

STUDIO LEGALE
DDI D'ISA DDI
CIVILE - PENALE - AMMINISTRATIVO - TRIBUTARIO - LAVORO

SEDE DI NAPOLI Via M. Schipa 59 80122 Napoli (Na) Tel: +39 081 248 24 43 Fax: +39 081 240 47 61	SEDE DI SORRENTO Via Padre R. Giuliani 24 80067 Sorrento (Na) P.IVA: 06785481216 Tel: +39 081 877 48 42 Fax: +39 081 877 48 42 Cell: +39 339 85 31 464 E-Mail: info@studiodisa.it PEC: info@pec.studiodisa.it www.studiodisa.it	SEDE DI SALERNO Corso G. Garibaldi 194 84122 Salerno (Sa) Tel: +39 089 258 04 38 Fax: +39 089 258 04 38
--	---	--

L'opzione



Rassegna giurisprudenziale e dottrinarie

*Codice civile – Libro IV delle obbligazioni –
Titolo II del contratto in generale – art. 1331*

Avv. Renato D'Isa
21/11/2012



r.disa@studiodisa.it

Studio legale D'Isa



[Studio legale D'Isa](#)

Tel/fax
+390818774842



[@AvvRenatoDIsa](#)

info@studiodisa.it
www.studiodisa.it



avvrenatodisa.wordpress.com



Sommario

1	<i>La natura</i>	<i>Pag. 2</i>
2	<i>La struttura</i>	<i>Pag. 9</i>
3	<i>L'ambito</i>	<i>Pag. 12</i>
4	<i>Gli effetti e la tutela</i>	<i>Pag. 18</i>



1) *La natura*

art. 1331 c.c. opzione: *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. Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice.*

Qualora il definitivo assetto (su base contrattuale) di interessi tra le parti non si formi immediatamente per mezzo di un unico atto, si possono prospettare tre diverse ipotesi, produttive di differenti conseguenze giuridiche:

- a) patto d'opzione (**art. 1331** cod. civ.), negozio bilaterale con cui si concorda l'irrevocabilità della dichiarazione di una delle parti relativamente ad un futuro contratto che sarà concluso con la semplice accettazione dell'altra parte (relativamente ad un regolamento negoziale interamente contemplato nel patto di opzione), la quale però rimane libera di accettare o meno detta dichiarazione, entro un certo termine;
- b) c.d. "contratto preparatorio" in senso stretto (o "puntuazione"), con cui i contraenti si accordano su taluni punti del futuro contratto, in occasione della cui stipula (a cui le parti non sono obbligate, così come nei casi in cui sono intercorse semplici trattative) non sarà necessario un nuovo incontro di volontà sui punti già definiti;
- c) contratto preliminare, diretto ad obbligare le parti (o una sola nel caso di preliminare unilaterale) a stipulare un futuro contratto.

La riconduzione della fattispecie concreta ad una di tali ipotesi è compito del giudice di merito, censurabile in sede di legittimità per errore di diritto solo se nel delineare la fattispecie legale egli abbia violato le norme disciplinanti la sua configurabilità giuridica, e per errore di motivazione solo se lo stesso sia incorso in vizi di incongruità nell'apprezzamento dei fatti sottoposti al suo esame.



Un soggetto, vincolandosi per gli effetti previsti dall'**art. 1329** c.c. alla propria dichiarazione, attribuisce a un altro (c.d. oblati) il potere di determinare la conclusione di un contratto (i cui elementi devono già essere compiutamente indicati al momento della conclusione del c.d. patto d'opzione) mediante la sola manifestazione della propria accettazione.

Per la S.C.¹ il patto di opzione è un negozio giuridico bilaterale che dà luogo ad una proposta irrevocabile cui corrisponde la facoltà di una delle parti di accettarla, configurando uno degli elementi di una fattispecie a formazione successiva, costituita inizialmente dall'accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità della proposta e, successivamente, dall'accettazione definitiva del promissario che, saldandosi con la proposta, perfeziona il contratto.

Inoltre ai fini della configurabilità del contratto di opzione, è irrilevante che in esso manchi la fissazione di un termine per la accettazione della proposta, poichè l'art. 1331 cod.civ. prevede espressamente che il termine possa essere stabilito dal giudice quando ciò sia necessario².

