

Premesse

La crescente diffusione, nella prassi societaria, di tecniche di finanziamento dell'impresa moderne ed alternative al "tradizionale" prestito obbligazionario, ha posto al centro del dibattito dottrinale il tema della partecipazione di tutti i soci al rischio economico.

Tra le altre, le opzioni *put & call*, ossia quelle clausole parasociali che consentono di mantenere ferma una proposta contrattuale di acquisto (*call*) o di vendita (*put*) per un dato lasso temporale, hanno obbligato gli studiosi ad interrogarsi sulla loro compatibilità con il nostro ordinamento, stante il divieto di patto leonino posto dall'art. 2265, cod. civ.. Questo, infatti, nel disporre che «è nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite», parrebbe idoneo a invalidare qualsiasi pattuizione – tra cui quelle in esame – che sia tale da risolversi in una via d'uscita senza rischio dalla società. Non è un caso, del resto, che le opzioni *put* in particolare vengano generalmente annoverate – al pari delle clausole di *tag along* e *drag along* – tra le cd. *way-out clauses*.

Il presente elaborato, pertanto, si pone il proposito di argomentare, grazie anche al contributo di una parte consistente della dottrina e della più recente giurisprudenza di ultima istanza, in favore della legittimità di siffatte clausole, la cui interpretazione non può prescindere dalla possibilità riconosciuta nel nostro ordinamento di concludere contratti atipici che siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.¹

Così, per tali ragioni, il primo capitolo sarà funzionale ad un inquadramento civilistico di queste nuove forme contrattuali. Verranno anzitutto descritti i tratti caratterizzanti del patto di opzione – disciplinato dall'art. 1331 cod. civ. – nelle sue due versioni di acquisto

¹ È questo il disposto dell'art. 1322, co. 2, cod. civ..

e di vendita. Come si vedrà, per sgombrare il campo da potenziali incertezze, gli elementi costitutivi della fattispecie in esame verranno analizzati anche per differenza da istituti che presentano con essa qualche aspetto in comune. Poi, con l'evidente intento di "preparare" il lettore ad alcune delle problematiche sollevate dal rapporto tra opzione e divieto di patto leonino, si procederà allo studio del suo contenuto minimo, illustrando le tesi a supporto della necessaria determinabilità dell'oggetto del contratto e dell'ammissibilità dell'opzione gratuita.

Il secondo capitolo, invece, dopo aver chiarito le possibili ambiguità semantiche in cui potrebbero incorrere i tecnici del settore nel rapportarsi con le opzioni in ambito societario ed immobiliare – posto che, come è noto, l'utilizzo di accordi siffatti sia tipico nel primo e raro nel secondo – ne indagherà le ragioni economiche sottostanti e, di conseguenza, le cause della diffusione. Esse, invero, in quanto strumento che consente la conclusione di un contratto mediante una semplice dichiarazione di volontà – il che, per forza di cose, ha il pregio di garantire estrema celerità alle scelte degli operatori commerciali – sono sovente impiegate nei mercati borsistici e nelle operazioni di *venture capital* o *private equity*. Orbene, da un lato, le opzioni sono strumenti derivati normalmente negoziati nelle *trading venues* regolamentate e non; dall'altro lato, esse, utilizzate nelle acquisizioni di quote societarie con finalità di investimento e disinvestimento, rispondono perfettamente all'esigenza di assicurare una *exit* garantita – e senza rischio – dalla società.

Nel terzo capitolo, cuore del presente lavoro, verranno finalmente discusse le ragioni per cui le opzioni *put*, nonostante il divieto di esenzione dagli utili e dalle perdite, siano da reputarsi legittime. Ciò, come si vedrà, richiederà preliminarmente un'accurata ricostruzione dell'*excursus* storico ed interpretativo del patto leonino. Invero, la *ratio* sottesa al precetto di cui all'art. 2265 cod. civ. è mutata nel corso del

