle preesistenti costruzioni su di essa erano irrilevanti rispetto

all'obbligazione assunta dall'acquirente e l'assenso del terzo alla demolizione della tettoia non implicava rinuncia al suo diritto.

Il Tribunale riteneva, inoltre, che il regime urbanistico di inedificabilità dell'area, impeditivi della costruzione del garage, non escludeva la possibilità di utilizzare il terreno come spazio destinato a parcheggio.

Per la Cassazione della sentenza ha proposto ricorso Italo Ghiotto, che affida l'impugnazione a quattro mezzi di doglianza.

Resiste con controricorso Valerio Ghiotto.

Le parti hanno presentato memoria.

Motivi della decisione. – Con il primo mezzo di doglianza – deducendo la violazione e la falsa applicazione delle norme di cui agli art. 1372, 1379, 1411 e 1421 c.c. – il ricorrente denuncia che il giudice del merito avrebbe errato nel qualificare come contratto a favore del terzo la clausola del contratto di vendita, intercorso tra lui ed il genitore.

Assume che, in forza della disciplina degli art. 1411 e ss. c.c. , dalla stipulazione in suo favore il terzo beneficiario acquista soltanto diritti (relativi o assoluti), che accrescono il suo patrimonio, senza che possano derivargli anche obblighi, giacchè in tal caso si resterebbe fuori del contratto a favore del terzo e si sarebbe in presenza di un contratto preliminare.

Rileva il ricorrente che è certo ammissibile la stipulazione di un contratto preliminare a favore del terzo, ma è incontrovertito che deve trattarsi di preliminare unilaterale, nel quale il beneficiario non è obbligato alla stipulazione del contratto definitivo e dal quale nascono obbligazioni a carico del solo promettente.

Aggiunge, altresì, che alla clausola contrattuale in questione non potrebbe essere attribuita neppure la valenza del patto di opzione, la cui struttura bilaterale presuppone un incontro di volontà espresse dei contraenti, laddove, nell'ipotesi di specie, il resistente non era stato parte del contratto contenente la clausola medesima.

Il motivo, che critica la qualificazione giuridica di contratto a favore del terzo attribuita dal giudice del merito alla stipulazione oggetto della clausola contrattuale e che non costituisce censura nuova rispetto a quelle esposte con il gravame d'appello, non può essere accolto.

Nella considerazione del carattere generale del riconoscimento che la norma dell'art. 1411 c.c. ha dato del contratto a favore di terzo, dottrina e giurisprudenza sono del tutto concordi nel ritenere che la prestazione a vantaggio del terzo può essere riferita alle varie situazioni consistenti in un dare, in un *facere*, ovvero in un *non facere*, sicchè, per la diversità di contenuto che può assumere l'obbligazione del promittente nei confronti

dello stipulante ed a favore del terzo, sino a consentire a quest'ultimo anche l'acquisto di un diritto reale, è ormai risalente l'affermazione di questo giudice di legittimità (CASS., 5 aprile 1974, n. 967; 5 dicembre 1987, n. 9034²³⁰), secondo cui deve ritenersi ammissibile il contratto preliminare di compravendita a favore di un terzo, trattandosi, in tal caso, di una particolare forma di *facere*, che si realizza con la prestazione di consenso alla stipulazione del futuro negozio traslativo della proprietà. Allo stesso modo, ed a maggior ragione, deve ritenersi ammissibile il contratto di opzione a favore di un terzo, nel caso in cui il soggetto promettente, piuttosto che obbligarsi soltanto (nella forma del contratto preliminare bilaterale o unilaterale) con l'altro stipulante a prestare il suo consenso alla definitiva vendita di un suo bene a favore di un terzo, resti già vincolato, per effetto del negozio bilaterale di opzione, alla propria dichiarazione di irrevocabile proposta contrattuale, sicché al terzo beneficiario, libero o meno di accettarla, basta la semplice accettazione perché a suo favore si producano gli effetti del contratto, per la conclusione del quale l'opzione è stata accordata.

Dottrina e giurisprudenza, del resto, ammettono concordemente che l'opzione può essere pattuita anche per persona da nominare, per cui,

²³⁰ CASS., 5 aprile 1974, n. 967, in *Foro italiano*, 1974, I, pag. 2698; CASS., 5 dicembre 1987, n. 9034, in *Foro italiano*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 363.

non ravvisandosi ostacoli di ordine logico o sistematico all'ammissibilità della stipulazione di opzione a favore del terzo, deve ritenersi del tutto corretta la qualificazione di contratto a favore del terzo del patto con cui il ricorrente rimaneva obbligato al trasferimento della porzione del terreno a beneficio del soggetto favorito.

Quanto al rilievo formulato col medesimo motivo di impugnazione (secondo cui sussiste contratto a favore del terzo quando il terzo, beneficiario della stipulazione in suo favore, acquista soltanto diritti, relativi o assoluti, con effetti incrementativi del suo patrimonio, ma non anche quando dalla stipulazione, cui è rimasto estraneo, dovessero a suo carico derivare obblighi di sorta, siccome sarebbe avvenuto nel caso di specie con la previsione di un prezzo da pagare in caso di esercizio positivo dell'opzione medesima), è evidente l'errore del ricorrente di assegnare al prezzo dell'alienazione dell'area la diversa qualificazione di speciale corrispettivo in denaro (c.d. premio), dovuto per il concesso diritto di opzione.

Premesso, infatti, che il diritto di opzione all'acquisto di un bene immobile costituisce indubbiamente un incremento della sfera giuridica patrimoniale del beneficiario, è evidente che sulla base del secondo contratto, che viene a perfezionarsi con la manifestazione di volontà del

contraente favorito, costui resta assoggettato alle obbligazioni che sorgono a suo carico, per cui, nella specie, l'obbligo di corrispondere l'importo previsto per la cessione dell'area non si pone in relazione all'acquisto del diritto di opzione, ma entra a far parte della struttura sinallagmatica del negozio successivo.

Inoltre, poiché il diritto di opzione costituiva l'oggetto della stipulazione a suo favore ai sensi dell'art. 1411, I comma, c.c., non è esatto l'altro rilievo del ricorrente, secondo cui il terzo avrebbe dovuto essere parte del contratto intercorso tra lui ed il genitore, posto che la validità e l'efficacia del patto di opzione richiedevano l'accordo dei soli stipulanti.

Con il secondo motivo di impugnazione – deducendo la violazione e la falsa applicazione delle norme di cui agli art. 1372, 1379 e 1411 c.c. e 100 c.p.c. – il ricorrente denuncia che, pure ammessa la configurabilità del contratto a favore del terzo, unico soggetto legittimato all'azione sarebbe stato l'originario venditore stipulante, il quale, peraltro, avrebbe potuto proporre soltanto la domanda diretta ad ottenere il risarcimento del danno e giammai quella di adempimento.

Precisa che il resistente non avrebbe potuto avvalersi di un contratto rispetto al quale era terzo e che era inidoneo ad attribuirgli l'azione esercitata.

Aggiunge che, anche configurando la clausola negoziale come attribuiva al terzo di prelazione convenzionale, gli effetti conseguenti (di natura obbligatoria e non reale) dovevano essere fatti valere dal genitore stipulante, del quale il resistente non aveva dichiarato di agire in sostituzione facendo valere la sua qualità di suo successore.

Il motivo non è fondato.

Il terzo, a favore del quale sia stato convenuto il diritto di opzione per l'acquisto di un bene immobile e che di detto autonomo diritto non può realizzare l'attuazione con la doverosa collaborazione del promittente, è direttamente legittimato a far valere nei confronti dello stesso promittente la pretesa della stipulazione del contratto di vendita, per il quale l'opzione è stata concessa.

La conclusione suddetta costituisce applicazione particolare della generale regola, del tutto pacifica in dottrina in tema di contratto *ex art.* 1411 c.c., secondo cui il terzo acquista verso il promittente un personale diritto dotato di autonomia e direttamente da lui azionabile, con la conseguenza che nel caso di inadempimento della controparte, egli è protetto da analogo autonoma azione, senza la necessità di chiedere l'ausilio dello stipulante, controparte del promittente.

Con il terzo motivo – deducendo la violazione e la falsa applicazione delle norme di cui agli art. 1346, 1418 e 1421 c.c. nonché l'insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia – il ricorrente censura l'impugnata decisione per il fatto che il giudice del merito aveva ritenuto sufficientemente determinato l'oggetto del contratto.

Assume che le indicazioni espresse dalle parti contraenti non consentivano di identificare né la superficie, né la cubatura, né la parte del terreno sulla quale il garage doveva essere costruito, il che comportava l'indeterminabilità, in concreto, del contenuto dell'obbligazione, con la conseguente nullità della clausola, rilevabile d'ufficio.

Anche detta censura non può essere accolta.

Il giudice del merito, nella interpretazione della clausola concernente il patto di opzione, ne ha determinato il contenuto nel senso che il promittente ed il terzo, quando costui ne avesse fatto richiesta, avrebbero proceduto di comune accordo e per iscritto a delimitare, nell'ambito del più ampio fondo, un'area sufficiente ed idonea per la realizzazione (di) un posto auto coperto.

Ha precisato, inoltre, che le parti non avevano inteso che fosse trasferita la barchessa o una sua parte, ma avevano piuttosto voluto significare che la superficie, dalla quale bisognava operare il distacco per la creazione del posto macchina, doveva essere quella sulla quale al momento insisteva la barchessa medesima.

La definizione del contenuto e della portata di una clausola contrattuale rientra nei compiti esclusivi del giudice di merito e si risolve in un apprezzamento di fatto, che, se sorretto da logica ed esauriente motivazione immune da errori giuridici, sfugge al controllo in sede di legittimità.

Nella specie, essendo tutt'altro che illogica e contraddittoria l'identificazione dell'oggetto del futuro contratto nella concessione su una determinata area della minore superficie sufficiente alla sosta di una sola autovettura, non sussiste la denunciata violazione della norma dell'art. 1346 c.c. per indeterminabilità dell'oggetto del contratto.

La determinazione concordata della suddetta superficie, rimessa ad un momento successivo alla conclusione del contratto, costituisce elemento che rende determinabile l'oggetto della prestazione, dovendosi intendere che i contraenti si siano rimessi al criterio dell'equo apprezzamento, criterio che, in difetto di accordo, potrà essere applicato dal giudice.

Con l'ultimo mezzo di doglianza – deducendo la violazione e la falsa applicazione della norma di cui all'art. 1256 c.c. nonché l'insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia – il ricorrente censura l'impugnata decisione per non avere il giudice del merito considerato che, in virtù del divieto imposto dallo strumento urbanistico del comune, era rimasta preclusa l'edificabilità dell'area dalla quale doveva essere ricavata la superficie da adibire a garage, per cui il *factum principis* avrebbe comportato l'impossibilità giuridica della prestazione non imputabile al debitore, la quale vale ad estinguere o, comunque, apporre in istato di quiescenza l'obbligazione.

L'infondatezza anche dell'ultimo motivo di impugnazione si collega all'accertata identificazione dell'oggetto della prestazione del ricorrente nella cessione di un'area sufficiente alla sosta di un'autovettura e detta prestazione non è certamente divenuta impossibile in conseguenza delle limitazioni dell'edificabilità dell'intera superficie sulla quale insisteva la barchessa.

Sul punto la motivazione del tribunale è del tutto chiara nella espressa precisazione che il limite urbanistico graverà sul nuovo proprietario, abilitato intanto ad utilizzare lo spazio, del quale ha diritto di disporre, come parcheggio nello stato in cui si trova, con la facoltà in seguito di

operarne la trasformazione in costruzione se le eventuali modifiche dello strumento urbanistico dovessero consentirglielo.

Il ricorso, pertanto, è rigettato (il ricorrente è condannato a pagare le spese del presente giudizio di legittimità nella misura liquidata in dispositivo).

6. Le conclusioni della giurisprudenza e della dottrina

La Suprema Corte, argomentando in modo esaustivo, con la sentenza in oggetto, giunge alla conclusione che la clausola controversa si sostanzia nella nascita di un diritto potestativo in capo al controricorrente, e, quindi, ritiene ammissibile la figura del contratto di opzione a favore di terzo.

Esclude, pertanto, la possibilità che possa trattarsi di un preliminare unilaterale a favore di terzo, sul presupposto che il soggetto promittente non si è semplicemente obbligato con l'altro stipulante a prestare il suo consenso alla definitiva vendita del suo bene al terzo, ma resti già vincolato alla propria dichiarazione per effetto dell'opzione.

La Suprema Corte esclude, altresì, la possibilità di considerare la clausola controversa come prelazione convenzionale, sul presupposto che la parte promittente si sia obbligata non a preferire un determinato soggetto in caso di vendita del proprio bene, bensì a trasferire il suo bene²³¹.

Una volta affermato che la clausola in oggetto realizzi un'ipotesi di contratto di opzione a favore di terzo, e, quindi, ammessa la sua configurabilità, è necessario sottolineare alcuni aspetti di tale figura negoziale. In particolare, bisogna interrogarsi sulla compatibilità del particolare tipo di diritto nascente in capo al terzo a seguito della stipulazione di tale fattispecie negoziale con lo schema di cui all'art. 1411 c.c..

Normalmente, nella dinamica negoziale del contratto a favore di terzo, nasce a favore di quest'ultimo un diritto di credito che egli vanta nei confronti del promittente; nel caso in questione, invece, a suo favore nasce un diritto potestativo, con tutte le caratteristiche proprie. La nascita in capo al terzo di un diritto potestativo, anziché dell'usuale diritto di credito, non rappresenta un ostacolo all'applicabilità dello schema di cui all'art. 1411 c.c.. Infatti, ciò che conta è che in capo al terzo sorgano

²³¹ DI LORENZO L., *Ammissibilità del contratto di opzione a favore di terzo*, nota a CASS., sez. III, 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Notariato*, 2005, pag. 147 e ss..

diritti che accrescano il suo patrimonio, ed il diritto potestativo è sicuramente uno di questi. Anzi, rispetto al diritto di credito, il diritto potestativo rappresenta un *amplius*, non necessitando della collaborazione del debitore per la soddisfazione dell'interesse del creditore. Per tale via, dunque, la categoria dei diritti soggettivi che possono attribuirsi al terzo attraverso l'istituto in esame risulta ulteriormente ampliata. D'altronde, la dottrina e la giurisprudenza hanno ammesso che il terzo possa acquistare anche diritti reali.

Inoltre, dal punto di vista del promittente, quest'ultimo, nel porre in essere un'opzione a favore del terzo, sa a cosa si obbliga, e, sebbene versi in uno stato di soggezione, realizza comunque un proprio interesse, che sarà economico, qualora sia previsto in suo favore un c.d. premio, oppure liberale, qualora manchi un corrispettivo.

Infine, proprio dal punto di vista sistematico, non sarebbe possibile ritenere che il diritto nascente a favore del terzo sia un mero diritto di credito, poiché così facendo si darebbe vita ad un'inammissibile ed indimostrata *deminutio* rispetto alla normale natura del diritto scaturente dall'opzione. In altri termini, poiché l'istituto di cui all'art. 1411 c.c. ha un carattere di schema generale che si concreta nell'apposizione di una clausola ad uno specifico contratto, non sarebbe possibile riconoscergli il

potere di snaturare il negozio cui accede, ciò che, invece, avverrebbe se si ritenesse che dalla fattispecie in oggetto debba necessariamente nascere a favore del terzo un diritto di credito, anziché un diritto potestativo.

Da quanto rilevato, possiamo riassumere dicendo che la figura del contratto a favore del terzo, avendo carattere generale, può essere applicata ad ogni tipo negoziale, compreso il contratto di opzione²³². E', pertanto, ammissibile il contratto di opzione a favore del terzo. In questa fattispecie avremo una parte, il promittente, che si obbliga nei confronti di un'altra, lo stipulante, a tenere ferma, eventualmente dietro un corrispettivo (il premio), e per un tempo determinato, una proposta contrattuale a favore di un terzo, il quale sarà tenuto alla semplice dichiarazione di voler profittare della stipulazione affinché si producano a suo favore gli effetti del contratto, per la conclusione del quale l'opzione è stata accordata²³³. Ove, appunto, egli accetti, il contratto principale oggetto della suindicata proposta contrattuale sarà concluso non dai contraenti l'opzione, ma dal terzo e dal contraente

²³² FORCHIELLI P., *Patto di opzione e pactum de contraendo cum terbio*, in *Giurisprudenza italiana*, 1948, I, 1, pag. 109 e ss; DE MARTINI A., *Opzione, proposta ferma, patto di prelazione, pactum de contraendo*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1947, III, pag. 403 e ss..

²³³ GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.; REGOLI F.A., *Brevi osservazioni in tema di efficacia reale del contratto a favore di terzo nei suoi rapporti con il patto di opzione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, n. 2, pag. 463.

unilateralmente obbligato²³⁴. In altri termini, nella fattispecie in oggetto, il diritto potestativo nascente dal contratto di opzione andrà a beneficiare non una delle parti cui esso è imputabile, bensì un terzo, il quale ne sarà titolare sin dal momento della pregressa stipulazione in suo favore, salvo la facoltà di rifiuto²³⁵.