Esempio: **Tizio** propone a **Caio** *di vendergli il fondo Tuscolano* per il prezzo di 10 mila euro e, per il compenso di 500 euro, **si impegna a mantenere ferma la proposta per 1 anno.** Caio è libero di accettare o non la proposta del contratto di compravendita, avendo a disposizione 1 anno di tempo per decidere.

In questo caso si hanno 2 contratti³:

- 1) uno principale quello della compravendita, in via di formazione perché di esso, al momento c'è solo la proposta irrevocabile;
- 2) l'altro (contratto con prestazioni corrispettive) accessorio, che è completo perché è una autentica convenzione.

¹ Corte di Cassazione, Sezione 1 civile, sentenza 10 ottobre 2003, n. 15142

² Corte di Cassazione, Sezione 2 civile, sentenza 5 giugno 1987, n. 4901

³ Capozzi



- Teoria del contratto preliminare unilaterale

Alcuni autori⁴ hanno affermato, anche sotto il vigore del nuovo codice, che l'opzione, in definitiva, sarebbe un contratto preliminare unilaterale.

Accettando questa teoria, sorge un problema della trascrivibilità⁵, visto che, con la modifica apportata dalla L. 28.2.1997., n. 30, è prevista per i contratti preliminari avente ad oggetto la conclusione di contratti ai nn. 1- 2 –3 – 3- 4 dell'art. 2643 la trascrizione⁶.

Tuttavia, è stato facilmente risposto *in contrario*, che le due figure sono nettamente distinte.

- Teoria della *condicio iuris*

Altri autori⁷ sostengono che il patto d'opzione non ha una sua autonomia, ma rappresenta una *condicio iuris* (costituita dall'accettazione dell'oblato) al contratto in via di formazione. L'opzione, tuttavia, così come è configurata dall'art. 1331, ha una sua autonomia: è un'autentica convenzione e l'accettazione dell'oblato, lungi dall'essere una condizione, rappresenta, insieme, con la proposta irrevocabile contenuta nel patto di opzione, un elemento costitutivo del contratto definitivo.

- Teoria dell'accettazione come negozio giuridico unilaterale

Una suggestiva teoria⁸ 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; quest'ultima non rappresenta una tipica

⁴ per tutti De Ruggiero – Maroi

⁵ Gabrieli

⁶ **Vedi pag. 19 par.fo 4) Effetti, tutela e trascrizione**

⁷ per tutti Fragali

⁸ Cesaro



accettazione di proposta, ossia un atto non negoziale (c.d. prenegoziale), ma un negozio giuridico unilaterale a contenuto patrimoniale.

- Teoria del doppio contratto

Autorevolmente sostenuta in dottrina⁹ e dalla giurisprudenza prevalente, secondo la quale l'opzione risulta dal cumulo di 2 figure:

1^A proposta di contratto definitivo (il c.d. contratto principale) ed

2^A un contratto accessorio, inteso a rendere questa proposta irrevocabile.

Per la S.C.¹⁰ 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.

A) Opzione e proposta irrevocabile¹¹



- Natura

A) L'opzione è una convenzione,

La S.C.¹² ha affermato che 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 essa resti vincolata dalla propria dichiarazione mentre l'altra resta libera di accettarla o meno. In entrambi i casi,

⁹ Rubino – Forchielli – Mirabelli – Sacco – Messineo – Capozzi

¹⁰ Corte di Cassazione, sentenza 5-6-87, n. 4901

¹¹ Per una maggiore disamina dell'istituto aprire il seguente collegamento  [La proposta irrevocabile o ferma](#) 

¹² Corte di Cassazione, Sezione 2 civile, sentenza 7 aprile 1987, n. 3339



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, la cui volontà devono quindi essere espresse ed incontrarsi

B) mentre la proposta è un atto unilaterale.