tempo: esso, da istituto funzionale, in epoca medievale, alla repressione dell'usura, è oggi considerato alla stregua di una norma di ordine pubblico economico posta a garanzia della corretta formazione della volontà sociale. Una tale visione, tuttavia, muovendo dal presupposto secondo cui il nostro ordinamento sancirebbe l'indissolubilità del nesso rischio-potere in materia societaria, rischia di scontrarsi con la recente proliferazione di istituti integralmente derogatori di siffatto principio. Ed ecco perché, dopo un pluridecennale *iter* giurisprudenziale sul tema – *iter* di cui si effettuerà una rapida disamina – due recentissime pronunce “gemelle”² occorse il 4 luglio 2018 hanno chiarito che le opzioni *put*, se contenute all'interno di patti parasociali e stipulate a titolo di finanziamento, siano da considerarsi dirette a realizzare interessi meritevoli di tutela e, pertanto, legittime.

Qui giunti, la trattazione avrebbe potuto dirsi conclusa. Tuttavia, esigenze di completezza e propositi di ricerca dello scrivente, hanno indotto lo stesso ad affrontare, nel quarto capitolo, un'indagine sui più rilevanti strumenti di rottura nel nesso rischio-potere presenti all'interno del nostro ordinamento e non solo. Essi, ormai molteplici – si vedranno, tra gli altri, le azioni a voto plurimo, l'istituto del diritto di voto maggiorato, i derivati su azioni, la cd. *record date* – sono un'ulteriore dimostrazione della fondatezza della tesi della validità delle opzioni *put*. In altri termini, il timore che il voto in assemblea venga esercitato da un soggetto “disinteressato” – posto che, come detto, le finalità di investimento dei beneficiari di un'opzione *put* escludono *a priori* siffatta eventualità – non è più, alla luce dei recenti interventi normativi, una solida ragione per ritenere le stesse illegittime. Addirittura, la copiosità ed il rilievo delle deroghe via via introdotte dal

² La locuzione è mutuata dalle ben più note sentenze della Corte Costituzionale nn. 347-348/2007

legislatore, parrebbero attribuire fondatezza alla teoria per cui il principio di proporzionalità tra azione e voto, corollario del più ampio principio di indissolubilità del nesso rischio-potere, sia degradato a mera forma organizzativa del voto, valido come canone di *default* per i casi in cui l'autonomia statutaria non abbia previsto diversamente.

CAPITOLO PRIMO

L'opzione

1. Inquadramento dogmatico del patto di opzione ex art. 1331 cod. civ.

Il termine opzione, frequentemente utilizzato nel linguaggio comune per indicare la libera scelta, in capo ad un soggetto, tra i due termini di un'alternativa, racchiude in ambito giuridico – e in particolare nel ramo civilistico – un significato pressochè analogo se riferito all'esercizio di un diritto. L'opzione, infatti, nel campo della formazione di un contratto, consiste nell'attribuzione ad una soltanto delle parti del diritto di addivenire, in un momento successivo, alla stipulazione di un contratto medesimo, mediante accettazione della proposta – a tal fine ritenuta irrevocabile – pervenuta dalla controparte. All'opzionario o oblato, titolare del diritto, fa quindi riscontro il proponente o concedente, ormai vincolato dalla propria dichiarazione.³

Orbene, l'istituto in esame non era rinvenibile nella previgente disciplina (*i.e.* quella dettata dagli abrogati codici civile e del commercio rispettivamente del 1865 e del 1882); anzi, in virtù della prescrizione di cui all'art. 36, terzo comma, del codice del commercio, il quale statuiva che la revoca della proposta contrattuale impediva la formazione del contratto – senza alcun cenno sulla possibilità di effettuare una proposta irrevocabile – parte della dottrina, con un'interpretazione letterale e quindi restrittiva della suddetta norma,

³ Cfr. la dottrina classica G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, Torino, 1987, pag. 82 e G. TAMBURRINO, *Patto d'opzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, pag. 727.

sosteneva vigente nell'ordinamento il principio inderogabile di revocabilità di ogni proposta contrattuale.⁴