Le considerazioni esposte portano a concludere che lo schema del contratto a favore di terzi costituisce la base, unitamente ad una serie di altri indici di diritto positivo, da cui desumere la vigenza, nel nostro ordinamento, della regola secondo la quale sarebbero solo le modificazioni di carattere negativo della sfera giuridica del terzo a rimanere precluse.

Pare pertanto potersi affermare e condividere la generale e riconosciuta ammissibilità della stipulazione a favore del terzo, qualora apporti allo stesso un beneficio (non necessariamente patrimoniale).

Infatti, come esposto, l'orientamento dottrinale prevalente e la giurisprudenza concordemente affermano che non esistono limiti riguardanti la qualità ed il contenuto dell'attribuzione del terzo, riconoscendo così alla fattispecie un ambito applicativo esteso all'ipotesi

²³⁴ CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pag. 283 e ss..

²³⁵ JANNUZZI A., *Proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a TRIB. MANTOVA, 24 agosto 1948, in *Foro Italiano*, 1949, I, pag. 179; CATAUDELLA A., *Contratto d'opzione e procedimento di formazione del contratto preliminare*, nota a CASS., 15 gennaio 1965, n. 84, in *Scritti sui contratti*, a cura di CATAUDELLA A., Milano, 1998, pag. 1 e ss..

in cui al terzo siano attribuiti sia diritti di credito sia diritti potestativi e diritti traslativi, qualora il loro acquisto, appunto, si traduca in un beneficio a favore dello stesso.

7. I problemi specifici dell'opzione a favore di terzo

Quando ci si accinge a riflettere circa il regolamento normativo destinato a governare l'ipotesi dell'opzione a favore di terzo bisogna puntualizzare più di un aspetto.

Così, e d'uopo anzitutto precisare che, di fronte alla fattispecie in parola, ben distinte dovranno essere tenute la dichiarazione del terzo-opzionario, *ex art. 1411, comma II, c.c.*, di voler profittare della stipulazione in proprio favore e, rispettivamente, la dichiarazione dello stesso soggetto, con la quale questi eserciti il diritto scaturente dal patto di opzione, in tal modo facendo sì che si perfezioni il contratto finale. E se è ben evidente come un tale atto di esercizio non potrà che assumere, altresì, un valore di concludenza in ordine alla volontà dell'opzionario di far proprio in via definitiva il beneficio ricevuto (potendosi, in tal caso, solo dubitare, dato

che – come si evince dal cpv. dell’art. 1411, seconda frase, c.c. – l’adesione del terzo ha carattere recettizio anche nei confronti dello stipulante, se la revoca sia possibile pur dopo che il diritto di opzione sia stato consumato e fino a che di ciò lo stesso stipulante non sia stato messo a parte), per contro la mera dichiarazione volta a rendere irrevocabile la stipulazione è del tutto neutra rispetto all’eventuale successivo esercizio dell’opzione.

In secondo luogo, sembra che, sempre in relazione alla fattispecie in discorso, occorra capovolgere la regola sancita dall’ultimo comma dell’art. 1411 c.c., in base alla quale, quando intervengono la revoca dello stipulante o il rifiuto del terzo di profittare dell’attribuzione a lui diretta, dovrà intendersi che questa rimanga, in linea di massima, a beneficio del primo di tali soggetti. Una simile regola, essendo invero dettata con specifico riguardo al caso in cui il terzo sia reso acquirente di un diritto di credito, si conforma al principio secondo il quale la persona del creditore è da considerare di solito irrilevante per il soggetto passivo del rapporto: tanto che il consenso di quest’ultimo non rientra, di norma, tra gli elementi necessari ai fini del trasferimento della posizione creditoria²³⁶. Quando però quello assegnato al terzo, mediante la

²³⁶ DELLE MONACHE S., *Sulla figura del patto di opzione a favore di terzi*, in *Rivista del notariato*, 2005, vol. II, pag. 765 e ss..

stipulazione *ex art.* 1411 c.c., sia il diritto di costituire (una fattispecie e dunque) un rapporto contrattuale, pare di dover concludere che, non potendo considerarsi indifferente, almeno di regola, per la parte vincolata che detto rapporto si instauri con tale terzo ovvero con lo stipulante, il subentrare (per dir così) di quest'ultimo nella titolarità del diritto d'opzione possa aver luogo soltanto se ciò sia previsto dal relativo patto concluso secondo lo schema del contratto a favore di terzi.

Un'altra disposizione normativa che genera delle perplessità se riferita alla particolare ipotesi qui in esame è quella recata dall'art. 1413 c.c., a mente del quale il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto da cui questi deriva il suo diritto. Ora, è ben chiaro come una tale regola appaia perfettamente comprensibile rispetto al caso in cui, mediante l'accordo contrattuale, al terzo sia attribuito un diritto di credito; laddove essa sembra invece non potersi in alcun modo applicare quando il lato passivo del rapporto costituito tra promittente e terzo sia rappresentato da una situazione di mera soggezione: se il soddisfacimento dell'interesse del titolare del diritto non richiede lo svolgersi di alcun comportamento del soggetto passivo, neppure potrà farsi questione dell'opponibilità di eccezioni di sorta da parte di quest'ultimo. Peraltro, se quanto appena è stato sottolineato certo non

può revocarsi in dubbio, sembra nondimeno di poter affermare che il menzionato art. 1413 c.c. non sia privo di rilievo rispetto alla fattispecie oggetto della presente riflessione, esso guadagnandosi pur sempre uno spazio di operatività con riferimento alla fase dell'ormai avvenuta costituzione del rapporto contrattuale definitivo per effetto dell'esercizio dell'opzione. Con riguardo a detta fattispecie, l'art. 1413 c.c. pare potersi intendere quale disposizione che, stante il collegamento esistente tra patto d'opzione e contratto finale, consente al *promittens* di utilizzare le eccezioni fondate su tale patto al fine di rifiutare la prestazione dovuta al terzo in base al rapporto contrattuale oramai con questo costituitosi. In proposito, si pensi segnatamente all'ipotesi in cui, essendo stata concessa l'opzione (al terzo) a titolo oneroso, lo stipulante non ne abbia però pagato il corrispettivo²³⁷.

Infine, su di un ultimo problema bisogna soffermarsi a conclusione di queste argomentazioni a margine della sentenza citata, problema che si sostanzia nell'interrogativo se il contratto a favore di terzi, quando abbia un contenuto come quello di cui si è detto, assuma la natura di una dichiarazione recettizia in confronto del soggetto a cui è destinato il beneficio. Per vero, circa la non recettizietà, rispetto al beneficiario, della

²³⁷ Allorché l'eccezione – occorre peraltro aggiungere – dipenda da un vizio che incide sul contenuto tipico del patto, quale è dato dalla proposta contrattuale, così, ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA G e ZATTI P., Milano, 2001, pag. 161 e ss..

fattispecie contemplata dall'art. 1411 c.c. sembra che in generale non sia dato nutrire alcun dubbio, e ciò a motivo dell'incidenza favorevole della stipulazione a favore di terzi sulla sfera giuridica altrui: in base agli studi più approfonditi in materia, nel silenzio della legge devono intendersi avere carattere recettizio soltanto le dichiarazioni, tra quelle rispetto a cui l'elemento dell'altrui conoscenza non si giustifica in ragione della particolare configurazione teleologica dell'atto, che determinano una conseguenza di tipo negativo nella sfera del terzo. Senonchè vi è un'altra categoria di dichiarazioni con riguardo alle quali la recettizietà dipende invece dallo stesso modo d'essere dell'atto, giacchè questo non potrebbe realizzare la propria funzione pratica se non fosse indirizzato e ricevuto dal terzo: ed è precisamente tra tali ultime dichiarazioni che viene annoverata, in particolare, la proposta contrattuale²³⁸. Ebbene, qualunque cosa si pensi del patto d'opzione dal punto di vista della sua struttura²³⁹, sembra chiaro che, allorquando esso sia concluso secondo lo schema delineato dall'art. 1411 c.c., la dichiarazione del concedente, al pari di quanto deve dirsi, in generale, per la proposta di contratto, non potrà vedere attuato il proprio fine pratico se non a condizione di essere resa

²³⁸ GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, pag. 29 e ss. e 42 e ss..

²³⁹ In argomento, nella letteratura più recente, ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA G. e ZATTI P., Milano, 2001, pag. 161 e ss.; BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vo. III, pag. 261 e ss.; SACCO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritti civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1975, vol. VI, t. 2, pag. 194 e ss..

conoscibile al terzo opzionario, quale soggetto da cui ci si attende che la valuti, decidendo poi sulla convenienza dell'affare. Sicchè, nella specie, della stipulazione a favore di terzi pare di dover assumere senz'altro la natura di atto recettizio nei confronti appunto del destinatario del beneficio.

8. Contratto preliminare unilaterale a favore del terzo, opzione di contratto a favore di terzo, contratto di opzione per persona da nominare.

Evidenziamo alcuni aspetti pratici che governano lo schema normativo destinato a regolamentare la fattispecie giuridica in esame.

Innanzitutto, il contratto di opzione a favore del terzo costituisce una fattispecie autonoma che non deve essere confusa con la fattispecie parimenti autonoma, ma distinta, del contratto preliminare unilaterale a favore del terzo. Infatti, sebbene anche questa seconda ipotesi preveda, quale proprio elemento costitutivo, che un soggetto si obblighi unilateralmente nei confronti di un terzo, tuttavia, la differenza fondamentale sta nella diversa natura del diritto che le due figure fanno

sorgere in capo al terzo; infatti, dalla stipulazione del preliminare (eventualmente bilaterale) a favore del terzo, questi acquisterà, verso il promittente, non un diritto potestativo, bensì un diritto di credito ad ottenere il consenso alla stipula del contratto definitivo, ed il promittente sarà tenuto nei suoi confronti ad un obbligo di collaborazione²⁴⁰.

Viceversa, lo schema normativo del patto di opzione a favore di terzi conferisce in capo al terzo beneficiario un diritto potestativo esercitabile nei confronti del concedente, il quale, essendo tenuto ad una mera soggezione, nulla dovrà fare affinché il beneficiario consegua la soddisfazione del proprio interesse (non dovrà fare altro che esercitare tale diritto), essendo sufficiente, per perfezionare il contratto finale allo stesso attribuito, la dichiarazione del terzo di voler beneficiare della pattuizione.

Tuttavia, è bene precisare, che il terzo, qualora intenzionato a beneficiare della pattuizione posta in essere in suo favore, sarà tenuto ad effettuare non una, bensì due diverse e distinte dichiarazioni: la prima, ai sensi dell'art. 1411, comma II, comma 2, c.c., per manifestare l'intenzione di volere profittare della stipulazione predetta; la seconda, invece, per

²⁴⁰ PEREGO E., *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a CASS., 6 aprile 1981, n. 1944, I, pag. 2274; DI LORENZO L., *Ammissibilità del contratto di opzione a favore di terzo*, nota a CASS., 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Notariato*, 2005, pag. 147 e ss..

esercitare il diritto oggetto del patto di opzione e per conseguentemente perfezionare il contratto finale.

In secondo luogo, si rammenta poi, che la disposizione di cui all'art. 1411 c.c. prevede che in caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto. Autorevoli autori rilevano che tale disposizione, risultando dettata con specifico riguardo alla fattispecie in cui al terzo sia attribuito un diritto di credito, si conforma al principio generale secondo cui la persona del creditore è irrilevante ed indifferente al soggetto passivo del rapporto, il cui consenso non è di norma previsto quale elemento condizionante ai fini del trasferimento della posizione creditoria.

Gli autori medesimi sostengono, quindi, che nella diversa ipotesi in cui al terzo sia attribuito, ai sensi dell'art. 1411 c.c., il diritto di costruire un rapporto contrattuale, non possa considerarsi parimenti indifferente per la parte vincolata che detto rapporto si instauri con tale terzo, ovvero con lo stipulante. Conseguentemente, ritengono che lo stipulante possa legittimamente divenire titolare del diritto di opzione solo qualora

espressamente previsto dal relativo patto concluso secondo lo schema del contratto a favore di terzi²⁴¹.

Il patto di opzione a favore di terzo, inoltre, non va confuso con l'opzione di contratto a favore di terzo.

L'autentica opzione a favore del terzo ha natura di contratto che attribuisce al terzo il diritto di accettare la proposta ferma. In tal caso, in altri termini, il contratto principale risulterà concluso non tra i contraenti dell'opzione, ma tra il terzo, qualora voglia concludere il contratto, ed il contraente unilateralmente obbligato.

Diversa è la figura dell'opzione di contratto a favore del terzo, la quale non è a sua volta un contratto a favore del terzo, in quanto nessun diritto attribuisce nell'immediato al terzo. In pratica, attraverso tale patto vi è una parte che obbligandosi unilateralmente, fa una proposta irrevocabile ad un'altra parte, che è libera di accettare la stipulazione di un contratto, i cui effetti si produrranno a favore di un terzo; pertanto, la proposta irrevocabile oggetto dell'opzione dovrà essere accettata dal contraente opzionario, e mai dal terzo, come avviene, invece, nel patto di opzione a favore del terzo²⁴².

²⁴¹ BIAVASCHI D., *Il contratto di opzione a favore di terzi*, in *Ventiquattrore avvocato*, 2006, fasc. 9, pag. 20 e ss..

²⁴² DI LORENZO L., *Ammissibilità del contratto di opzione a favore di terzo*, nota a CASS., 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Notariato*, 2005, pag. 147 e ss..

E' ritenuta ammissibile anche, come abbiamo già accennato, l'ipotesi di contratto di opzione per persona da nominare. In tal caso il beneficiario dell'opzione (c.d. opzionario o oblato) ha il potere di accettare per sé o per altra persona che verrà nominata ai sensi degli art. 1401-1405 c.c.²⁴³.

Riguardo a tale argomento, la Cassazione, sebbene in una vecchia pronunzia, ha affermato che in una ipotesi del genere la dichiarazione di accettazione dell'opzione può essere fatta sia dal contraente opzionario, sia anche direttamente dal nominato, purchè la dichiarazione di nomina abbia avuto luogo prima della scadenza del termine²⁴⁴. Ancorché si dica che in tale fattispecie il concedente tratti alla cieca, nulla osta alla efficacia di tale convenzione, sul presupposto che ciò avviene in tutte le contrattazioni per persona da nominare.

Ovviamente tale fattispecie non sarà configurabile quando l'opzione ha ad oggetto appalti, mandati, o società di persone, mentre si ricorrerà a tale strumento per quegli scambi in cui la prestazione del terzo da nominarsi è fungibile e non scade oltre la prestazione dell'offerente²⁴⁵.

²⁴³ SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Bologna, 1970, vol. IV, pag. 140 e ss..

²⁴⁴ CASS. 28 febbraio 1947, n. 293

²⁴⁵ CASS., 5 giugno 1987, n. 4901, in *Foro italiano*, 1987, voce *Contratto in generale*, n. 257.

III CAPITOLO

La prelazione, il contratto preliminare e l'opzione nelle società di capitali

1. Opzione e figure affini

Nella pratica si danno le ipotesi più disparate di formazione del contratto, in cui una delle parti rimane in vario modo vincolata di fronte al potere di decisione attribuito all'altra sulla conclusione del contratto, o anche su una sua modalità essenziale. Nell'ambito delle quali, ed in concreto, l'opzione può sempre identificarsi in base ad una indagine di fatto, intesa a stabilire se vi è stato un accordo sul punto, che la proposta sia tenuta ferma in attesa che l'altra parte eserciti il suo diritto di scelta²⁴⁶.

Ma è possibile prospettare un discorso riguardo alla differenziazione tra l'opzione e talune fattispecie peculiari, che offrono elementi di analogia più o meno significativi, e che risultano di volta in volta previste e

²⁴⁶Per talune interessanti fattispecie dibattute in giurisprudenza, DE MARTINI A., *Opzione, proposta ferma, patto di prelazione, pactum de contraendo*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1947, vol. III, pag. 403 e ss.; DISTASO N., *I contratti in generale*, Torino, Utet, 1980, vol. I, pag. 423 e ss.; FORCHIELLI P., *Patto di opzione e pactum de contraendo, cum terbio*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, I, 1, pag. 109 e ss..

disciplinate dalla legge, o emergono come patti tipici dalla prassi degli affari²⁴⁷.

Il patto di opzione, il patto di prelazione ed il contratto preliminare (specie quando è unilaterale), pur essendo figure giuridiche che all'occhio dell'esperto giurista si presentano con caratteristiche ben delimitate e precise, appartengono alla comune categoria dei vincoli pre-negoziali cosicchè l'uso di una terminologia impropria in sede di stipula può con una certa facilità causare notevoli difficoltà di interpretazione.