- Differenza nella struttura

a) l'opzione può essere onerosa, con pagamento da parte dell'opzionario al concedente di una somma (premio), quale corrispettivo per la concessione di un diritto e conseguente soggezione, laddove la proposta irrevocabile, per la sua unilateralità è gratuita.

b) la proposta irrevocabile (negozio unilaterale recettizio) si perfeziona nel momento in cui la comunicazione è indirizzata al destinatario ed acquista efficacia quando perviene a conoscenza (teoria della ricezione) di quest'ultimo. Mentre l'opzione, come ogni contratto, è conclusa nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione da parte dell'altra.

c) in difetto di fissazione del termine,

- nell'opzione, interviene il giudice ex art. 1331^{2 co}, laddove il difetto di termine nella proposta irrevocabile comporta gravi problemi.
- Nella proposta irrevocabile, il termine, costituisce un elemento essenziale, che deve essere fissato dallo stesso proponente, in mancanza, la proposta, dovendosi considerare pura e semplice, è revocabile a norma dell'art. 1328, finché il contratto non sia concluso.

- Quanto poi alla cedibilità dei diritti

Nella proposta irrevocabile, non creandosi situazioni giuridiche sostanziali a favore del promissario, egli non potrà cedere la sua posizione, che consiste in una semplice facoltà.



Nell'opzione, il diritto nascente, determina, invece, in capo all'oblato, la nascita di un diritto potestativo a carattere strettamente personale; da tale carattere in linea generale, consegue che la posizione giuridica dell'oblato debba ritenersi incredibile.

Il proponente, infatti, ha un rapporto contrattuale *in fieri* esclusivamente con l'oblato, laddove con la cessione sarebbe costretto a diventare contraente di un soggetto diverso.

Ciò non toglie che qualora sia d'accordo anche il proponente questa sia cedibile, anche se in dottrina non è pacifica l'individuazione dello strumento adattabile a questa ipotesi;

Una parte della dottrina¹³, la quale fa riferimento alla cessione del credito, rileva, che nell'ampio concetto del credito, sono compresi i c.d. diritti potestativi.

La dottrina dominante¹⁴, invece, individua lo strumento più adatto nella cessione del contratto¹⁵. L'opzione, pertanto, è un contratto che può essere ceduta ai sensi dell'art. 1406.

B) Opzione e contratto preliminare¹⁶

- come per il preliminare, anche in caso di opzione si è in presenza di un contratto preparatorio, ma la produzione degli effetti definitivi è incerta, dipendendo dalla volontà di una parte che ha, al riguardo, la libertà di scelta, laddove in caso di preliminare essa è certa, anche perché, in caso d'inadempimento, soccorre, pur se non sempre, la sentenza ex art 2932 c.c.

Difatti per la S.C.¹⁷ la stipula di un patto di opzione, nel quale vi sono due parti che convengono che una di esse resti vincolata dalla propria dichiarazione mentre l'altra rimanga libera di accettarla o meno, non fa sorgere un vincolo giuridico che abiliti ciascuna delle parti ad agire per l'esecuzione specifica del negozio o per il risarcimento del danno, con la conseguenza che non matura il diritto del mediatore alla provvigione.


¹³ Gorla

¹⁴ Cesaro – Gabrieli – Perego

¹⁵ Per una maggiore disamina dell'istituto aprire il seguente collegamento

 [**La cessione del contratto**](#) 

¹⁶ Per una maggiore disamina dell'istituto aprire il seguente collegamento

 [**Le trattative ed il contratto**](#)

preliminare 

¹⁷ Corte di Cassazione, Sezione 3 civile, sentenza 21 novembre 2011, n. 24445



- La diversità riguarda anche il procedimento formativo finale. In caso di preliminare nasce un obbligo di contrarre, in caso di opzione il successivo contratto si perfeziona invece con il semplice esercizio del diritto potestativo. Non è dunque necessario alcun comportamento di collaborazione da parte del concedente al fine di pervenire alla conclusione.

C) Opzione e contratto preliminare unilaterale

Il patto di opzione, a differenza del contratto preliminare unilaterale in sé perfetto ed autonomo, sebbene con obbligazioni a carico di una sola delle parti, costituisce uno solo degli elementi di una fattispecie contrattuale a formazione progressiva, costituita inizialmente dall'accordo avente ad oggetto la irrevocabilità della proposta, la quale, nell'ipotesi in cui sia di fatto seguita dall'accettazione definitiva del promissario, determina il perfezionamento del contratto¹⁸.