In passato, dunque, la giurisprudenza dovette vagliare veri e propri contratti di opzione in assenza di puntuali previsioni che facessero chiarezza sulla natura giuridica dell'istituto.⁵ Ciononostante, l'introduzione da parte del legislatore del 1942 dell'art. 1331 cod. civ. lasciò irrisolti alcuni degli interrogativi posti dagli operatori del diritto. Da un lato, la formulazione della disposizione, secondo la quale la dichiarazione del proponente si considera come proposta irrevocabile «per gli effetti previsti dall'art. 1329», consente di fugare ogni dubbio circa la vincolatività della stessa (vincolatività che, si noti, discende direttamente dalla stipulazione del contratto, con tutte le implicazioni che ciò comporta in caso di successivo inadempimento del concedente l'opzione)⁶; dall'altro lato, tuttavia, sono per anni rimaste aperte le

⁴ Lo riferiscono A. JANNUZZI., *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 A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1952, pag. 95. Così anche R. SACCO, *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, a cura di F. VASSALLI, Torino, 1975, vol. VI, t. 2, pag. 194 ss..

⁵ Sul celebre contenzioso *Rinascente v Bocconi* cfr. Trib. Milano, 30 dicembre 1926, che inquadra l'opzione non come vero e proprio contratto, bensì come proposta irrevocabile per un dato tempo; G. PACCHIONI, *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*, 1928, I, pag. 111 ss., che riformò la sentenza del Tribunale, ritenendo si trattasse di un contratto sottoposto a condizione sospensiva; T. SEGRÉ, *Il cosiddetto diritto di opzione e l'azione di rescissione per lesione enorme*, nota a Cass. Civ., 28 luglio 1928, in *Rivista di diritto commerciale*, 1928, II, pag. 599, e con nota critica di A. BUTERA, in *Foro Italiano*, 1928, I, pag. 1009, che per prima parlò di contratto a formazione progressiva con irrevocabilità della proposta.

⁶ E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, Milano, 2018, pag. 22 ss.; A. GENOVESE, *Il contratto di opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1965, I, pag. 181; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in Generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, pag. 150. Di parere opposto F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, pag. 897; A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, pag. 398, secondo i quali, poiché dalla proposta irrevocabile non scaturiscono, nelle more del periodo di irrevocabilità, effetti obbligatori se non esclusivamente quegli obblighi, strumentali, dalla cui violazione discende la responsabilità di cui agli artt. 1337 e 1338

questioni attinenti in particolar modo all'inquadramento dogmatico dell'istituto.

Comunque, è bene evidenziare sin da subito che, dopo anni di dibattiti, dottrina e giurisprudenza maggioritarie concordano nel ritenere l'opzione un contratto autonomo, strumentale a sua volta alla stipulazione di un successivo contratto definitivo (*rectius*: principale).⁷ In altre parole, l'opzione si inserisce in una fattispecie a formazione progressiva della volontà contrattuale. Volontà costituita, in un primo momento, da un accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità della proposta del promittente e, in seguito, dalla eventuale accettazione del promissario che, saldandosi con la proposta irrevocabile precedente, perfeziona il negozio giuridico.⁸

2. La differenza tra il l'opzione e gli altri negozi giuridici preparatori

Si è finora detto, in maniera introduttiva, che l'opzione ricorre nell'ipotesi in cui si convenga che una parte si obblighi nei confronti

cod. civ., allo stesso modo nel contratto di opzione comportamenti volti ad ostacolare la conclusione del contratto finale si porrebbero come azioni od omissioni a rilevanza esclusivamente precontrattuale.

⁷ Sono ormai passate in secondo piano la teoria del contratto unico, che si riferisce all'opinione di G. BONFANTE, 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, M. FRAGALI, *Obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di M. D'AMELIO e E. FINZI, Firenze, 1948, I, pag. 323; P. TEOFILATO, *Intorno alla natura giuridica del patto di riscatto e del patto di opzione*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1954, III, pag. 492; L. MIELE, *Patto d'opzione e forma*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1952, II, pag. 272; la teoria del doppio contratto, declinata come cumulo tra contratto preliminare e proposta irrevocabile, espressa da A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale*, Milano, 1950, pag. 75 ss.; la teoria dell'accettazione come negozio giuridico unilaterale, secondo cui il contratto principale non si realizzerebbe attraverso l'ordinario meccanismo proposta-accettazione, bensì mediante la combinazione tra l'opzione e la dichiarazione dell'oblato, che rappresenterebbe un negozio giuridico unilaterale a contenuto patrimoniale. Cfr. E. CESARO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pagg. 252-253.