2. La Prelazione. Profili distintivi tra opzione e prelazione

Pur rientrando nel novero degli accordi inerenti la formazione del contratto in funzione preparatoria di esso e sebbene presenti identità di disciplina in tema di forma, di non opponibilità ai terzi e di tutela soltanto risarcitoria del prelazionario pretermesso, la prelazione convenzionale si distingue nettamente dall'opzione, ancorchè la

²⁴⁷GENOVESE A., *Il contratto di opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, vol. I, pag. 184 e ss.; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1987, vol. XXI, t. 1, pag. 479 e ss..

delimitazione concettuale non possa ritenersi costante tanto che spesso le due figure sono assimilate nella prassi²⁴⁸.

Il patto di prelazione, patto che ricorre frequentemente, anche se non contemplato da alcuna norma di portata generale, è un accordo con il quale un soggetto (il promittente), si obbliga nei confronti di un altro soggetto (il prelazionario) a preferire quest'ultimo, a parità di condizioni, rispetto a terzi, nel caso in cui si decida a stipulare un dato contratto²⁴⁹.

Al termine prelazione, nel linguaggio giuridico, non viene attribuito un significato univoco, ricollegandosi ad essa almeno due distinte definizioni. Secondo la prima, il concetto di prelazione afferisce alla disciplina del credito ed indica la posizione di preferenza accordata, direttamente dalla legge (come nei privilegi e nell'ipoteca legale) o tramite una convenzione intervenuta tra le parti (come nei casi del pegno e dell'ipoteca convenzionale), ad un determinato creditore, rispetto agli altri, sul patrimonio del debitore. In base ad una diversa accezione, la prelazione indica il diritto di un soggetto ad essere preferito ad altri, a parità di condizioni, nella conclusione di un determinato contratto. Da quest'ultima e più precisa nozione si desume che la prelazione, pur

²⁴⁸BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *Trattato dei Contratti*, a cura di RESCIGNO P. e GABRIELLI E., vol. VII, t. 1, Utet, 2007, pag. 281 e ss..

²⁴⁹BIANCA C.M., *Il Contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss.; LEO F., *Spunti in tema di contratto a favore del terzo e patto d'opzione*, Nota a CASS., 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Vita notarile*, 2004, fasc. 3, pag. 1437 e ss..

attribuendo una posizione di vantaggio al soggetto che ne è titolare (preferito o prelazionario), non pregiudica la libertà del soggetto obbligato a preferire, né quanto alla conclusione del futuro ed eventuale contratto, né quanto al contenuto dello stesso, non essendo costui obbligato a contrarre, ma solo a preferire alle condizioni da lui stesso stabilite²⁵⁰. La parità di condizioni tra un eventuale terzo (che voglia stipulare lo stesso contratto) ed il prelazionario è un elemento essenziale e caratterizzante dell'istituto e comporta, sia l'esclusione dei negozi a titolo gratuito (in quanto la scelta del beneficiario è di carattere personale), sia la necessaria fungibilità della controprestazione, nel senso che essa deve poter essere effettuata, oltre che dal terzo, anche dal preferito²⁵¹. La nostra attenzione è per questa seconda accezione di prelazione, attinente alla materia del contratto in generale a differenza della prima, attinente alla tutela del credito.

Siffatta convenzione può essere inserita nell'ambito di un contratto (ad esempio in una compravendita: ti vendo questo appartamento, ma se tu lo vorrai rivendere mi dovrai preferire) costituendo, così, un patto accessorio nel complessivo regolamento di un più ampio rapporto (e di solito così accade).

²⁵⁰GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pag. 864 e ss..

²⁵¹MOSCARINI L.V., voce *Prelazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, vol. XXXIV, pag. 981.

La prelazione, poi, può sorgere anche come contratto autonomo, in un atto a sé stante (Tizio già proprietario dell'immobile Alfa, stipula una convenzione con Caio in base alla quale questi deve essere preferito nell'acquisto del predetto immobile, qualora Tizio decida di alienarlo) e in tale ultimo caso, può essere sia a titolo oneroso che a titolo gratuito²⁵², a seconda che il promissario paghi o non un corrispettivo per la preferenza accordatagli²⁵³.

La prelazione volontaria, infine, può derivare non solo da un contratto, ma anche da un negozio a causa di morte. In tal caso, si avrà un legato obbligatorio a favore del prelazionario, al quale viene attribuito il diritto di essere preferito nella stipulazione di un determinato contratto qualora l'erede (o il legatario, in caso di sublegato: art. 662, I comma) decida di concludere proprio quel contratto.

²⁵²Quando la prelazione è costruita come contratto autonomo, occorre individuare se sussiste o non una causa adeguata. Essa evidentemente sussiste quando sia previsto un corrispettivo a carico del prelazionario; perplessità, invece, si manifestano ove il corrispettivo manchi. Parte della dottrina (SARASSO C., *Lineamenti del patto di prelazione*, Milano, 1968, pag. 14; GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, pag. 319, nota 92, nonché in voce *Prelazione (patto di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XXIII, pag. 3.) ritiene che, se c'è spirito di liberalità nel promittente, si ha una donazione obbligatoria ex art. 769 (con conseguente onere di forma a pena di nullità). Altra dottrina (BONILINI G., *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, pag. 95 e ss; GUIOTTO A., *La qualificazione*, in *La prelazione volontaria*, Milano, 1993, pag. 43.), però, osserva che è difficile parlare di donazione in quanto manca l'arricchimento del prelazionario: costui acquisisce un vantaggio, ma non può dirsi che il suo patrimonio si sia arricchito; pertanto, è preferibile inquadrare la fattispecie in un contratto gratuito atipico. La giurisprudenza, per contro, non sembra porsi questo problema, se non in una sentenza piuttosto datata (CASS., 28 gennaio 1955, n. 223, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, pag. 1.) in cui si equipara il patto di prelazione a titolo gratuito ad un mero negozio di cortesia il cui adempimento, pertanto, non comporta sanzioni giuridiche, ma solo riprovazione sociale per un comportamento scortese. In altre sentenze (CASS., 15 gennaio 1957, n. 79, in *Giurisprudenza Siciliana*, 1959, II, pag. 65; CASS., 28 giugno 1952, n. 1921, in *Giurisprudenza Italiana*, 1952, I, 1, col. 617.) si afferma che il patto di prelazione a titolo gratuito può essere perfezionato secondo lo schema dell'art. 1333, per cui non sarebbe necessaria l'accettazione del prelazionario per il suo perfezionamento, bastando un mancato rifiuto nei termini.

²⁵³E' anche possibile una prelazione a favore del terzo.

Il patto di prelazione non è espressamente previsto nel nostro ordinamento come figura generale; solo in relazione al contratto di somministrazione, precisamente all'art. 1566, si dispone “che il patto con cui l'avente diritto alla somministrazione si obbliga a dare la preferenza al somministrante nella stipulazione di un successivo contratto per lo stesso oggetto, è valido purchè la durata dell'obbligo non ecceda il termine di cinque anni. Se è convenuto un termine maggiore, questo si riduce a cinque anni. L'avente diritto alla somministrazione deve comunicare al somministrante le condizioni propostegli da terzi e il somministrante deve dichiarare, sotto pena di decadenza, nel termine stabilito o, in mancanza, in quello richiesto dalle circostanze o dagli usi, se intende valersi del diritto di preferenza”.

La sua funzione ed effetto non sono quelli di fondare e regolare la conclusione di un contratto di un certo contenuto (definitivo o principale, che dir si voglia), bensì di determinare una situazione preferenziale per l'altra parte in vista del suo interesse, a partecipare al contratto, qualora venga ad esistenza²⁵⁴.

Questa funzione giustifica causalmente il patto, che può quindi considerarsi validamente stipulato anche senza che sia previsto un

²⁵⁴SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Zanichelli, Bologna, 1970, vol. IV, pag. 140 e ss.; RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1971, pag. 46 e ss..

corrispettivo a carico del prelazionario. L'assunzione dell'obbligo di prelazione gratuita non richiede l'accettazione, essendo sufficiente il mancato rifiuto del promissario.

Si tratta di un accordo che esige la stessa forma del contratto per il quale è concesso il diritto di prelazione²⁵⁵, diritto che, a sua volta, non è autonomamente cedibile senza il consenso del concedente (in applicazione del principio che tutela l'interesse del contraente a non vedersi imposta come controparte una persona diversa da quella originariamente prescelta)²⁵⁶, e che, secondo l'opinione preferibile, non può essere concesso per un tempo eccessivamente lungo o in perpetuo²⁵⁷.

La prelazione immobiliare richiede pertanto la forma scritta. Anche se il patto non ha il contenuto di un preliminare²⁵⁸, esso comporta pur sempre l'assunzione di un impegno negativo in ordine all'alienazione di un immobile.

²⁵⁵BIANCA C.M., *Il Contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss. E CASS., 23 gennaio 1975, n. 265.

²⁵⁶E' questa l'opinione del BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss., il quale però ammette che l'interpretazione del patto può deporre nel senso della cedibilità del diritto di prelazione. Per la trasmissibilità *mortis causa* del diritto di prelazione si è pronunciata la CASS., 16 ottobre 1954, n. 379, in *Giustizia Civile*, 1955, I, pag. 395; ma *contra* CASS., 20 giugno 1951, n. 1635 in *Giurisprudenza della Cassazione civile*, 1951, III, pag. 167, che però equipara il patto di prelazione ad una condizione meramente potestativa che diverrebbe impossibile con la morte del concedente.

²⁵⁷Per la validità del patto di prelazione a tempo indeterminato: CASS., 20 giugno 1951, n. 1635, in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 1951, pag. 458; TRIB. TORINO, 28 gennaio 1972, in *Foro Padano*, 1972, I, pag. 435; CASS., 13 maggio 1982, n. 3009, in *Giurisprudenza Italiana*, 1983, I, pag. 1534; *contra* CORTE APP. MILANO, 15 settembre 1975. In dottrina condividono la tesi della validità: TORDO CAPRIOLI A., *Attività negoziale e funzione notarile*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 81 e CARUSI P., *Il negozio giuridico notarile*, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 118; la tesi contraria è invece sostenuta da CATRICALA' A., *Patto di preferenza*, in *Rivista di diritto civile*, 1978, II, pag. 546.

²⁵⁸In tal caso sarebbe direttamente applicabile la norma sulla forma del preliminare (1351 c.c.)

Dal patto deriva per il concedente l'obbligo di mettere il prelazionario nella condizione di poter esercitare il suo diritto senza un eccessivo aggravio della sua posizione. All'uopo il promittente, ove si decida alla stipula, deve informare tempestivamente ed adeguatamente il terzo, mediante la comunicazione (*denuntiatio*) della proposta contrattuale che egli intenda fare a terzi o che da terzi abbia già ricevuto²⁵⁹.

Questo istituto, che vanta una notevole tradizione e che risulta essere largamente applicato nella prassi contrattuale, si caratterizza per il fatto che il concedente rimane del tutto libero di contrarre o di non contrarre, e nessuna attuale pretesa può riconoscersi al promissario in ordine alla conclusione del contratto²⁶⁰.

La violazione del patto comporta la possibilità per il prelazionario di agire per il risarcimento dei danni.

Il principale profilo distintivo, tra prelazione ed opzione, consiste nella diversità delle rispettive posizioni che assumono i contraenti: il prelazionario, a differenza del contraente preferito nell'opzione, non è infatti titolare di un potere di decisione in ordine alla formazione del contratto; d'altra parte il contraente vincolato non è tenuto a contrarre,

²⁵⁹Nel senso che la *denuntiatio* non possa consistere nella semplice comunicazione di voler concludere l'affare è ormai orientata la giurisprudenza costante; per tutte CASS., 18 aprile 1980, n. 2553, in *Massimario di Giustizia Civile*, pag. 1114, e CASS., 12 marzo 1981, n. 1407, in *Giustizia Civile*, 1981, I, pag. 2046.

²⁶⁰BIANCA C.M., *Il Contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss..

ma è soltanto soggetto all'obbligo di preferire a parità di condizioni un determinato soggetto se deciderà liberamente di stipulare il contratto di vendita, mentre chi concede l'opzione, non avendo il potere di revocare la proposta, è vincolato incondizionatamente e deve subire l'iniziativa dell'opzionario in ordine alla conclusione del contratto.

Il promittente la prelazione, quindi, è arbitro unico non soltanto della decisione in ordine alla conclusione del contratto, ma anche della determinazione del suo contenuto (per cui conserva rispetto al bene facoltà più ampie rispetto a chi concede un'opzione potendolo trasformare, distruggere o potendo vendere a terzi i beni risultanti dalla sua trasformazione) e il prelazionario gode soltanto del diritto di essere preferito ad ogni altro, per cui la sua valutazione sulla convenienza della vendita e la sua decisione in ordine alla stipula sono necessariamente subordinate all'iniziativa del concedente (promittente) ed al rispetto dell'obbligo di preferenza.

Consegue, quindi, che il criterio discretivo tra le due figure è individuabile anche nella circostanza che l'opzione contiene la predisposizione dell'intero regolamento del futuro contratto che può quindi concludersi con l'accettazione dell'oblato, mentre il patto di prelazione contempla soltanto l'obbligazione a preferire il prelazionario

nella stipulazione di un contratto le cui condizioni dovranno, di regola, essere definite²⁶¹.

L'opzione, dunque, inerisce al procedimento di formazione del contratto, laddove invece la prelazione rimane un elemento estraneo alla formazione del contratto.

Impegnandosi l'oblato a mantenere ferma la sua proposta fino allo scadere del termine convenuto o fissato dal giudice, nel patto di prelazione, invece, manca del tutto la volontà di mantenere ferme, una volta comunicate, le condizioni del contratto, ed il termine eventualmente pattuito nella prelazione deve essere considerato come posto a favore del proponente e non a favore del promissario come invece avviene nell'opzione.

Anche le modalità di formazione della vendita a seguito della *denuntiatio*, che è atto revocabile contenente le condizioni della vendita condivise da terzi da redigersi nella forma richiesta per il contratto al quale prelude, divergono: ed infatti, mentre con l'accettazione dell'opzionario si perviene all'automatica conclusione del contratto definitivo, con l'invio della *denuntiatio* il promittente si libera del suo obbligo di preferenza ma, nel caso di risposta positiva del prelazionario,

²⁶¹BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *Trattato dei contratti*, a cura di PESCIIGNO P. e GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

il contratto non si conclude, di regola, automaticamente bensì in un secondo momento a seguito di un 'apposita stipula'²⁶².

In considerazione degli evidenti caratteri differenziali è preferibile qualificare quella riconosciuta dall'art. 2441, I comma, c.c., ai soci per l'acquisto, in proporzione delle azioni da essi possedute, delle azioni di nuova emissione di qualsiasi categoria e delle obbligazioni convertibili, una vera e propria opzione *ex lege* riconducibile al paradigma delineato dall'art. 1331 c.c., sebbene parte della dottrina lo neghi o sostenga che il diritto del socio consista in una prelazione essendo esso preferito a terzi a parità di condizioni²⁶³.

Inoltre, la prelazione differisce anche dal contratto preliminare unilaterale, in quanto, con il secondo una parte si vincola alla conclusione di un futuro contratto impegnandosi a prestare il necessario consenso affinché con il contratto definitivo si realizzi il programma negoziale originariamente previsto. Il patto di prelazione, invece, non risulta essere così incisivo sulla volontà di contrarre, dato che il

²⁶²CATRICALA' A., *Patto di Preferenza*, in *Rivista di diritto civile*, q978, II, pag. 546 e ss.; GABRIELLI G., *Prelazione (patto di)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XXIII, pag. 3; BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss.; ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA G. e ZATTI P., Milano, 2001, pag. 161 e ss.; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pag. 864 e ss..

²⁶³MESSINEO F., *Contratto*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, vol. IX, pag. 901; FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di VASSALI F., Torino, 1987, vol. X, t. 3, pag. 926 e ss.; FERRARA F. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 929; ZANELLI P., *Le società: ordinamento e variabili. Società per Azioni*, Torino, 1994, pag. 69; MOSCARINI L.V., voce *Prelazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, vol. XXIV, pag. 981 e ss..

concedente rimane sempre libero di non concludere il contratto per il quale ha concesso la prelazione, senza per questo rendersi inadempiente. Tuttavia, al contrario della dottrina, la giurisprudenza sia di merito²⁶⁴, che di legittimità²⁶⁵ definisce il patto di prelazione come un contratto preliminare unilaterale²⁶⁶, sottoposto ad una condizione sospensiva meramente potestativa consistente nella determinazione di voler stipulare il contratto. Per la giurisprudenza, quindi, il contratto preliminare unilaterale è un *genus* cui appartiene la *species* patto di prelazione.

2.1 La giurisprudenza

In giurisprudenza non sono mancate sentenze che hanno accomunato sotto certi aspetti patto di prelazione ed opzione, ed in particolare hanno considerato come opzione la interpellanza che il promittente fa al promissario in adempimento della promessa di prelazione. In

²⁶⁴TRIB. AOSTA, 20 aprile 1951, in *Foro Italiano*, 1952, I, pag. 144.

²⁶⁵CASS., 20 giugno 1951, n. 1635, in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, 1951, pag. 458; CASS., 28 giugno 1952, n. 1921, in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1952, II, pag. 800; CASS., 20 giugno 1953, n. 1889, in *Giustizia Civile*, 1953, I, pag. 2096; CASS., 21 gennaio 1982, n. 402, in *Foro Italiano*, 1982, I, pag. 1893.

²⁶⁶Si dice che, il patto di prelazione è un preliminare unilaterale: ossia, con dovere di prestazione da una sola parte, se il promittente non abbia ricevuto un corrispettivo; è invece bilaterale se il corrispettivo ci sia stato.

quest'ultimo senso sono le sentenze CASS., 9 marzo 1948, n. 365 e TRIB. VERBANIA, 8 ottobre 1947²⁶⁷.

Ma la giurisprudenza prevalente distingue le due figure e nega che dall'adempimento del patto di prelazione derivi senz'altro una opzione. Afferma che “il patto di prelazione non si inquadra nello schema della opzione” perchè in esso non è espressa una volontà di concludere ma solo una volontà di dare preferenza in caso di conclusione, la sentenza CASS., 30 giugno 1949, n. 1639²⁶⁸. Si trova in tale sentenza anche affermato che, dopo la interpellanza, nel rapporto di prelazione, vi è una semplice proposta contrattuale, e non una opzione.

La distinzione fra patto di prelazione ed opzione si trova anche nella sentenza della CORTE APP. FIRENZE, 12 ottobre 1951²⁶⁹, che coglie la differenza tra le due figure nella circostanza che, in base alla promessa di prelazione, il promittente non ha alcun obbligo di stipulare il nuovo contratto, ma solo l'obbligo di preferire una certa persona come contraente, se stipulerà, mentre il patto di opzione vincola il promittente effettivamente ed irrevocabilmente a vendere, tanto che basta l'accettazione dell'optante per perfezionare il contratto.

²⁶⁷CASS., 9 marzo 1948, n. 365, in *Giurisprudenza Italiana*, 1949, I, 1, pag. 218; TRIB. VERBANIA, 8 ottobre 1947, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, I, 2, pag. 88.

²⁶⁸CASS., 30 giugno 1949, n. 1639, in *Giurisprudenza Italiana*, 1950, I, pag. 417; DE MARTINI A., *Lineamenti del patto di prelazione della fase di adempimento*, nota a CASS., 30 giugno, 1949, n. 1639, in *Giurisprudenza Completa della Cassazione civile*, 1949, III, pag. 1055.

²⁶⁹CORTE APP. FIRENZE, 12 ottobre 1951, in *Foro Padano*, 1951, I, pag. 1229.

Meno chiara è la distinzione prospettata dalla CORTE APP. TORINO, 28 luglio 1943²⁷⁰, che, dopo aver distinto opzione e prelazione in relazione al contenuto originario di quest'ultima, afferma tuttavia che anche la prelazione si risolve in una proposta assoluta e definitiva con una ulteriore manifestazione di volontà del proponente, e cioè con l'interpellanza; il che non è esatto, non valendo tale interpellanza a costituire una proposta irrevocabile, e tanto meno una opzione.

Inoltre poi, la CASS., 28 agosto 1952, n. 2778²⁷¹, ha così precisato la linea di confine tra opzione e prelazione:

“il patto di opzione si sostanzia in una convenzione con cui una delle parti si obbliga a rimanere vincolata alla propria dichiarazione e l'altra ha facoltà di accettarla o meno; invece, il patto di prelazione si sostanzia in un contratto preliminare unilaterale, in base al quale una parte ha diritto di essere preferita ad altri a parità di condizioni, se l'obbligato si induce a concludere un determinato contratto.

La violazione del patto di prelazione dà al promissario unicamente il diritto al risarcimento dei danni, mentre nel patto di opzione il destinatario dell'opzione ha diritto che si addivenga al futuro contratto”.

²⁷⁰CORTE APP. TORINO, 28 luglio 1943, in *Giurisprudenza Torinese*, 1943, pag. 480.

²⁷¹CASS., 28 agosto 1952, n. 2778, in *Giurisprudenza Italiana*, 1953, I, pag. 176.

La Cassazione, poi, nel 1966, 11 marzo 1966, n. 698²⁷², si è pronunciata, nel senso che la violazione del patto di prelazione importa l'obbligo di risarcire il danno. Secondo il TRIB. PARMA, 9 aprile 1965²⁷³, invece, “il patto di prelazione ha natura di contratto preliminare unilaterale, sottoposto a condizione sospensiva potestativa, e suscettibile di esecuzione in forma specifica”.

La CASS., 18 luglio 1952, n. 2263²⁷⁴, afferma che: “l'opzione, regolata dall'art. 1331 c.c., si differenzia dagli istituti affini per la totalità e definitività del vincolo, che assume una parte, di compiere una determinata prestazione se l'altra parte vorrà concludere il contratto, mentre quest'ultima non ha alcun obbligo al riguardo. L'attualità del vincolo unilaterale è l'elemento che differenzia l'opzione dalla prelazione, la quale dà origine unicamente all'obbligo, a carico di una delle parti, di preferire l'altra qualora determini di concludere un contratto. L'opzione e la prelazione possono costituire il contenuto di un contratto a sé stante, oppure essere una delle clausole di un contratto dal contenuto complesso”.

²⁷²CASS., 11 marzo 1966, n. 698, in *Repertorio della Giustizia Civile*, 1966, v. *Obbligazioni e contratti*, n. 90.

²⁷³TRIB. PARMA, 9 aprile 1965, in *Foro Padano*, 1965, I, pag. 1165.

²⁷⁴CASS., 18 luglio 1952, n. 2263, in *Foro Italiano*, 1953, I, pag. 1297.

La CORTE APP. PERUGIA, 4 luglio 1956²⁷⁵, afferma che: “nel patto di opzione una parte si obbliga immediatamente e definitivamente a vendere all'altra, ove questa chieda di acquistare. Avutosi il consenso del favorito, non vi è bisogno di altra manifestazione di volontà di vendere da parte di chi ha concesso l'opzione. Viceversa, nella prelazione, la proposta non diventa operativa con la semplice adesione del favorito: l'impegno è di preferire nel caso che si voglia vendere. Occorre che si avveri la volontà di vendere”.

Il TRIB. ROMA, 30 luglio 1957²⁷⁶, dispone che: “il termine di opzione non deve essere necessariamente inteso nel significato di prelazione in relazione ad una proposta irrevocabile di vendere, ma, per essere contenuto in una norma concernente la disciplina dei contratti in genere, può ricorrere in qualsiasi altro contratto, in cui sia possibile che una delle parti rimanga vincolata alla propria dichiarazione per un tempo determinato”.

Nonostante la netta differenza, che la Cassazione ritiene sussistere tra opzione e prelazione, anche considerando quest'ultima nella fase di adempimento, tuttavia la stessa Cassazione ha avuto occasione di avvertire che il giudizio sulla natura di un patto, qualificato dalle parti di

²⁷⁵CORTE APP. PERUGIA, 4 luglio 1956, in *Repertorio di Giustizia Civile*, 1956, n. 159.

²⁷⁶TRIB. ROMA, 30 luglio 1957, in *Repertorio di Giustizia civile*, 1958, n. 156.

prelazione, e ritenuto invece dal giudice di merito di opzione, non è sindacabile in Cassazione, quando non contenga errori giuridici (CASS., 30 luglio 1947, n. 1284²⁷⁷). Il che sembra esatto in quanto corrisponde ai principi sui limiti del potere della Cassazione di fronte all'accertamento dei fatti, effettuati dal giudice di merito.

3. Il contratto preliminare

Pur se nella prassi spesso l'opzione è ordinata alla conclusione di un contratto preliminare di vendita, anziché alla vendita definitiva²⁷⁸, netta resta la distinzione tra i due contratti sul piano strutturale e funzionale al di là di una comune funzione preparatoria del contratto finale, che si realizza tuttavia attraverso modalità tecniche differenti, le quali escludono, in particolare, l'opponibilità ai terzi dell'opzione ma non del preliminare, anche con riferimento, sebbene in misura meno netta, al

²⁷⁷CASS., 30 luglio 1947, n. 1284, in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1947, III, pag. 403.

²⁷⁸L'ipotesi è quella in cui l'accettazione del contraente favorito non sia sufficiente alla conclusione del contratto definitivo, risultando necessaria un'ulteriore attività.

contratto preliminare unilaterale nel quale, al pari che nell'opzione, è un solo contraente ad assumere l'obbligazione²⁷⁹.

Come sappiamo, esistono atti preparatori della fase eventuale (pertanto non necessaria) del procedimento; tali atti incidono sul contratto, che in concreto si va a concludere, in quanto producono un vincolo a carico di una sola o di entrambe le parti.

In tale categoria rientra il contratto preliminare, che è il contratto con il quale le parti si obbligano a concludere, in futuro, un ulteriore contratto già interamente delineato nei suoi elementi essenziali.

L'istituto non era menzionato dal codice del 1865 e fu compito della dottrina darne la nozione e ricavarne la normativa dal sistema.

Il nuovo codice civile prevede espressamente il contratto preliminare negli artt. 1351 (relativo alla forma), 2652, comma II, (relativo alla trascrizione delle domande giudiziali), 2645 *bis* (che disciplina la trascrizione di tale contratto) e, implicitamente, nell'art. 2932 (che disciplina l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto).

²⁷⁹PEREGO E., *I vincoli preliminari e il contratto*, Giuffrè, Milano, 1974, pag. 60 e ss.; TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 33 e ss.; BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 197 e ss.; ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA G. e ZATTI P., Milano, 2001, pag. 161 e ss.. Secondo una particolare prospettiva interpretativa, GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Giuffrè, Milano, 1971, pag. 11 e ss.; il contratto preliminare unilaterale coincide con il patto di opzione ovvero consiste in un'opzione volta alla conclusione di un preliminare bilaterale o in un contratto preliminare relativo alla concessione di un'opzione.

La figura è nata per l'utilità pratica che hanno le parti di fissare, con efficacia vincolante, un momento dei loro rapporti nel quale affiora una precisa volontà di contrarre. Le ragioni possono essere varie.

Innanzitutto, in caso d'impossibilità, materiale o giuridica, di concludere il contratto definitivo (si pensi all'oggetto del contratto attualmente inesistente o, comunque, attualmente sottratto alla disponibilità delle parti).

Può, inoltre, accadere che i contraenti non abbiano interesse a concludere subito il contratto definitivo, ma abbiano interesse a vincolarsi al futuro contratto (si pensi ad uno speculatore che, in previsione di un rialzo dei prezzi, attraverso un preliminare unilaterale imponga all'altro contraente di obbligarsi per un determinato corrispettivo al fine di garantirsi da eventuali aumenti).

Si pensi, ancora, al preliminare di un contratto (ad esempio, di mutuo: art. 1882 c.c.) la cui utilità è data dalla possibilità delle parti di vincolarsi senza la consegna della cosa, necessaria per la perfezione del contratto reale definitivo.

Il contratto preliminare è, in primo luogo, un contratto autonomo, in quanto è del tutto distinto dal corrispondente contratto definitivo che costituisce il suo adempimento, ancorchè con obbligazioni di una sola

parte²⁸⁰. Esso è, in ogni caso, un contratto la cui prestazione consiste in un fare, vale a dire nel consentire alla conclusione del nuovo contratto, laddove il definitivo può avere, anzi normalmente ha, come prestazione un dare (si pensi al preliminare di vendita, rispetto al definitivo).

E', poi, un contratto tipico con causa propria, la quale consiste, in ogni caso, nella funzione di vincolare le parti a concludere il futuro contratto.

Si rileva, così, un'ulteriore autonomia dal contratto definitivo, che può essere di varia natura (vendita, permuta, società, etc.).

E', infine, un contratto perfetto in quanto, pur appartenendo ad una fase della formazione progressiva del contratto, esso non rappresenta semplicemente un momento del contratto definitivo, considerata la sua autonomia.

La principale distinzione fatta dalla dottrina è fra contratto preliminare bilaterale ed unilaterale: nella prima ipotesi, l'obbligo di stipulare il futuro contratto è assunto da entrambi i contraenti; nella seconda ipotesi, invece, l'obbligo di stipulare il definitivo è assunto da una soltanto delle parti²⁸¹. Detto in altre parole, è possibile che un preliminare concluso tra

²⁸⁰FORCHIELLI P., *Contratto preliminare*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959, IV, pag. 148 e ss.; TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 202, nota 43.

²⁸¹CARNELUTTI F., *Formazione progressiva del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, II, pag. 308 e ss..

un proponente ed un accettante assicurati ad entrambi il diritto di pretendere la conclusione del definitivo²⁸².

L'equilibrio contrattuale è generalmente ristabilito da una speciale controprestazione, chiamata premio, che viene data a colui che resta impegnato²⁸³.

Il contratto preliminare si distingue dall'opzione perchè il suo principale effetto è quello di obbligare le parti, o la parte, alla stipulazione di un futuro contratto; mentre l'opzione attribuisce all'opzionario il diritto potestativo di concludere direttamente il contratto tramite una semplice dichiarazione di volontà nel limite di tempo stabilito o assegnato.

Poiché il contratto preliminare è caratterizzato dalla combinazione diritto di credito-obbligazione aventi reciprocamente ad oggetto la successiva manifestazione del consenso, il rapporto contrattuale definitivo necessita per la sua formazione dell'espletamento di una condotta positiva al quale le parti si sono obbligate, o dell'iniziativa giudiziaria della parte non inadempiente volta a surrogare tramite la sentenza costitutiva la mancata manifestazione del consenso altrui (art. 2932 c.c.).

L'opzione è invece fattispecie contrattuale dalla quale, secondo l'insegnamento tradizionale della dottrina, non nasce un'obbligazione a

²⁸²RESCIGNO P. - GABRIELLI E., *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, vol. I, t. 1, a cura di RICCIUTO V., Utet, 2006, pag. 273 e ss..

²⁸³TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.; pag. 204 e ss..

contrarre. Poiché la parte vincolata ha già manifestato previamente ed irrevocabilmente il suo consenso al contratto definitivo di vendita e risulta quindi inefficace qualsiasi manifestazione di volontà contraria da essa proveniente tendente ad infirmare la proposta, il perfezionamento del contratto definitivo è consegnato al mero esercizio discrezionale del diritto potestativo di opzione mediante un atto unilaterale del beneficiario il quale, avendo con l'accettazione determinato l'effetto traslativo, non avrà necessità di ottenere il trasferimento del bene mediante sentenza se il concedente mostri ripensamenti²⁸⁴.

Sebbene più sfumata, la distinzione permane anche nei confronti del contratto preliminare unilaterale, quantunque in entrambe le figure il promissario abbia diritto al contratto ma non è obbligato a contrarre.

In realtà, un autorevole studioso ha revocato in dubbio l'utilità pratica della distinzione fra preliminare unilaterale ed opzione, fondando il suo convincimento sulla considerazione che lo scopo pratico di entrambi gli istituti è quello di vincolare per un certo tempo una parte alla conclusione del contratto, lasciando al contempo l'altra libera di decidere²⁸⁵.

²⁸⁴BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. - GABRIELLI G., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

²⁸⁵GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano, 1970, pag. 250 e ss.; MESSINEO F., *Dottrine generali del contratto*, Milano, 1948, pag. 178 e ss..

Questa posizione viene però respinta dalla dottrina dominante che invece ritiene distinte le due figure non solo dal punto di vista teorico, ma anche dal punto di vista degli effetti.

Mentre nel preliminare unilaterale il promittente si obbliga a prestare il consenso per la conclusione della vendita (si fissa esclusivamente l'impegno alla stipulazione di un futuro contratto nel quale poi potranno meglio regolare l'intero affare²⁸⁶), per cui ad essa si perviene necessariamente attraverso la stipula di un contratto bilaterale se il promittente adempie l'obbligazione su di esso gravante, chi concede l'opzione, versando in una posizione di soggezione correlata al diritto potestativo della controparte, non è tenuto ad analogo attività volitiva (l'oblatore non ha un obbligo attuale all'apprestamento del bene²⁸⁷), il contratto finale perfezionandosi con la semplice accettazione della parte preferita senza necessità di una nuova dichiarazione del concedente²⁸⁸.

La differenza con l'opzione consiste dunque nel diverso *iter* della vicenda negoziale: il preliminare è un contratto perfetto ed autonomo rispetto al definitivo, mentre l'opzione è uno degli elementi di una

²⁸⁶TORDO CAPRIOLI A., *Attività negoziale e funzione notarile*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 61 e ss..