⁸ Cass. Civ., 10 ottobre 2003, n. 15142.

dell'altra ad una data prestazione, mentre l'altra si riserva la scelta (*rectius*: l'opzione) se accettare o meno.⁹ L'opzione, quindi, è ricondotta dalla dottrina nel novero dei cd. negozi giuridici strumentali o preparatori, cioè quelle figure negoziali prodromiche alla formazione progressiva di un contratto definitivo.¹⁰ Di tale categoria fanno parte, oltre all'opzione, istituti quali la proposta irrevocabile, il contratto preliminare e il patto di prelazione.¹¹ Ne segue che, prima di affrontare alcune delle problematiche già accennate (*supra* §1) e relative all'opzione, è bene sgombrare il campo da possibili equivoci, chiarendo una volta per tutte la differenza tra tutte le figure sovra-citate.

Molto delicata, ma allo stesso tempo di immediata comprensione, è la differenza tra l'opzione e la proposta irrevocabile. Il dato normativo, infatti, pur suggerendo una eguaglianza di effetti tra l'una e l'altra, ne evidenzia in maniera inequivoca la differenza sostanziale: «convenzione» la prima, atto unilaterale la seconda.¹² Ed ecco perché, per tale ragione, dottrina e giurisprudenza si esprimono nel senso che le due figure, pur diverse *quod naturam*, sarebbero assimilabili *quod effectum*, posto che attraverso l'accordo si perviene all'effetto medesimo di quello che si sarebbe avuto con la dichiarazione unilaterale, e cioè il vincolo per il proponente a mantener ferma la

⁹ F. GALGANO, *Diritto Privato*, Padova, 2001, pag. 234.

¹⁰ Cfr. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, *passim*; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I (Le fasi del procedimento)*, Milano, 1974, pag. 91 ss.; per un panorama della dottrina sul punto, E. PANZARINI, *Il contratto di opzione, struttura e funzioni*, Milano, 2007, pag. 3.

¹¹ E. CESARO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, pag. 29; G. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, pag. 66.

¹² Cfr. M. FRAGALI, *Dei requisiti del contratto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da M. D'AMELIO, E. FINZI, *Libro delle obbligazioni, I*, Firenze, 1948, pag. 331; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, pag. 36; parte della dottrina ha avanzato delle perplessità sulla coesistenza nel nostro ordinamento giuridico di due fattispecie, l'una a struttura unilaterale e l'altra a struttura bilaterale, aventi, sostanzialmente, il medesimo effetto: cfr. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., pag. 11.

propria proposta.¹³ *Prima facie*, d'altronde, emerge chiaramente come nella proposta irrevocabile, al pari dell'opzione, la conclusione del contratto è rimessa al giudizio di opportunità del destinatario dell'offerta, a tal fine posto al riparo dal pericolo di un'improvvisa revoca. Specularmente, il proponente, tramite la concessione all'oblato di un ampio *spatium deliberandi*, conferisce alla propria dichiarazione una maggiore definitività, così aumentando le possibilità di conclusione dell'affare.¹⁴ Degna di nota è, tuttavia, la divergente disciplina del termine dell'irrevocabilità. Infatti, mentre l'art. 1329 cod. civ., nel declinare l'irrevocabilità come una «*proposta per un certo tempo*», tace circa l'ipotesi, peraltro non infrequente, di mancata previsione di alcun termine di durata, l'art. 1331 cod. civ. precisa al secondo comma che «*se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice*».¹⁵ Al di fuori di questa piccola sfumatura, tirando