²⁸⁷BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 198 e ss..

²⁸⁸BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. - GABRIELLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss..

fattispecie a formazione progressiva, in cui gli effetti finali si producono in virtù della sola dichiarazione dell'opzionario²⁸⁹.

3.1 La giurisprudenza

Anche la giurisprudenza, come la dottrina, non ha mancato, in qualche sentenza, di riportare l'opzione nell'ambito della categoria dei contratti preliminari unilaterali: CASS., 9 novembre 1948, n. 1815; CASS., 12 maggio 1948, n. 701; TRIB. VERBANIA, 8 ottobre 1947; TRIB. NAPOLI, 16 novembre 1959²⁹⁰.

Sebbene ciò, prevalgono le sentenze che distinguono le due figure, CASS., 31 luglio 1949, n. 2082; CASS., 23 luglio 1951, n. 2088²⁹¹, che – cassando una sentenza della CORTE APP. VENEZIA, 28 luglio 1949 – detta la seguente massima: “il contratto preliminare di vendita ha in sé stesso la forza di obbligare l'una o l'altra parte a concludere il contratto

²⁸⁹TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.; CESARO E., *L'opzione nel contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, XXX, pag. 563 e ss..

²⁹⁰CASS., 9 novembre 1948, n. 1815, in *Giurisprudenza Italiana*, 1949, I, pag. 1; CASS., 12 maggio 1948, n. 701, in *Massimario del Foro Italiano*, 1951, pag. 501; TRIB. VERBANIA, 8 ottobre 1947, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, I, 2, pag. 88; TRIB. NAPOLI, 16 novembre 1959, in *Foro Padano*, 1960, I, pag. 761.

²⁹¹CASS., 31 luglio 1949, n. 2082, in *Repertorio della Giurisprudenza Italiana*, 1949, v. *Vendita*, n. 23; CASS., 23 luglio 1951, 2088, in *Massimario del Foro Italiano*, 1951, pag. 501.

definitivo, mentre il patto di opzione riserva ad una delle parti la mera facoltà di accettare o meno la dichiarazione dell'altra”.

Altra sentenza della CORTE APP. VENEZIA, 25 luglio 1959²⁹², afferma che: “il patto di opzione, che consiste in una proposta irrevocabile diretta alla conclusione del contratto definitivo, deve distinguersi dal c.d. Preliminare unilaterale, che consiste in una proposta irrevocabile diretta alla conclusione di un preliminare”.

Ritroviamo, poi, una sentenza del TRIB. ROMA, 13 febbraio 1964²⁹³, secondo cui: “mentre il contratto preliminare obbliga dall'origine entrambe le parti a concludere il contratto definitivo, il patto di opzione riserva ad una di esse la facoltà di accettare o meno la proposta ferma dell'altra, nel senso che una sola parte ha diritto di esigere, dopo accettata la dichiarazione dell'altra, che si addivenga al futuro contratto”.

La CORTE APP. FIRENZE, 17 giugno 1964, afferma come “il preliminare di compravendita, che si realizza con l'accettazione dell'opzione, costituisce una fattispecie contrattuale con effetti più ampi di quelli prodotti dal semplice contratto di opzione il quale vincola giuridicamente solo una delle parti, mentre, con l'accettazione, si viene

²⁹²CORTE APP. VENEZIA, 25 luglio 1959, in *Repertoio di Giustizia civile*, 1960, v. *Obbligazioni e contratti*, n. 86.

²⁹³TRIB. ROMA, 13 febbraio 1964, in *Repertoio di Giustizia civile*, 1964, n. 82.

ad estendere il vincolo obbligatorio alla stipulazione del contratto di compravendita anche all'altra parte”.

Su questa linea è anche il TRIB. ROMA, 24 maggio 1961²⁹⁴, secondo cui “l'opzione acquista, con la manifestazione di volontà di avvalersene da parte del promissario, la natura giuridica e gli effetti del contratto preliminare”.

3.2 L'opzione di contratto preliminare. CASS., 15 gennaio 1965, n. 80

Nella prassi delle vendite immobiliari non sono infrequenti casi di opzione di contratto preliminare, mentre rare sono le fattispecie in cui le parti concludono un contratto preliminare con il quale una di esse si obbliga a stipulare un patto di opzione. Attraverso la sequenza opzione-preliminare si ottiene, a seguito dell'esercizio positivo dell'opzione, una intensificazione del vincolo preparatorio che da unilaterale diventa bilaterale, nascendo dalla promessa il vincolo di stipulare la vendita, coercibile con esecuzione in forma specifica, soggetto al regime

²⁹⁴TRIB. ROMA, 24 maggio 1961, in *Temi romana*, 1961, pag. 479.

pubblicitario, e si attribuisce alla parte interessata un ulteriore periodo di tempo per la stipula del definitivo e quindi per la valutazione dei presupposti dell'affare, alla luce delle sopravvenienze giuridicamente rilevanti eventualmente manifestatesi dopo la conclusione del consenso preliminare²⁹⁵.

Al riguardo prendiamo in considerazione una nota alla sentenza della Cassazione del 15 gennaio 1965, n. 84²⁹⁶.

La decisione della Corte Suprema consolida l'orientamento giurisprudenziale che ammette l'opzione di contratto preliminare²⁹⁷.

Siffatta ammissione appare coerente con talune premesse abbastanza pacifiche: la natura contrattuale del patto di opzione²⁹⁸, l'autonomia di

²⁹⁵BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. - GABRILLI E., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss.,

²⁹⁶CATAUDELLA A., *Contratto d'opzione e procedimento di formazione del contratto preliminare*, nota a CASS., 15 gennaio 1965, n. 84, in *Scritti sui contratti*, a cura di CATAUDELLA A., Cedam, Milano, 1998, pag. 1 e ss..

²⁹⁷CASS., 28 ottobre 1955, n. 3538, in *Massimario del Foro Italiano*, 1955, pag. 770; CASS., 14 dicembre 1960, in *Rivista di diritto commerciale*, 1961, II, pag. 327. Diversamente orientata appare, peraltro la CASS., 14 luglio 1965, n. 1512, in *Massimario del Foro Italiano*, 1965, pag. 441.

²⁹⁸Assai discussa sotto l'impero del codice del 1865 (per i vari punti di vista: PACCHIONI G., *Della promessa di vendita con la cosiddetta clausola di opzione e di alcuni limiti di ammissibilità dell'azione di rescissione per lesione*, in *Foro Italiano*, 1927, I, pag. 1111 e ss.; BONFANTE G., *L'opzione nei contratti di vendita*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1930, I, pag. 128 e ss.; BUTERA A., *Proposta di vendita e facoltà di accettazione in un termine stabilito*, in *Foro Italiano*, 1928, I, pag. 1009 e ss.; SEGRE' T., *Il cosiddetto diritto d'opzione e l'azione di rescissione per lesione enorme*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1928, II, pag. 599). Pressochè pacifica alla luce della formulazione dell'art. 1331 c.c.: MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 1980, vol. IV, t. 2, pag. 56 e ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Zanichelli, Bologna, 1970, vol. IV, pag. 140 e ss.; RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1971, pag. 46 e ss..

questo rispetto alla figura del contratto preliminare²⁹⁹, anche unilaterale³⁰⁰. Se, infatti, il preliminare viene considerato, come va considerato, un contratto come qualsiasi altro, non è facile ravvisare, ferme le indicate premesse, seri ostacoli concettuali alla configurabilità di un'opzione di contratto preliminare, piuttosto che di contratto definitivo.

Si potrebbe, dunque, essere tentati di concedere senz'altro pieno credito alla tesi in questione – del resto largamente condivisa in dottrina³⁰¹ – se qualche voce non si fosse ora levata a contestarne il fondamento³⁰².

Si obietta, dalla dottrina cui si è accennato, che il procedimento formativo ipotizzato nella specie (opzione, preliminare unilaterale, definitivo), “è troppo complicato... è artificioso e arbitrario in ordine alla situazione degli interessi e alla volontà delle parti”.

²⁹⁹DE MARTINI A., *Opzione, proposta ferma, patto di prelazione, pactum de contraendo*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezione civile*, 1947, III, pag. 403 e ss; TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.-pag. 204 e ss.; FORCHIELLI P., *Patto d'opzione e patto de contraendo cum terbio*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, I, 1, pag. 109 e ss.; MESSINEO F., *Contratto preliminare e preparatorio*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, X, pag. 194 e ss.; RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1971, pag. 46 e ss..

³⁰⁰Identifica il patto di opzione con il contratto preliminare unilaterale MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, pag. 178 e ss.-pag. 300.

³⁰¹TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.-pag. 204 e ss.; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 1980, vol. IV, t. 2, pag. 56 e ss.; MESSINEO F., *voce Contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, pag. 901.

³⁰²GENOVESE A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, pag. 184 e ss.. Seguito, in parte, da LONGO G., *De nudo iure, ovvero dell'opzione di contratto preliminare*, in *Giustizia civile*, 1965, I, pag. 1465 e ss..

L'argomentazione svolta a sostegno di siffatta critica muove da una premessa: che ogni procedimento formativo del negozio “è caratterizzato (né potrebbe essere altrimenti) da una serie di fasi (o accordi) che portano ad un progressivo e sempre più intenso (o più lato) legame giuridico, fino a quando il negozio finale vincola irrimediabilmente i contraenti”. Prosegue con una constatazione: che nella progressione delineata dalla Corte Suprema il diritto di credito nascente dal preliminare “non rafforza ma indebolisce la situazione giuridica del titolare in relazione alla conclusione del negozio finale, poiché sostituisce il più efficiente diritto potestativo che deriva dal contratto d'opzione”. Conclude che – sebbene sia possibile considerare il contratto preliminare e quello d'opzione quali negozi preparatori distinti ed autonomi – il loro collegamento in un procedimento il quale, attraverso l'opzione ed il preliminare unilaterale, conduca al definitivo, non è configurabile, dacchè, in tal caso, si porrebbe in essere una progressione alla rovescia: “il diritto potestativo è sostituito dal mero efficiente diritto di credito e lo stato di soggezione si trasforma in un obbligo di concludere il negozio finale, che lascia aperta la porta all'inadempimento, magari solo temporaneo”³⁰³.

³⁰³GENOVESE A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, pag. 184 e ss..

L'autore della Nota a CASS., 15 gennaio 1965, n. 84³⁰⁴, contesta la premessa dell'esposto ragionamento. E' nella logica del procedimento di formazione del contratto che lo svolgersi delle sue fasi sia indirizzato al progressivo rafforzamento del vincolo tra le parti: la determinazione di un procedimento opposto, che portasse al progressivo indebolimento del vincolo, non potrebbe soddisfare alcun interesse, apprezzabile e meritevole di tutela, dei contraenti³⁰⁵.

Non vi è dubbio, però, che il procedimento di formazione del contratto possa essere variamente atteggiato dalle parti, in guisa da imprimere alla progressione del vincolo un ritmo più o meno intenso.

Qualora l'interesse di quello tra i contraenti, che tragga vantaggio da una più complessa strutturazione del procedimento formativo del contratto, abbia trovato riconoscimento nelle pattuizioni intercorse al riguardo, potrà anche accadere che esso venga tutelato con la previsione della successione di due contratti preparatori collegati: un contratto preliminare ed un contratto di opzione.

³⁰⁴CATAUDELLA A., *Contratto d'opzione e procedimento di formazione del contratto preliminare*, nota a CASS., 15 gennaio 1965, n. 84, in *Scritti sui contratti*, a cura di CATAUDELLA A., Cedam, Milano, 1998, pag. 1 e ss..

³⁰⁵Non trova invece ostacolo teorico all'ammissione di un siffatto procedimento il LONGO G., *De nudo iure, ovvero dell'opzione di contratto preliminare*, in *Giustizia civile*, 1965, I, pag. 1465, il quale si richiama all'autonomia del contraente: "che è libero, se crede, di consentire ad un indebolimento della sua posizione potenziale rispetto alla controparte". Ma sembra che qui torni conto di distinguere l'ipotesi in cui il contraente consenta all'indebolimento della sua posizione in una fase successiva da quella nella quale sia programmata contrattualmente una progressione alla rovescia: dachè tale programmazione appare logicamente inconciliabile con il naturale indirizzarsi del procedimento verso la stipula del contratto, e perciò col concetto stesso di procedimento.

E la configurabilità di un siffatto collegamento va sempre ammessa, purchè il procedimento formativo del contratto realizzi, nelle sue successive fasi, la naturale intensificazione del vincolo tra le parti. Il che avviene tanto nell'ipotesi di contratto preliminare avente ad oggetto un'opzione³⁰⁶, quanto nell'ipotesi di contratto d'opzione avente ad oggetto un preliminare, bilaterale od unilaterale che sia.

La ricordata dottrina, invece, ravvisa la necessaria progressione solo quando al contratto d'opzione segua un preliminare bilaterale, perchè allora il vincolo, che prima riguardava una sola delle parti, si estende ad entrambe; la nega di contro allorchè l'opzione riguardi un preliminare unilaterale³⁰⁷. Secondo l'autore della nota, però, in modo non convincente.

Allorquando, infatti, si sostiene che la successione del preliminare unilaterale all'opzione comporta un indebolimento della posizione del concedente favorito, perchè sostituisce al diritto potestativo che gli deriva dall'opzione un mero diritto di credito (sia pure assistito dalla forma di tutela garantita dall'art. 2932 c.c.), si dice cosa che sarebbe

³⁰⁶DE MARTINI A., *Opzione, proposta ferma, patto di prelazione, pactum de contraendo*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezione civile*, 1947, III, pag. 403 e ss.; TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.-pag. 204 e ss.. Diversamente GENOVESE A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, pag. 184 e ss..

³⁰⁷Tende ad estendere la critica anche alla configurabilità dell'opzione di contratto bilaterale LONGO G., *De nudo iure, ovvero dell'opzione di contratto preliminare*, in *Giustizia Civile*, 1965, I, pag. 1465 e ss., senza peraltro addurre validi argomenti.

esatta qualora ad un contratto d'opzione avente ad oggetto un contratto definitivo, seguisse un preliminare unilaterale. Nel caso in esame, invece, l'opzione è relativa ad un contratto preliminare, di guisa che non può dirsi, così sembra all'autore, se si abbia riguardo al definitivo, che la posizione del contraente favorito venga ad indebolirsi con la stipula del preliminare.

Il suo preesistente diritto potestativo, invero, non riguarda la conclusione del definitivo, bensì del preliminare, mentre il diritto di credito che nasce dal preliminare ha ad oggetto la stipula del definitivo. La diversità dell'oggetto non consente, dunque, di operare una graduazione di valore delle due posizioni giuridiche soggettive sulla base delle corrispondenti posizioni passive. La graduazione potrà e dovrà, piuttosto, essere attuata alla luce della posizione che le parti hanno assegnato all'opzione ed al preliminare nel procedimento di formazione del definitivo. Ed in tale prospettiva non dovrebbe esservi difficoltà a riconoscere che – se, per volontà delle parti, alla stipula del definitivo si deve necessariamente pervenire attraverso la mediazione del preliminare e se l'opzione è funzionalmente indirizzata a permettere il perfezionarsi del preliminare – l'esercizio del diritto potestativo che nasce dall'opzione e la conseguente conclusione del contratto preliminare esauriscono una necessaria fase del

procedimento formativo del contratto definitivo, avvicinano maggiormente le parti alla stipula di quest'ultimo, determinano tra di esse un intensificarsi dei vincoli che le astringono a tale stipula.

Le considerazioni svolte, se esatte, valgono ad incrinare l'impalcatura logica della critica rivolta all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale, che ha trovato ulteriore espressione nella sentenza annotata.

Va ribadita, pertanto, ad avviso dell'autore, la configurabilità del procedimento formativo del contratto prospettato dalla Corte Suprema; a prescindere, naturalmente, dalla questione relativa alla sua effettiva previsione, ad opera delle parti, nella fattispecie esaminata: previsione che la sentenza ha dovuto dare per scontata, esistendo il giudicato sul punto³⁰⁸.

L'ipotizzata sequenza ha il suo avvio con l'opzione ed, attraverso il preliminare unilaterale, si conclude con la stipula del contratto definitivo. Si articola, cioè, attraverso il collegamento di due contratti preliminari, la cui autonoma individualità emerge sia sotto il profilo delle differenti situazioni soggettive (di diritto potestativo e soggezione, di credito e debito) che conseguono ad essi, sia perchè il contratto di

³⁰⁸Al riguardo LONGO G., *De nudo iure, ovvero dell'opzione di contratto preliminare*, in *Giustizia Civile*, 1965, I, pag. 1465 e ss..

opzione è preordinato alla formazione del preliminare mentre questo è preordinato alla formazione del definitivo.

Al loro coordinamento consegue, in realtà, un certo dimensionamento della funzione propria del contratto preliminare, che non è solo di porre l'obbligo di stipulare il contratto definitivo ma anche di determinare il contenuto essenziale dello stesso. Il collegamento con l'opzione – che è caratterizzata, rispetto alla proposta irrevocabile, oltre che dalla struttura contrattuale³⁰⁹, anche, se si consideri l'aspetto afferente il modo di determinazione del contenuto del contratto, dalla partecipazione di entrambi i contraenti a tale determinazione – fa sì che, allorquando l'opzione preceda nella sequenza il preliminare, il contenuto del contratto definitivo sia già formato con essa.

Ma questa constatazione ha tratto, meramente, alla concreta individuazione della fase del procedimento nella quale il contenuto del contratto definitivo viene fissato dalle parti. Non tocca invece la

³⁰⁹E' questa la nota distintiva sulla quale pone l'accento la dottrina dominante: JANNUZZI A., *Proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a TRB. MANTOVA, 24 agosto 1948, in *Foro Italiano*, 1949, I, pag. 179; LENER G., *Giurisprudenza nuova: applicazione dei rimidi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta al preliminare di opzione, al preliminare unilaterale, alla proposta irrevocabile*, in *Foro Italiano*, 1954, I, pag. 1278; DE MARTINI A., *Opzione, proposta ferma, patto di prelazione, pactum de contrahendo*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezione civile*, 1947, III, pag. 403 e ss. Fa invece preminente leva sulla diversità delle posizioni giuridiche soggettive del titolare del diritto d'opzione e dell'oblato: GORLA G., *Note sulla distinzione fra opzione e proposta irrevocabile*, in *Rivista di diritto civile*, 1962, I, pag. 215 e ss..

funzione propria del preliminare; tanto meno porta ad attribuirgli una funzione ridotta rispetto a quella tipica³¹⁰.

Il contratto d'opzione, invero, pone certamente in essere una delle componenti dell'accordo che dà vita al preliminare unilaterale. Su ciò si dovrà convenire, quale che sia la configurazione strutturale che gli si ritenga più confacente: come accordo che rende irrevocabile una proposta di contratto³¹¹, ovvero – in una prospettiva forse più aderente ai termini reali del fenomeno ed alla disciplina legislativa – come contratto che persegue la duplice funzione di determinare il contenuto del contratto definitivo³¹² e, nel contempo, di far procedere l'*iter* formativo di questo sino al punto in cui al perfezionarsi dell'accordo manca solo la dichiarazione di una delle parti.

Ma allora, se l'opzione pone in essere un elemento di struttura del preliminare, la determinazione del contenuto del contratto definitivo, operata con l'opzione, va egualmente riportata al preliminare unilaterale, che non manca, anche in questo caso, di assolvere la duplice funzione di fissare, nei confronti di una delle parti, l'obbligo di addivenire al

³¹⁰GENOVESE A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, pag. 184 e ss..

³¹¹Così la prevalente dottrina.

³¹²Pongono giustamente in luce la funzione, che è pure propria dell'opzione, di determinare il contenuto essenziale del contratto definitivo: GENOVESE A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, pag. 184 e ss..

contratto definitivo e, nel contempo, di determinare il contenuto essenziale dello stesso³¹³.

4. L'Opzione nelle società di capitali

Il diritto di opzione, tradizionalmente classificato tra i diritti patrimoniali dell'azionista, si sostanzia nel diritto dei soci attuali a sottoscrivere le ulteriori azioni emesse in sede di aumento di capitale a pagamento. Sua precipua funzione è, quindi, quella di mantenere inalterata la proporzione in cui ciascun socio partecipa al capitale ed al patrimonio sociale. Ma proprio sotto questo profilo è evidente che nel diritto di opzione confluiscono sotto il profilo funzionale componenti di tipo amministrativo e componenti di tipo patrimoniale.

L'esigenza di mantenere inalterata la proporzione partecipativa del singolo soggetto gioca, infatti, su un duplice piano: quello della formazione della volontà sociale e quello del valore reale dell'investimento monetario originariamente effettuato. Tutto ciò

³¹³CATAUDELLA A., *Contratto d'opzione e procedimento dei formazione del contratto preliminare*, nota a CASS., 15 gennaio 1965, n. 84, in *Scritti sui contratti*, a cura di CATAUDELLA A., Cedam, Milano, 1998, pag. 1 e ss..

determina il valore economico, spesso rilevante, del diritto di opzione, valore che può essere realizzato dall'azionista che non voglia sottoscrivere le nuove azioni, mediante l'alienazione del diritto medesimo.

Il diritto di opzione è stato oggetto di attenta analisi da parte di dottrina e giurisprudenza, soprattutto sotto il profilo delle sue possibilità di limitazione o di esclusione in rapporto ad un interesse sociale, talora legislativamente predeterminato, altre volte, invece, affidato ad una valutazione di opportunità da parte della maggioranza.

La natura, il contenuto e le modalità di esercizio del diritto di opzione³¹⁴ non sollevano, invero, perplessità e sono esattamente determinati dall'art. 2441 c.c., nel quale il diritto in esame è riconosciuto agli azionisti ed ai possessori di obbligazioni convertibili, con riferimento alle azioni di nuova emissione appartenenti a qualunque categoria (l'estensione è stata operata con l'art. 13 *sub* 1, della legge 7 giugno 1974, n. 216, che ha convertito in legge il d.l. 8 aprile 1974, n. 95, il quale ha sensibilmente modificato l'originario testo della norma) ed alle obbligazioni convertibili³¹⁵.

³¹⁴ROSAPEPE R., *L'esclusione del diritto di opzione degli azionisti*, Giuffrè, Milano, 1988, *passim*.

³¹⁵CAVALLO BORGIA R., *Le azioni e le obbligazioni*, in *Le società Trattato*, a cura di GALGANO F., Utet, 2002, pag. 65 e ss..

4.1 Le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili in azioni

L'emissione di nuove azioni, in attuazione della delibera di aumento del capitale, è circostanza potenzialmente idonea a modificare la quota di partecipazione proporzionale dei soci nella società, e dunque ad alterare i rapporti (di maggioranza, oppure partecipi) esistenti tra i soci stessi. Perciò, se la scelta dei soggetti cui offrire in sottoscrizione le nuove azioni fosse rimessa alla totale discrezionalità degli amministratori, si sarebbero potuti facilmente verificare abusi in danno dei precedenti soci, o di alcuni di essi³¹⁶. Al fine di evitare un possibile pregiudizio ai legittimi interessi degli azionisti, le nuove azioni emesse in occasione di un aumento di capitale sociale devono sottostare a precise regole per quanto riguarda la loro assegnazione e, in particolare, devono – ad eccezione di casi prestabiliti e previo assenso dell'assemblea – essere offerte in opzione ai soci in proporzione al numero delle azioni possedute precedentemente³¹⁷.

L'emissione di obbligazioni convertibili in azioni, nei suoi profili giuridici, oltre che tecnico-economici e finanziari, ha costituito negli ultimi decenni, nella dottrina italiana un tema ricorrente. Così, l'istituto

³¹⁶RORDORF R., *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 1726.

³¹⁷BIANCHI G., *Le operazioni sul capitale sociale*, Cedam, 2007, pag. 133 e ss..

del prestito convertibile è venuto assumendo, tra le varie operazioni di reperimento dei mezzi finanziari a disposizione delle imprese societarie, una sempre crescente rilevanza. Manifestazione evidente di siffatta tendenza appare la previsione legislativa delle obbligazioni convertibili in azioni, contenuta nell'art. 9 della legge del 1974, n. 216, la quale introduce nel nostro codice vigente l'art. 2420 *bis*, sopperendo così alla mancanza, in passato, di un'apposita previsione normativa. Da questa legge risulta soddisfatta l'esigenza di regolare nuovi strumenti di finanziamento che, negli ambiti finanziari internazionale, avevano trovato impiego diffuso per i vantaggi sensibili che arrecavano all'economia delle imprese. Le obbligazioni convertibili sono utilizzate, sia come forma di finanziamento di emergenza per le società, sia come mezzo di incentivazione degli investimenti in beni produttivi. Infatti, alla vantaggiosa situazione del titolare, cui l'obbligazione convertibile assicura una garanzia di reddito unita al possibile esercizio del diritto di conversione in caso di favorevole andamento degli affari sociali, fa riscontro la convenienza dell'operazione per l'ente emittente, che può reperire mezzi di finanziamento a condizioni più favorevoli, anche in momenti particolarmente critici. Esse possono essere definite come uno strumento finanziario caratterizzato dalla clausola della convertibilità:

questa consiste sostanzialmente nel privilegio accordato ai portatori dei titoli convertibili di potere, in periodi e con modalità predeterminati, operare una scelta tra l'originaria posizione di creditori e quella di titolari di partecipazioni ordinarie o privilegiate. In tal modo, in pendenza del termine di conversione gli obbligazionisti dispongono di un periodo temporale, più o meno ampio, ma sufficiente in ogni caso a valutare l'andamento degli affari sociali ed a scegliere con ponderazione tra il rimborso delle somme prestate e l'esercizio del diritto di conversione³¹⁸

4.2 Il diritto di opzione, art. 2441 c.c.

Nel caso di aumento del capitale sociale a pagamento, spetta agli azionisti, ed in proporzione al numero delle azioni da esse possedute, il diritto di opzione: le azioni di nuova emissione devono essere offerte in opzione ai soci; se vi sono obbligazioni convertibili in azioni, analogo diritto spetta ai possessori di queste ed in concorso con i soci (art. 2441, I comma, c.c.).

³¹⁸CAVALLO BORGIA R., *Le azioni e le obbligazioni*, in *Le Società Trattato*, a cura di GALGANO F., Utet, 2002, pag. 215 e ss..

Questo diritto costituisce uno dei diritti incorporati nell'azione e normalmente rappresentati da una cedola allegata al relativo certificato.

Esso conferisce al socio il potere di sottoscrivere, secondo il loro valore nominale, le azioni, che saranno emesse in corrispondenza di aumenti di capitale deliberati dall'assemblea.

Il diritto di opzione sussiste soltanto in riferimento all'ipotesi di capitale a titolo oneroso³¹⁹. L'aumento di capitale a titolo gratuito è infatti disciplinato dall'art. 2442 c.c., dove è previsto che, allorchè l'assemblea aumenti il capitale mediante l'imputazione a capitale della parte disponibile delle riserve e dei fondi speciali iscritti in bilancio, agli azionisti devono essere assegnate gratuitamente le azioni di nuova emissione in proporzione a quelle già da essi possedute³²⁰.

Mediante l'esercizio del diritto di opzione, i soci mantengono costante il rapporto fra il valore delle azioni, originariamente sottoscritte, ed il patrimonio sociale.

Al fine di non alterare questo rapporto l'assemblea, nel deliberare l'aumento del capitale e nella previsione che non tutto sarà sottoscritto dai soci e della conseguente offerta a terzi estranei alla compagine sociale, stabilisce, di solito, per le nuove azioni offerte ai terzi, un prezzo di

³¹⁹DI SABATO F., *Manuale delle Società*, Torino, 1995, pag. 676 e 677; GALGANO F., *Art. 2441 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di CENDON P., 1991, vol. 5, pag. 1249.

³²⁰MAGNANI A., *Il contratto di cessione del diritto di opzione su partecipazioni societarie*, in *Rivista del Notariato*, 1997, fasc. 5, pt. 1, pag. 1081 e ss..

emissione superiore al loro valore nominale. Il soprapprezzo riscosso incrementerà non il capitale, al quale affluisce il valore nominale dell'aumento deliberato e sottoscritto, ma il patrimonio sociale ed in particolare la riserva.

Conseguentemente, il patrimonio netto, grazie all'apporto di questa nuova ricchezza, aumenterà di valore in misura tale da assicurare ai vecchi soci un valore reale di ciascuna azione, commisurato cioè al valore del patrimonio netto della società, non inferiore a quello anteriore all'aumento del capitale³²¹.

L'attribuzione del diritto di opzione opera in modo reale creando un vincolo obiettivo di indisponibilità del titolo, la cui violazione determina la nullità del trasferimento o della emissione ed intestazione delle nuove azioni, opponibile al terzo ancorchè in buona fede.

L'offerta di opzione deve essere depositata presso l'ufficio del registro delle imprese. In precedenza era previsto l'obbligo di pubblicazione dell'offerta nel Bollettino ufficiale delle società per azioni e a responsabilità limitata. Dal 1 ottobre 1997, per disposizione dell'art. 29 della legge 7 agosto 1997, n. 266, che ha comportato l'abolizione di detto Bollettino, la pubblicità viene assolta dal deposito presso l'ufficio del

³²¹SALAFIA V., *Natura giuridica del diritto di opzione nelle società di capitali*, in *Le Società, Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, 2007, vol. VIII, pag. 921 e ss..

registro delle imprese, con decorrenza degli effetti della data stessa. La pubblicità è posta nell'interesse esclusivo dei soci e pertanto ad essa i soci stessi possono rinunciare con delibera unanime, dispensando gli amministratori dall'effettuarla³²².

La delibera assembleare deve specificare il termine concesso ai soci per l'esercizio del diritto di opzione. La sottoscrizione immediata potrebbe pregiudicare il diritto del socio assente e renderebbe annullabile la delibera, a meno che la sottoscrizione immediata delle azioni sulle quali i soci assenti abbiano diritto di opzione sia soggetta alla condizione risolutiva del mancato esercizio di tale diritto³²³.

Il termine non può essere inferiore a trenta giorni dalla data di deposito del verbale presso l'ufficio del registro delle imprese. E' discusso in proposito se la mancata fissazione del termine da parte dell'assemblea renda nulla la delibera o autorizzi a ritenere che il termine coincida con il minimo fissato dall'art. 2441 c.c. Il termine minimo per l'esercizio del diritto di opzione si intende posto a pena decadenza. Rimane in facoltà della società stabilire un termine maggiore. Qualora l'avente diritto non eserciti il diritto di opzione nel termine indicato decadrà dal diritto medesimo³²⁴.

³²²TRIB. MILANO, 19 giugno 1993, in *Le società*, 1993, pag. 1495.

³²³TRIB. ROMA, 16 giugno 1998, in *Foro Italiano*, 1999, I, pag. 3040.

³²⁴CAMPOBASSO M., *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, Torino, 2005, pag. 299 e ss.; BIANCHI G., *Le operazioni sul capitale sociale*, Cedam, 2007, pag. 133 e ss..

4.3 Prelazione nell'acquisto delle azioni inoptate

L'art. 2441, comma III, c.c. riconosce ai soci, che abbiano esercitato l'opzione, il diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni e delle obbligazioni convertibili in azioni chi siano rimaste inoptate, cioè per le quali il diritto di opzione di altri soci non sia stato esercitato, a condizione che ne facciano richiesta contestuale all'atto dell'esercizio dell'opzione o anche non contestualmente all'esercizio del diritto di opzione sui titoli di propria spettanza³²⁵.

La natura giuridica di questo diritto è stata variamente definita dalla dottrina, nel senso che alcuni lo hanno inteso, in base alla lettera della legge, come diritto di essere preferiti ad altri³²⁶, laddove altri lo hanno interpretato come espansione dell'originario diritto di opzione, il cui esercizio comporta per il socio l'espansione del suo potere di sottoscrizione fino a comprendere anche le azioni non optate dagli altri soci³²⁷.

³²⁵TRIB. TORINO, 23 marzo 2004, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, pag. 2120.

³²⁶GRANDE STEVENS, *Il nuovo art. 2441: il diritto di prelazione*, in *Rivista delle società*, 1976, pag. 1189; PORTALE R., *Opzione e soprapprezzo nella novella azionaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1975, II, pag. 213.

³²⁷FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1987, vol. X, t. 3, pag. 926 e ss.; RIVOLTA G., *Profili della nuova disciplina del diritto di opzione nelle società per azioni*, in *Rivista di diritto civile*, 1975, I, pag. 528 e 529.

La Corte di Cassazione, con sentenza 28 marzo 1996, n. 2850³²⁸, ha ritenuto che il predetto diritto di prelazione ha natura giuridica diversa da quella propria del diritto di opzione, traendo argomento, oltre che dalla lettera della norma, anche e soprattutto facendo leva sull'ultima parte del citato III comma dell'art. 2441 c.c..

Questa, con riferimento alle società quotate, dispone che i diritti di opzione non esercitati devono essere offerti, per almeno cinque riunioni nel mercato regolamentato, entro il mese successivo alla scadenza del termine stabilito dal II comma dell'articolo per l'esercizio dell'opzione da parte dei soci. Questa disposizione, che non sottrae ai soci optanti il diritto di prelazione, comporta che, prima dell'esercizio di questo, i diritti di opzione non esercitati siano offerti in borsa come diritti di opzione, che conferiranno agli acquirenti lo stesso vantaggio assicurato ai soci, consistente nella sottoscrizione delle nuove azioni a valore nominale.