¹³ G. GORLA, *Note sulla distinzione tra opzione e proposta irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.* 1962, I, pag. 221; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pag. 147; E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, pag. 109; E. PANZARINI, *Il contratto di opzione, struttura e funzioni*, cit., pag. 41 ss. e pag. 113 ss.. Per la giurisprudenza sul punto, invece, già originariamente Cass. Civ., 27 marzo 1952, n. 826, ha definito l'opzione una rinuncia convenzionale al potere di revoca: successivamente la Corte Suprema ha sempre affermato la distinzione tra proposta irrevocabile ed opzione, solo *quod naturam*, e la equiparazione *quod effectum*, costituendo anche essa una rinuncia (convenzionale) alla irrevocabilità della proposta: Cass. Civ., 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, pagg. 571-572.

¹⁴ Cfr. G. GORLA, *Problemi sulla cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, pag. 1;

¹⁵ È assai dibattuto il problema degli strumenti utilizzabili per supplire alla mancanza del termine nella proposta irrevocabile. Secondo un orientamento, la mancata indicazione del termine, che costituisce elemento essenziale della proposta irrevocabile, ne determinerebbe la nullità e osterebbe comunque alla stessa configurabilità della proposta ferma come tale. Conseguentemente, secondo questo orientamento, la proposta irrevocabile priva del termine di irrevocabilità deve considerarsi proposta semplice e quindi revocabile secondo le regole generali, escludendosi il ricorso al meccanismo designativo di cui all'art. 1331 cod. civ. in ragione della natura eccezionale della norma e alle differenze strutturali esistenti fra opzione e proposta irrevocabile: così G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., pag. 157; E. CESARO, *Il contratto e l'opzione*, cit., pag. 271; Cass. Civ., 7 aprile 1987, n. 3339. Altri interpreti hanno sostenuto l'opposta tesi

le somme, l'opzione attribuisce all'oblato il diritto potestativo di concludere un successivo contratto, laddove una "semplice" proposta, sebbene irrevocabile, costituisce una domanda senza risposta. Null'altro può dirsi riguardo queste due figure, in fin dei conti, molto simili tra loro.¹⁶

Abbastanza evidente è anche la differenza tra l'opzione ed il contratto preliminare, e in particolare il cd. contratto preliminare unilaterale, in cui è soltanto una delle due parti ad obbligarsi alla stipulazione di un successivo contratto definitivo. Mentre nell'opzione, come detto ampiamente, l'oblato è titolare del diritto potestativo di esercitare l'opzione, addivenendo, mediante la semplice accettazione, alla conclusione di un contratto, nel preliminare unilaterale si genera unicamente il diritto alla stipulazione di un contratto definitivo. Non quindi una sola dichiarazione, bensì l'incontro di dichiarazioni tra le due parti contraenti.¹⁷ Una cosa è il nesso strumentale esistente tra il preliminare ed il successivo definitivo, consistente nella combinazione diritto di credito-obbligazione, entrambi aventi ad oggetto la successiva manifestazione del consenso;¹⁸ altra cosa, sostanzialmente differente, è il legame strutturale intercorrente tra il momento iniziale del patto di opzione – in cui la proposta è resa vincolante tramite un accordo tra le

dell'applicazione per analogia del termine giudiziale: G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., pag. 39; A. DI MAJO, *Proposta irrevocabile e condizioni generali di contratto*, in *Foro it.*, 1975, pag. 2588; Cass. Civ., 26 maggio 1965, n. 1059. Secondo diversa opinione, infine, se faccia difetto l'indicazione del termine di irrevocabilità, esso si determina in base alla regola valevole per la proposta in generale ai sensi dell'art. 1326, comma 2, cod. civ.: E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., pag. 133; Cass. Civ., 22 novembre 1974, n. 3781.

¹⁶ Cfr. G. GORLA, *Problemi sulla cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*, cit. pag 216 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Artt.1321-1352*, cit., pag. 46.

¹⁷ In giurisprudenza, Cass. Civ., 14 novembre 1978, n. 5236; Cass. Civ., 26 marzo 1997, n. 2692; e la più recente Cass. Civ., 21 novembre 2011, n. 24445.