Solo relativamente ai diritti non collocati in borsa, varrà la prelazione dei soci optanti che ne avessero fatto richiesta, ma, come con evidenza si deduce da questi passaggi normativi, il diritto di prelazione si sostituisce al diritto di opzione non esercitato, che si estingue in quanto non esercitato entro il termine di decadenza appositamente fissato.

³²⁸CASS., 28 marzo 1996, n. 2850, in *Le Società, Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, 1996, vol. XII, pag. 1237.

La Suprema Corte aggiunge che, per il socio optante, non c'è alcuna ragione di prevedere, in aggiunta al diritto di opzione proporzionale al suo possesso azionario, un ulteriore diritto di opzione, il cui esercizio non è diretto a conservare l'originario rapporto fra possesso azionario e patrimonio sociale, ma ad accrescere il possesso azionario e conseguentemente il suo rapporto con il patrimonio.

Precisa ancora il Supremo Giudice, che per la sottoscrizione delle azioni non optate gli amministratori, se non avesse già provveduta l'assemblea, devono determinare il prezzo di emissione in misura superiore al loro valore nominale, in quanto la preferenza del socio optante nella sottoscrizione dell'inoptato, acquisita mediante la dichiarazione fatta nell'esercizio dell'opzione, lo pone nella stessa condizione degli estranei alla compagine sociale, ai quali l'inoptato dovrebbe essere offerto, in assenza della prelazione in favore del socio optante³²⁹.

³²⁹SALAFIA V., *Natura giuridica del diritto di opzione nelle società di capitali*, in *Le Società, Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, 2007, vol. VIII, pag. 921 e ss..

4.4 Esclusione o limitazione del diritto di opzione

Il diritto di opzione ha la funzione di tutelare l'interesse dell'azionista a conservare inalterata la sua quota di partecipazione al capitale sociale, evitando che l'aumento di quest'ultimo possa incidere, modificandola, sulla proporzionale partecipazione al voto ed agli utili.

L'interesse del socio non è però protetto in modo assoluto. Il legislatore, infatti, ha previsto alcuni casi di esclusione del diritto di opzione, consentendo, in particolari situazioni, che tale diritto possa essere escluso o limitato per volontà assembleare.

Sono previste tre ipotesi di esclusione del diritto di opzione:

- quando le azioni di nuova emissione, secondo la deliberazione di aumento del capitale, devono essere liberate mediante conferimenti in natura (art. 2441, comma IV, c.c.);
- quando l'interesse della società lo esige e giustifica l'esclusione del diritto di opzione (art. 2441, comma V, c.c.);
- quando l'assemblea deliberi di offrire le azioni di nuova emissione in sottoscrizione ai dipendenti della società, o di società che la controllano, o che sono da essa controllate, limitatamente ad un quarto delle stesse (art. 2441, comma VIII, c.c.).

Il diritto di opzione può essere escluso o limitato con delibera di assemblea straordinaria, che rechi espressamente all'ordine del giorno lo specifico argomento su cui deliberare, approvata da tanti soci che rappresentino oltre la metà del capitale sociale, anche se la deliberazione è presa in seconda o terza convocazione. Lo statuto della società può prevedere una maggioranza più qualificata quale, ad esempio, quella dei due terzi del capitale sociale³³⁰.

Un'attenzione particolare deve essere rivolta all'*excursus* sulle questioni interpretative dibattute in dottrina e giurisprudenza in relazione all'ipotesi generica dell'esclusione o limitazione del diritto di opzione (che costituisce una facoltà che rimane nel libero arbitrio della maggioranza la quale, pur in presenza di un interesse della società che lo esige, può, ma non necessariamente deve escludere o limitare il diritto di opzione), ovvero quando “l'interesse della società lo esige”, il quale consti dalla delibera³³¹.

In primis non può non essere ricordata la posizione secondo cui occorre distinguere, con riferimento all'ipotesi in esame, la fattispecie concreta da quella astratta. Più precisamente la possibilità di esclusione o limitazione quando ricorre l'interesse sociale atterrebbe all'eccezionale

³³⁰CASS., 13 gennaio 1987, n. 133, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1987, II, pag. 344.

³³¹TRIB. MILANO 29 settembre 1988, in *Le società*, 1989, pag. 162; TRIB. ANCONA, 18 gennaio 2002, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2002, pag. 359.

possibilità di escludere o limitare la portata del diritto di opzione nel caso concreto, pur ricorrendone in via astratta la fattispecie legalmente prevista.

Solo eccezionalmente, quindi, l'assemblea potrà escludere o limitare il diritto di opzione “nel caso concreto” ammettendo in tale ipotesi quella prevalenza dell'interesse sociale, che invece è, in via generale, esclusa nei riguardi del diritto di opzione.

Quindi, non è ritenuta sufficiente una motivazione generica, dovendo la delibera spiegare concretamente quale sia tale interesse, al fine di valutarne la consistenza e la reale sussistenza³³². Inoltre, al fine di sanare il vizio di motivazione non sono sufficienti gli eventuali chiarimenti forniti dagli amministratori in sede di dibattito assembleare, se gli stessi non sono formalizzati e riassunti nel verbale³³³.

L'interesse sociale costituisce un requisito che deve obbiettivamente concorrere perchè possa essere preclusa o limitata la concretizzazione del diritto di opzione dell'azionista. Ne segue, altresì, che la positiva sussistenza dell'interesse *de quo* potrà essere verificata dal giudice con una valutazione di merito, in contrasto con il principio generale che

³³²TRIB. SALUZZO, 14 aprile 2001, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2001, II, pag. 623.

³³³TRIB. VERONA, 22 luglio 1993, in *Vita notarile*, 1994, I, pag. 319.

preclude all'autorità giudiziaria un controllo di merito sulla deliberazione³³⁴

Per quanto riguarda la controversa individuazione del concetto di interesse sociale, sembra particolarmente convincente la posizione di chi³³⁵ sottolinea che il problema attiene, più che all'identificazione dell'interesse sociale in nome del quale può (non deve, dal che si desume la completa libertà di decisione della maggioranza) essere esclusa l'opzione, all'esigenza di scoprire se nel singolo caso l'interesse tipico è interesse riferibile a tutti i membri del gruppo e non soltanto a taluni di essi. In tale prospettiva l'onere della prova³³⁶ che l'esclusione o la limitazione del diritto è giustificata da specifiche esigenze sociali incombe sulla maggioranza.

In relazione, invece, al significato della parola “esige”, si contrappongono due orientamenti principali. Un primo, più rigido, richiede l'esistenza di un vero e proprio stato di necessità nel quale l'esclusione del diritto si pone come mezzo necessario per la realizzazione dell'interesse sociale³³⁷. L'altro, ritiene invece sufficiente la

³³⁴CAVALLO BORGIA R., *Azioni e obbligazioni di società*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di GALGANO F., Cedam, Padova, 1988, vol. 15, pag. 134 e ss..

³³⁵JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1963, pag. 223 e ss..

³³⁶GALGANO F., *Art. 2441*, in *Commentario al codice civile*, a cura di CENDON P., Trino, 1991, vol. V, pag. 1249.

³³⁷JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1963, pag. 223.

presenza di un rapporto da mezzo a fine³³⁸, un rapporto tale per cui l'esclusione o la limitazione si qualifichi come mezzo indispensabile per la realizzazione di un certo interesse qualificabile come interesse della società e non come interesse extrasociale della maggioranza.

E' questo secondo orientamento quello che ha finito per prevalere e non solo in dottrina³³⁹.

4.5 Cessione del diritto di opzione. Estensione del diritto ai terzi in caso di quote rimaste inoptate

Il diritto di opzione spetta al socio, il quale, invece di esercitarlo, può anche cederlo trasmettendo al cessionario il vantaggio di sottoscrivere le nuove azioni al valore nominale.

Lo svantaggio che deriva al socio rinunciatario, consistente nel far entrare nella compagine societaria un estraneo o nell'accrescere il possesso azionario del cessionario se già socio, viene compensato dal prezzo di cessione del diritto. Prezzo che, ovviamente, sarà determinato

³³⁸GALGANO F., *Art. 2441*, in Commentario al codice civile, a cura di CENDON P., Torino, 1991, vol. V, pag. 1249.

³³⁹CAVALLO BORGIA R., *Le azioni e le obbligazioni*, in *Le società, Trattato*, a cura di GALGANO F., Utet, 2002, pag. 65 e ss..

dal cedente in misura tale che il cessionario, pur conseguendo azioni nuove al loro valore nominale, sopporta un costo aggiuntivo, costituito dal prezzo pagato al socio cedente. Quest'ultimo, dunque, muta il proprio rapporto con il patrimonio sociale, ma la differenza in meno è colmata, appunto, dal prezzo riscosso per la cessione dell'opzione.

Nelle società quotate, la legge, con l'evidente intento di favorire l'allargamento della compagine societaria, prevede l'incentivo per i terzi di sottoscrivere le nuove azioni, in sostituzione dei soci inoptanti, per un prezzo pari allo stesso valore uninominale, che la società avrebbe dovuto richiedere ai vecchi soci. La norma non esclude che, prima della scadenza dell'esercizio del diritto di opzione da parte dei soci, questi lo cedano ad altri; ma intende dopo la scadenza del diritto dei soci, estendere temporalmente il diritto in favore dei terzi. La società, dunque, dopo la vana scadenza dei diritti spettanti ai soci, non offre nel mercato regolamentato i diritti dei soci, che si sono già estinti per mancato esercizio nel termine perentorio stabilito dagli amministratori, ma altri equivalenti diritti da essa creati; ciò spiega perchè il ricavato della cessione di essi appartiene alla società e non ai soci, la cui astensione

dall'esercizio dei diritti di opzione ha consentito alla società di crearne dei nuovi, anche se equivalenti³⁴⁰.

³⁴⁰SALAFIA V., *Natura giuridica del diritto di opzione nelle società di capitali*, in *Le Società, Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, vol. VIII, pag. 921 e ss..

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche sezione civile*, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1995, vol. XIII, pag. 140 e ss.
- AA.VV., *Nuovo Digesto Italiano*, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1939, pag. 720 e ss.
- BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, pag. 406
- BAYER W., *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tubingen, 1995.
- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pag. 148 e ss.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di VASSALLI F., II edizione, Utet, Torino, 1950, vol. XV, t. II, pag. 262 e ss.
- BIANCA C.M., *Il Contratto*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 e ss.
- BIANCA C.M., *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1964, I, pag. 485 e ss.

- BIANCA C.M., *La responsabilità*, in *Diritto Civile*, Giuffrè, Milano, vol. V, pag. 394
- BIANCA C.M., *Vendita e Permuta*, Torino, 1993, pag. 146 e ss.
- BIANCHI G., *Le operazioni sul capitale sociale*, Cedam, 2007, pag. 133 e ss.
- BIANCHI D'ESPINOSA L., *Appunti sul contratto di borsa a premio semplice ("dont")*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1958, II, pag. 152
- BIAVASCHI D., *Il contratto di opzione a favore di terzi*, in *Ventiquattrore avvocato*, 2006, fasc. 9, pag. 20 e ss.
- BIONDI V., *Donazione e contratto a favore di terzo*, in *Foro Italiano*, 1958, I, pag. 55 e ss.
- BONFANTE G., *L'opzione nei contratti di vendita*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1930, I, pag. 128 e ss.
- BONILINI G., *La prelazione volontaria*, Giuffrè, Milano, 1984, pag. 95
- BOSELLI M., *Patto di opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Foro Padano*, 1954, I, pag. 867 e ss.

- BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita*, *Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI G., Utet, 2007, vol. VII, t. 1, pag. 281 e ss.
- BRANCA G., in *Foro Italiano*, 1961, I, pag. 1642
- BRIENZA A., *La tassatività delle ipotesi di trascrizione: superamento o conferma di un principio?*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, II, pag. 571 e ss.
- BROCCHI L., nota a TRIB. ROMA, 29 marzo 1994, n. 4902, in *Rassegna di diritto civile*, 1996, pag. 434
- BUTERA A., *Proposta di vendita e facoltà di accettazione di un termine stabilito*, nota a CASS., 28 luglio 1928, in *Foro Italiano*, 1928, I, pag. 1099
- CALICETI P., *Patto di opzione e meccanismi pubblicitari*, in *Rivista di diritto civile*, 1992, I, pag. 289 e ss.
- CAMPOBASSO M., *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, Torino, 2005, pag. 299 e ss.
- CANDIAN A., *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1949, pag. 201
- CARBONE V., *I requisiti dell'opzione*, nota a CASS., 29 ottobre 1993, n. 10777, in *Corriere giuridico*, pag. 1042

- CARIOTA FERRARA L., *Rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Rivista di diritto civile*, 1960, I, pag. 351 e ss.
- CARNELUTTI F., *Formazione progressiva del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, II, pag. 308 e ss.
- CARRARO L., *Valore attuale della massima “fraus omnia corrumpit”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, pag. 801
- CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1987, vol. XXI, t. 2, pag. 764 e ss.
- CARUSI P., *Il negozio giuridico notarile*, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 118
- CASELLA M., *La doppia alienazione immobiliare: un dibattito sempre aperto*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, II, pag. 457 e ss.
- CATAUDELLA A., *Contratto d’opzione e procedimento di formazione del contratto preliminare*, nota a CASS., 15 gennaio 1965, n. 84, in *Scritti sui contratti*, a cura di CATAUDELLA A., Cedam, Milano, 1998, pag. 1 e ss.
- CATRICALA' A., *Patto di preferenza*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1978, II, pag. 546 e ss.

- CAVALLO BORGIA R., *Azioni e obbligazioni di società*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di GALGANO F., Cedam, Padova, 1988, vol. 15, pag. 134 e ss.
- CAVALLO BORGIA R., *Le azioni e le obbligazioni*, in *Le Società Trattato*, a cura di GALGANO F., Utet, 2002, pag. 65 e ss. - pag. 215 e ss.
- CESARO E., *Il contratto e l'opzione*, Jovene, Napoli, 1969, pag. 20 e ss.
- CESARO E., *L'opzione nel contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1980, XXX, pag. 563 e ss.
- CHIANALE A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, Giuffrè, 1992, pag. 102 e ss.
- CHIANALE A., voce *Opzione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche sezione civile*, Torino, 1995, vol. XIII, pag. 140
- CIAN G., *La trascrivibilità del preliminare (ex art. 3 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 del 1996)*, in *Studium iuris*, 1997, pag. 215
- CICALA R., voce *Accollo*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1968

- COSTANZA M., *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, pag. 520 e ss.
- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1952, pag. 95
- DE MARTINI A., *Lineamenti del patto di prelazione della fase di adempimento*, nota a CASS., 30 giugno 1949, n. 1639, in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1949, III, pag. 1055
- DE MARTINI A., *Opzione, proposta ferma, patto di prelazione, pactum de contrahendo*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1947, III, pag. 403 e ss.
- DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, pag. 75 e ss.
- DE MARTINI A. – RUOPPOLO G., *Art. 1321-1410*, in *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cura di NICOLO' R. – RICHTER M.S., Giuffrè, Milano, 1971, libro IV, t. II, pag. 133 e ss.

- DELL'UTRI M., *Patto di opzione, risoluzione del contratto e responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, I, pag. 729 e ss.
- DELLE MONACHE S., *Sulla figura del patto di opzione a favore di terzi*, in *Rivista del notariato*, 2005, vol. II, pag. 765 e ss.
- DI LORENZO L., *Ammissibilità del contratto di opzione a favore di terzo*, nota a CASS., 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Notariato*, 2005, pag. 147 e ss.
- DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, pag. 676 e 677
- DONISI C., *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1967, pag. 785 e ss.
- D'ORAZI M., *Appunti sul patto di rispetto nella locazione*, in *Rivista del notariato*, 1950, pag. 19
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pag. 199 e ss.
- FERRARA F. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 929
- FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di VASSALI F., Torino, 1987, vol. X, t. 3, pag. 926 e ss.

- FERRI L., *Trascrizione e azione revocatoria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, pag. 984 e ss.
- FORCHIELLI P., *Contratto preliminare*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959, IV, pag. 148 e ss.
- FORCHIELLI P., *Patto di opzione e pactum de contraendo cum terbio*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, I, 1, pag. 109 e ss.
- FRAGALI M., *Obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di D'AMELIO M. e FINZI E., Cedam, I, pag. 323
- FRE' G., *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1961, pag. 631 e ss.
- GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano, 1970, pag. pag. 250 e ss.
- GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Giuffrè, Milano, 1971, pag. 11 e ss.
- GABRIELLI G., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, pag. 529 e ss.
- GABRIELLI G., *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 e ss.