¹⁸ Cfr. G. BOZZI, *I contratti preparatori*, in *I contratti di vendita, Trattato dei contratti*, a cura di P. RESCIGNO, G. GABRIELLI, Torino, 2007, pag. 292.

parti – ed il momento finale, costituito dall'accettazione, conclusivo della formazione progressiva del contratto.¹⁹ Differenza, a voler tacere d'altro, ulteriormente accentuata dall'ammissibilità, sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recente, del cd. preliminare di preliminare.²⁰

Per concludere il discorso con la differenza tra l'opzione ed il patto di prelazione, infine, posto che con quest'ultimo un soggetto si obbliga a preferire il proprio contraente, a parità di condizioni, nel caso in cui decidesse in un secondo momento di stipulare un determinato contratto, è indiscussa la diversità delle posizioni giuridiche assunte dai contraenti: il prelazionario, infatti, al contrario dell'oblato, non è titolare di alcun potere in ordine alla conclusione del contratto;²¹ né, analogamente, la sua controparte può in alcun modo ritenersi tenuta a contrarre (a differenza del proponente), essendo quest'ultima esclusivamente obbligata, come accennato poc'anzi, a preferire il prelazionario in caso di successiva stipulazione del contratto. A dire il vero, tuttavia, tale distinzione si assottiglia nel caso in cui la tecnica redazionale utilizzata dalle due parti porti a ritenere quello in esame un patto di opzione condizionato (ad esempio, al pareggiamento dell'offerta del terzo). In tal caso, a prescindere dal *nomen juris* attribuito all'atto, sarà compito dell'interprete, con l'ausilio dei criteri

¹⁹ F. FUNARI, *Contratto di Opzione, qualificazione, accettazione difforme dell'opzionario ed esercizio tardivo dell'opzione*, in *Le Società*, 2015, pag. 1398.

²⁰ In giurisprudenza, Cass. Civ., 14 dicembre 1992, n. 1823, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, pag. 13 ss.; Cass. Civ., 11 ottobre 1986, n. 5950, in *Giur. it.*, 1987, I, pag. 1625 ss.; Sul punto di interesse anche le considerazioni *incidenter tantum* delle Sezioni Unite della S.C. nella recente sentenza che ha riconosciuto la validità del contratto preliminare di preliminare, Cass. Civ., SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628; in dottrina F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 1968, pag. 489; N. DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1980, I, pag. 571.

²¹ Cfr. G. BOZZI, *I contratti preparatori*, cit., pag. 294.

indicati dagli artt. 1362-1371 cod. civ., indagare sull'effettiva volontà delle parti.²²

3. Causa dell'opzione ed ammissibilità dell'opzione gratuita: la prassi degli operatori.

Sintetizzati gli elementi strutturali caratterizzanti l'opzione, rispetto ad istituti ad essa simili, è possibile ora procedere con l'analisi di alcune delle questioni che, data la scarsa previsione dell'art. 1331 cod. civ., hanno dato luogo ad una pluralità di approcci ed interpretazioni tutti differenti tra loro.²³ Ci si riferisce, in particolare, all'individuazione della causa del contratto di opzione ed al tema, ad essa collegato, della ammissibilità o meno dell'opzione gratuita.

Iniziando dalla causa dell'opzione, autorevole dottrina, avallata da una giurisprudenza piuttosto risalente, ne ha affermato la "tipicità" in virtù della sua funzione di negozio prodromico.²⁴ In altre parole, si è detto che, rappresentando l'opzione un negozio geneticamente collegato ad un contratto finale, la causa verrebbe a collocarsi proprio in questa strumentalità, e cioè nella sua funzionalità a disciplinare il rapporto tra i contraenti in vista della conclusione di un successivo contratto.²⁵ Pur prescindendo da alcuna indagine circa l'esistenza di una causa in concreto, si è comunque in linea con la lettura più accreditata (*supra*

²² Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, G. DE NOVA, Torino, 2004, pag. 343 ss.; F. FUNARI, *Contratto di Opzione, qualificazione, accettazione difforme dell'opzionario ed esercizio tardivo dell'opzione*, cit., pagg. 1398-1399.

²³ F. FUNARI, *Contratto di Opzione, qualificazione, accettazione difforme dell'opzionario ed esercizio tardivo dell'opzione*, cit., pag. 1399.

²⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 216 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VIII, pag. 375 ss.; per la giurisprudenza, invece, Cass. Civ., 20 gennaio 1982, n. 579, voce *Contratto in genere*, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1982, pag. 91.

²⁵ P. MENTI, *Il dualismo fra proposta ferma per patto e contratto di opzione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1984, pag. 695 ss..

§1) che considera l'opzione come un contratto autonomo – e pertanto avente causa autonoma – rispetto al contratto finale.²⁶ Il *proprium* del meccanismo opzionale, infatti, consiste nella segmentazione in due fasi temporalmente distinte, ma teleologicamente coordinate. E proprio in quanto posto in essere per agevolare il negozio definitivo, l'ordinamento riconoscerebbe una “tipicità legale” del patto di opzione: l'attribuzione di una causa tipica esonererebbe così l'interprete dal compito di accertare l'esistenza di una causa concreta a supporto del rapporto economico-giuridico cui essa dà luogo.²⁷

Siffatta impostazione è stata oggetto di critiche da parte di altra dottrina che, argomentando sulla base del raffronto tra l'opzione e la proposta irrevocabile, ha sostenuto che, ragionando nei termini di cui sopra, non si porrebbe alcuna distinzione tra le due figure. In sostanza l'opzione, in quanto negozio bilaterale, richiederebbe una specifica causa onerosa data dalla previsione di un premio che l'oblato deve riconoscere al proponente come corrispettivo della propria posizione di vantaggio. D'altronde, si è argomentato, se il legislatore ha inteso disciplinare in due diversi articoli le predette figure, evidentemente allora avrà voluto distinguerle. E ciò sia nella struttura – trattandosi rispettivamente di un contratto e di un negozio giuridico unilaterale (*supra* §2) – ma anche nella causa. Dovrebbe negarsi recisamente, quindi, la possibilità di un'opzione gratuita.²⁸

²⁶ L. STANCHELLINI, *Opzione e contratto preparatorio*, nota a Cass. Civ., 4 dicembre 1974, n. 3986, in *Rivista di diritto civile*, 1978, II, pag. 597 ss. e A. SERRA, *I contratti di borsa a premio*, Milano, 1971, pag. 227 ss..

²⁷Cass. Civ., 12 dicembre 2002, n. 17737, in *Rivista del Notariato*, 2003, pag. 1247 ss.; in dottrina cfr. G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., pag. 75 ss. e P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, a cura di V. RICCIUTO, 2006, pag. 208 ss..

²⁸ La tesi della necessaria onerosità dell'opzione è stata affermata per la prima volta da R. SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 221 ss. e ripresa nelle sue successive trattazioni; sempre in dottrina, cfr. anche F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1987, pag. 764 ss.; In giurisprudenza, invece, Corte App.

Quest'ultima tesi, a dire il vero, non convince affatto, in quanto confonde un elemento essenziale del contratto – la causa – con il corrispettivo, volutamente omissso dal legislatore nell'art. 1331 cod. civ.. Il termine «*convenire*» utilizzato nella norma in commento, al contrario, non implica alcuna necessaria onerosità del contratto stipulato dalle parti; anzi, è verosimile ritenere che si siano voluti disciplinare in egual modo sia il contratto di opzione autonomo, che la clausola di opzione inserita in una più ampia bozza contrattuale.²⁹ Né ciò porterebbe ad equiparare l'opzione alla proposta irrevocabile. L'opzione, infatti, ha un contenuto ulteriore rispetto alla mera irrevocabilità, dato dall'intero assetto contrattuale che le parti hanno già in mente e che, appunto, corrisponde a quella causa giustificatrice della meritevolezza degli interessi sottostanti all'operazione.³⁰ Ragioni di interpretazione sistematica, nondimeno, sembrano rafforzare significativamente la tesi che esclude l'inammissibilità dell'opzione gratuita: ogni qualvolta il legislatore non abbia previsto l'obbligatoria onerosità di un contratto, dottrina e giurisprudenza sono concordi