- GABRIELLI G., voce *Prelazione (patto di)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XXIII, pag. 3
- GALGANO F., *Art. 2441 c.c.*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di CENDON P., Torino, 1991, vol. 5, pag. 1249
- GALGANO F., *Diritto privato*, Cedam, 2001, pag. 234
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Milano, Giuffrè, 1991, vol. XVIII, t. 1, pag. 350 e ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pag. 864 e ss.
- GENOVESE A., *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1965, I, pag. 184 e ss.
- GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, pag. 29 e ss. e 42 e ss.
- GIOFFRE' G., *La sopravvivenza del contratto principale all'invalidità dell'opzione*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, pag. 179 e ss.
- GIRINO F., *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Giuffrè, Milano, 1965

- GORLA G., *Note sulla distinzione fra opzione e proposta irrevocabile*, in *Rivista di diritto civile*, 1962, I, pag. 215 e ss.
- GORLA G., *Problemi sulla cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1963, I, pag. 23
- GRANDE STEVENS F., *Il nuovo art. 2441: il diritto di prelazione*, in *Rivista delle società*, 1976, pag. 1189
- GRAZIANI A., *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, pag. 335 e ss.
- GRECO P., *Lezioni di diritto commerciale*, Roma, 1958, pag. 46
- GUARNERI A., *Costituzione di servitù e stipulazione a favore di terzo*, nota a CASS., 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, c. 1347
- GUIOTTO A., *La qualificazione*, in *La prelazione volontaria*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 43
- GULLOTTA G., *Proposta irrevocabile ed opzione gratuita*, in *Rivista di diritto commerciale*, II, 1988, pag. 161
- JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1963, pag. 223 e ss.

- JANNUZZI A., *Proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a TRIB. MANTOVA, 24 agosto 1948, in *Foro Italiano*, 1949, I, pag. 179
- LENER G., *Giurisprudenza nuova: applicazione dei rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta al preliminare di opzione, al preliminare unilaterale, alla proposta irrevocabile*, in *Foro italiano*, 1954, I, 1278
- LEO F., *Spunti in tema di contratto a favore del terzo e patto d'opzione*, nota a CASS., 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Vita notarile*, 2004, n. 3, pag. 1437 e ss.
- LIPARI M., *L'oggetto dell'opzione di vendita e la determinazione del prezzo rinviata ad un successivo accordo tra le parti*, nota a CASS., 14 febbraio 1986, n. 873, in *Giustizia civile*, 1986, I, pag. 1672
- LONGO G., *De nudo iure, ovvero dell'opzione di contratto preliminare*, in *Giustizia civile*, 1965, I, pag. 1465 e ss.
- LORDI L., *Obbligazioni commerciali*, Milano, 1936, pag. 88 e ss.
- MACCARRONE G., *Contratto "con prestazione al terzo"*, Esi, Napoli, 1997

- MAGAZZU' A., *Il contratto di albergo a favore di terzo e l'art. 1591 c.c.*, nota a CORTE APP. MESSINA, 14 marzo 1959, in *Giustizia civile*, 1960, I, pag. 832
- MAGNANI A., *Il contratto di cessione del diritto di opzione su partecipazione societaria*, in *Rivista del Notariato*, 1997, fasc. 5, pt. 1, pag. 1081 e ss.
- MAJELLO U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Jovene, Napoli, 1962, pag. 110 e ss.
- MARICONDA G., *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Torino, 1985, vol. XIX, pag. 114 e ss.
- MEGARRY Sir R. – WADE H.V.R., *The Law of real Property*, London, 1984, pag. 570 e ss.
- MENTI P., *Il dualismo fra proposta ferma per patto e contratto d'opzione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1984, pag. 686 e ss.
- MESSINEO F., *Contratto*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1961, vol. IX, pag. 902
- MESSINEO F., voce *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enciclopedia del diritto*, 1962, vol. X, pag. 196 e ss.

- MESSINEO F., *Contratto preliminare e preparatorio*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1961, vol. X, pag. 194 e ss.
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, pag. 178 e ss.-pag. 300
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1987, vol. XXI, t. 1, pag. 479 e ss.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1959, vol. III, pag. 511 e ss. e vol. IV, pag. 78 e ss.
- MESSINEO F., *Operazioni di borsa e di banca*, Giuffrè, Milano, 1965, pag. 109 e ss.
- MIELE L., *Opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1952, II, pag. 272
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 1980, vol. IV, t. 2, pag. 56 e ss.
- MOSCARINI L.V., *Astrattezza della proposta unilaterale irrevocabile e onerosità del patto di opzione*, in *Rassegna di diritto civile*, a cura di PERLINGERI P., 2007, pag. 471 e ss.

- MOSCARINI L.V., *I negozi a favore di terzi*, Giuffrè, Milano, 1970, pag. 130 e ss.
- MOSCARINI L.V., *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1997, Artt. 1411-1413 c.c.
- MOSCARINI L.V., voce *Prelazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, vol. XXIV, pag. 981
- NICOLO' R., *Deposito e contratto a favore di terzo*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1939, (ora in *Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 1980, I, pag. 533)
- NICOLO' R., *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, I, pag. 179
- NIVARRA L., *La trascrizione del preliminare*, in *Vita Notarile*, 1998, I, pag. 1369 e ss.
- OBERTO G., *L'oggetto della vendita in generale*, in *La vendita*, a cura di BIN M., vol. I, *La formazione del contratto. Oggetto ed effetti in generale*, Cedam, Padova, 1994, pag. 415 e ss.
- PACCHIONI G., *Della promessa di vendita con la cosiddetta clausola di opzione e di alcuni limiti di ammissibilità dell'azione*

di rescissione per lesione, nota a CORTE APP. MILANO, 30 luglio 1927, in *Foro Italiano*, 1927, I, pag. 1111 e ss.

- PALANDRI A., in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1948, II, pag. 671
- PALERMO G., *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, a cura di LUMINOSO A. e PALEMO G., Cedam, Padova, 1998, pag. 160
- PEREGO E., *I vincoli preliminari e il contratto*, Giuffrè, Milano, 1974, pag. 60 e ss.
- PEREGO E., *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a CASS., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giustizia civile*, 1981, I, pag. 2274
- PORTALE R., *Opzione e soprapprezzo nella novella azionaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1975, II, pag. 213
- REALMONTE F., *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di REALMONTE F. e ALBANESE A., Milano, Giuffrè, 1996, pag. 167 e ss.
- REGOLI F.A., *Brevi osservazioni in tema di efficacia reale del contratto a favore di terzo nei suoi rapporti con il patto*

d'opzione, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, n. 2, pag. 463

- RESCIGNO P. – GABRIELLI E., *I Contratti in generale*, in *Trattato dei Contratti*, vol. I, t. I, a cura di RICCIUTO V., Utet, 2006, pag. 208 e ss.; pag. 273 e ss.
- RIVOLTA G.C.M., *Profili della nuova disciplina del diritto di opzione nelle società per azioni*, in *Rivista di diritto civile*, 1975, I, pag. 528 e 529
- ROMANO S., *Vendita e contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di GROSSO G. – SANTORO PASSARELLI F., Milano, 1960, vol. V, t. 1, pag. 118 e ss.
- ROMEO C., *Opzione e proposta irrevocabile: analogie e differenze*, nota a TRIB. TORINO 9 settembre 1998, in *Contratti*, 1999, pag. 356 e ss.
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA G. e ZATTI P., Milano, 2001, pag. 161 e ss.
- ROSAPEPE R., *L'esclusione del diritto di opzione degli azionisti*, Giuffrè, Milano, 1988, *passim*
- RORDORF R., *Nuova Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 1726

- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1971, pag. 46 e ss.
- RUMORI C., *Assegnazione di alloggi ai sinistrati: configurabilità di un contratto a favore di terzo?*, nota a CASS., 28 novembre 1994, n. 10158, in *Giustizia civile*, 1995, I, pag. 2182
- SACCO R., *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1975, vol. VI, t. 2, pag. 194 e ss.
- SACCO R.-DE NOVA G., *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., Torino, 1982, pag. 417 e ss.
- SALAFIA V., *Natura giuridica del diritto di opzione nelle società di capitali*, in *Le Società, Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, 2007, vol. VIII, pag. 921 e ss.
- SALVI V., *la donazione con riserva di usufrutto*, in *Studi per A. Cicu*, II, Milano, 1951, pag. 425
- SANTIN G., *l'intenzione delle parti nella stipulazione a favore di terzo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1953, I, 1, pag. 437 ss;
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto*, Napoli, 1962, pag. 216 e ss.

- SARASSO C., *Lineamenti del patto di prelazione*, Milano, 1968, pag. 14
- SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di REALMONTE F., Giuffrè, 1996, pag. 53 e ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Collegamento negoziale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VIII, pag. 375 e ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il Contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Zanichelli, Bologna, 1970, vol. IV, pag. 140 e ss.
- SCOZZAFAVA T.O., voce *Contratto a favore di terzi*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1988, pag. 1 e ss.
- SEGRE' T., nota a CASS., 28 luglio 1928, *Il cosiddetto diritto d'opzione e l'azione di rescissione per lesione enorme*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1928, II, pag. 599
- SERRA A., *I contratti di borsa a premio*, Milano, 1971, pag. 227 e ss.
- SESTA M., *Contratto a favore del terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, pag. 253 e ss.,

- STANGHELLINI L., *Opzione e contratto preparatorio*, nota a CASS., 4 dicembre 1974, n. 3986, in *Rivista di diritto civile*, 1978, II, pag. 597 e ss.
- TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 75 e ss.; pag. 204 e ss.
- TAMPONI M., *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Torino, 2000, vol. XIII, t. VI, pag. 365 e ss.
- TARTUFARI L., *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889
- TEOFILATO P., *Intorno alla natura giuridica del patto di riscatto e del patto d'opzione*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1954, III, pag. 492
- TONDO S., *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *Foro italiano*, 1995, V, pag. 272 e ss.
- TORDO CAPRIOLI A., *Attività negoziale e funzione notarile*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 61 e ss.
- TORRENTE A., *Appunti sulla donazione indiretta*, in *Studi in memoria di Calamandrei P.*, Cedam, Padova, 1958, vol. V, pag.

- TORRENTE A., *Contratto preliminare, Opzione ed eccessiva onerosità*, in *Rivista di diritto commerciale e obbligazioni*, 1955, II, pag. 370 e ss.
- TORRENTE A., *Il giudice e il diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, pag. 1261
- TORRENTE A., *In tema di contratto a favore di terzo*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1945, II, c. 18 e ss.
- TRIMARCHI P., *Causalità giuridica e danno*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISENTINI G., Milano, 1984, pag. 5
- VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, Firenze, 1945, pag. 120 e ss.
- VETTORI G., *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, Giuffrè, 1995, pag. 93 e ss.
- ZANELLI P., *Le società: ordinamento e variabili. Società per Azioni*, Torino, 1994, pag. 69
- ZICCARDI F., *L'induzione all'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1979, pag. 258 e ss.

INDICE GIURISPRUDENZA

TRIB. MILANO, 30 dicembre 1926

CORTE APP. MILANO, 30 luglio 1927

CORTE APP. TORINO, 28 luglio 1943

CASS., 28 febbraio 1947, n. 293

CASS., 30 luglio 1947, n. 1284

TRIB. VERBANIA, 8 ottobre 1947

CASS., 9 marzo 1948, n. 365

CASS., 21 aprile 1948, n. 701

CASS., 12 maggio 1948, n. 701

TRIB. MANTOVA, 24 agosto 1948

CASS., 9 novembre 1948, n. 1815

CASS., 21 aprile 1949, n. 1917

CASS., 30 giugno 1949, n. 1639

CORTE APP. VENEZIA, 28 luglio 1949

CASS., 31 luglio 1949, n. 2082

TRIB. AOSTA, 20 aprile 1951

CASS., 20 giugno 1951, n. 1635

CASS., 23 luglio 1951, n. 2088

CORTE APP. FIRENZE, 12 ottobre 1951

CASS., 27 marzo 1952, n. 826

CASS., 28 giugno 1952, n. 1921

CASS., 18 luglio 1952, n. 2263

CASS., 28 agosto 1952, n. 2778

CASS., 7 maggio 1953, n. 1271

CASS., 20 giugno 1953, n. 1889

CASS., 16 ottobre 1954, n. 379

CASS., 5 marzo 1954, n. 617

CASS., 9 marzo 1954, n. 671

CASS., 28 gennaio 1955, n. 223

CORTE APP. PERUGIA, 4 luglio 1956

CASS., 15 gennaio 1957, n. 79

TRIB. ROMA, 30 luglio 1957

CORTE APP. MESSINA, 14 marzo 1959

CORTE APP. VENEZIA, 25 luglio 1959

TRIB. NAPOLI, 16 novembre, 1959

CASS., 15 ottobre 1960, n. 703

CASS., 14 dicembre 1960, n. 3247

CASS., 28 ottobre 1961, n. 2462

TRIB. ROMA, 24 maggio 1961
CASS., 7 gennaio 1964, n. 13
TRIB. ROMA, 13 febbraio 1964
CASS., 14 marzo 1964, n. 567
CORTE APP. FIRENZE, 17 giugno 1964
CASS., 15 gennaio 1965, n. 84
TRIB. PARMA, 9 aprile 1965
CASS., 27 luglio 1965, n. 1782
CASS., 11 marzo 1966, n. 698
CASS., 2 marzo 1967, n. 483
CASS., 18 maggio 1967, n. 1071
CASS., 13 luglio 1967, n. 1739
CASS., 16 ottobre 1969, n. 3384
CASS., 24 novembre 1969, n. 3825
CASS., 17 febbraio 1970, n. 357
TRIB. TORINO, 28 gennaio 1972
CASS., 16 gennaio 1973, n. 161
CASS., 27 ottobre 1973, n. 2274
CASS., 27 novembre 1973, n. 2794
CASS., 7 gennaio 1974, n. 29

CASS., 5 aprile 1974, n. 967
CASS., 4 dicembre 1974, n. 3986
CASS., 23 gennaio 1975, n. 265
CASS., 16 maggio 1975, n. 1893
CORTE APP. MILANO, 15 settembre 1975
CASS., 26 luglio 1977, n. 3341
CASS., 27 febbraio 1978, n. 989
CASS., 25 ottobre 1978, n. 4870
CASS., 11 luglio 1979, n. 3981
CASS., 10 dicembre 1979, n. 6395
CASS., 11 febbraio 1980, n. 960
CASS., 25 febbraio 1980, n. 1317
CASS., 18 aprile 1980, n. 2553
CASS., 12 marzo 1981, n. 1407
CASS., 6 aprile 1981, n. 1944
CASS., 20 gennaio 1982, n. 579
CASS., 21 gennaio 1982, n. 402
CASS., 22 gennaio 1982, n. 436
CASS., 29 gennaio 1982, n. 579
CASS., 9 febbraio 1982, n. 759

CASS., 13 maggio 1982, n. 3009
CASS., 14 dicembre 1982, n. 6871
CASS., 11 giugno 1983, n. 4012
CASS., 13 luglio 1983, n. 4778
CASS., 7 gennaio 1984, n. 104
CASS., 5 gennaio 1985, n. 11
CASS., 14 febbraio 1986, n. 873
CASS., 27 febbraio 1986, n. 1270
TRIB. MILANO 29 maggio 1986
CASS., 11 ottobre 1986, n. 5950
CASS., 14 novembre 1986, n. 6688
CASS., 28 novembre 1986, 7026
CASS., 13 gennaio 1987, n. 133
CASS., 7 aprile 1987, n. 3339
CASS., 5 giugno 1987, n. 4901
TRIB. MILANO, 6 giugno 1988
TRIB. ROMA, 30 maggio 1990
CASS., 5 maggio 1987, n. 4901
CASS., 5 dicembre 1987, n. 9034
TRIB. MILANO, 29 settembre 1988

CASS., 27 gennaio 1992, n. 855
CASS., 7 maggio 1992, n. 5423
CASS., 7 ottobre 1992, n. 10940
CASS., 14 dicembre 1992, n. 1823
CASS., 13 febbraio 1993, n. 1842
TRIB. MILANO, 19 giugno 1993
TRIB. VERONA, 22 luglio 1993
CASS., 29 ottobre 1993, n. 10777
CASS., 22 novembre 1993, n. 11503
TRIB. ROMA, 29 marzo 1994, n. 4902
CASS., 1 settembre 1994, n. 7622
CASS., 4 ottobre 1994, n. 8075
CASS., 28 novembre 1994, n. 10158
CASS., 13 dicembre 1994, n. 10649
CASS., 28 marzo 1996, n. 2850
CASS., 9 agosto 1996, n. 7398
CASS., 12 agosto 1996, n. 7492
CASS., 6 novembre 1996, n. 9675
CORTE APP. MILANO, 11 marzo 1997
CASS., 19 agosto 1997, n. 7693

CASS., 25 febbraio 1998, n. 2017
TRIB. ROMA, 16 giugno 1998
TRIB. TORINO 9 settembre 1998
CASS., 2 febbraio 2000, n. 1131
CASS., 11 maggio 2000, n. 6030
TRIB. ANCONA, 18 gennaio 2002
CASS., 12 dicembre 2002, n. 17737
CASS., 10 ottobre 2003, n. 15142
CASS., 1 dicembre 2003, n. 18321
TRIB. TORINO, 23 marzo 2004