Milano, 11 marzo 1997, in *Corriere giuridico*, 1997, pag. 805, la quale si è spinta ad affermare che «*l'obbligazione assunta dal proponente di tenere ferma la propria proposta per il tempo convenuto, in base al principio di causalità, in tanto può validamente sorgere, in quanto essa trovi una contropartita in analoghi impegni posti a carico della parte nei cui confronti viene fatta la proposta, ovvero venga pattuito per essa un corrispettivo in denaro*». Pertanto, secondo tale isolata pronuncia, sarebbe nulla l'opzione avvenuta «*senza la specificazione di alcun titolo che la giustifichi e la renda meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*». Tuttavia, F. FUNARI, *Contratto di Opzione, qualificazione, accettazione difforme dell'opzionario ed esercizio tardivo dell'opzione*, cit., pag. 1399, ha giustamente rilevato che «*tale decisione, in realtà, sembra confondere il tema della necessaria giustificazione sul piano causale del contratto di opzione (così come di qualsiasi altro contratto), con il tema della sua necessaria onerosità, ai fini della sua validità*».

²⁹ F. FUNARI, *Contratto di Opzione, qualificazione, accettazione difforme dell'opzionario ed esercizio tardivo dell'opzione*, cit., pag. 1399.

³⁰ G. GABRIELLI, *Opzione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XVI, pag. 4 ss.; G. GORLA, *Problemi sulla cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*, in *Rivista di diritto commerciale*, cit., pag. 23; C. ROMEO, *Opzione e proposta irrevocabile: analogie e differenze*, nota a Trib. Torino, 9 settembre 1998, in *Contratti*, 1999, pag. 356 ss..

nell'ammettere che le fattispecie in rilievo possano essere concluse anche a titolo gratuito. Esempi concreti sono rappresentati dalla fideiussione³¹, dalla cessione del contratto³², dal patto di non alienazione.³³

Pare più ragionevole, quindi, interpretare il silenzio del legislatore come una implicita apertura all'opzione gratuita.³⁴

Tuttavia, tale divergenza tra le posizioni dottrinali e giurisprudenziali, ha da tempo indotto gli operatori commerciali, in tutte le ipotesi – a dire il vero residuali – di opzioni “gratuite”, ad esplicitare in maniera univoca l'interesse economico, diverso dal corrispettivo, che spinge il proponente a costituire il diritto dell'opzionario. Si tratta di prassi che, con estrema prudenza, mirano a scongiurare una declaratoria di invalidità del patto stipulato.³⁵

4. L'oggetto dell'opzione

Meritevole di trattazione, al pari della causa, è la questione relativa all'oggetto del patto di opzione. Consolidato che, ai sensi dell'art. 1331 cod. civ., le parti convengono che una manterrà ferma la propria proposta, rimanendo così vincolata, e l'altra sarà libera di accettare

³¹ G. BOZZI, *La fideiussione*, Milano, 1995, pag. 42; in giurisprudenza, Trib. Napoli, 20 dicembre 1975, in *Dir. fall.*, 1975, II, pag. 450.

³² R. SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 703.

³³ M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1999, pag. 417.

³⁴ Cfr. anche M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, pag. 207; così anche P. RESCIGNO, *Contratto in generale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, pagg. 3-4. Pare opportuno precisare che parte della dottrina equiparerebbe l'opzione gratuita alla fattispecie di cui all'art. 1333 cod. civ., cioè il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, con tutto ciò che ne deriva in relazione al meccanismo di accettazione ivi previsto («la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata»). In tal senso C. M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Milano, 1999, vol. III, pag. 261 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, in *Edizione Scientifiche italiane*, Napoli, 2007, pag. 864 ss..

³⁵ F. FUNARI, *Contratto di Opzione, qualificazione, accettazione difforme dell'opzionario ed esercizio tardivo dell'opzione*, cit., pag. 1400.