Principio già espresso in una sentenza della S.C.¹⁹ secondo la quale il patto d'opzione, disciplinato dall'art. 1331 c. c., il quale ha in comune con il cosiddetto contratto preliminare unilaterale l'assunzione dell'obbligazione da parte di un solo contraente, si distingue per l'eventuale successivo "*iter*" della vicenda negoziale, in quanto, a differenza di detto preliminare unilaterale, che è contratto perfetto ed autonomo rispetto al contratto definitivo, l'opzione medesima configura elemento di una fattispecie a formazione successiva, costituita inizialmente da un accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità della proposta e poi dall'accettazione del promissario, che, saldandosi con la prima, perfeziona il contratto (sempreché venga espressa nella forma prescritta per il contratto stesso, e, quindi, nel caso di trasferimento immobiliare, per iscritto).

¹⁸ Corte d'Appello Firenze, Sezione 2 civile, sentenza 7 maggio 2010, n. 711

¹⁹ Corte di Cassazione, Sezione 2 civile, sentenza 11 ottobre 1986, n. 5950



2) La struttura

- *Diritto potestativo*

l'opzione determina la nascita in capo all'opzionario di un diritto che, se esercitato, conclude automaticamente il contratto di vendita.

- *Termine*

Per dottrina²⁰ autorevole scaduto il termine l'opzione viene meno e non può sopravvivere come proposta semplice, trattandosi di un termine di efficacia di un contratto e non di irrevocabilità di una proposta.

Per la S.C.²¹ il mancato esercizio, entro la scadenza del termine all'uopo fissato, della facoltà di accettare l'altrui proposta irrevocabile, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1331 cod. civ., facendo venir meno la soggezione dell'offerente al diritto potestativo del contraente cui è stata concessa l'opzione, libera definitivamente il primo, con la conseguenza che la manifestazione della volontà del secondo di aderire all'offerta, se sopravviene tardivamente equivale ad una nuova proposta che non vincola l'originario offerente se non in caso di accettazione da parte del medesimo.

L'esercizio tardivo vale come una nuova proposta e non già quale accettazione, tempestiva, ove il termine ex art. 1326^{1 co} fosse più lungo di quello fissato nell'opzione o tardiva, ove coincidesse.

Mentre altri autori²² applicano l'art. 1326^{3 co}, ritenendo che, anche se la proposta (revocabile o irrevocabile) che sia è scaduta, il proponente può ritenere efficace l'accettazione se ha ancora interesse al contratto; in tal caso dovrà dare immediatamente avviso all'accettante, ma il contratto si riterrà concluso nel momento in cui l'accettazione tardiva giunge al proponente, non quando l'avviso necessario giunge a conoscenza dell'accettante.

²⁰ Gazzoni

²¹ Corte di Cassazione, Sezione 1 civile, sentenza 7 maggio 1992, n. 5423

²² Gabrielli – Di Mauro



- *La forma*

Vale il principio generale, secondo il quale, la forma libera è la regola e il formalismo è l'eccezione.

Qualora il patto di opzione sia inerente al trasferimento di un **bene immobile**, la validità ed operatività della dichiarazione di accettazione del promissario postula l'atto scritto, a norma dell'art. 1350, n. 1, c.c., esclusa, quindi, ogni possibilità di ritenerla avvenuta tacitamente per *facta concludentia*²³.

Sia la proposta irrevocabile (**art. 1329** cod. civ.) che la dichiarazione resa vincolante per una delle parti da un patto di opzione (**art. 1331** cod. civ.) debbono contenere tutti gli elementi essenziali del contratto da concludere in modo da consentire la conclusione di tale contratto nel momento e per effetto della adesione dell'altra parte, senza necessità di ulteriori pattuizioni²⁴.

Per altra massima²⁵ il patto di opzione è negozio giuridico bilaterale che obbliga entrambe le parti, sicchè qualsiasi modifica concernente il contenuto del medesimo - come il termine entro il quale l'oblato può accettare la proposta, elemento costitutivo essenziale del patto di opzione - deve rivestire la medesima forma prescritta per detto negozio e provenire dalla volontà comune delle parti di esso, ovvero da un loro rappresentante, munito di procura generale o speciale, espressamente conferita tal fine.

Per ultima sentenza di merito lo schema negoziale carente del tratto sinallagmatico, e dunque dell'assunzione di obbligazioni reciproche, con obbligazioni a carico del solo venditore, per mezzo del quale le parti, dopo aver proceduto alla identificazione del venditore e

²³ Corte di Cassazione, sentenza 7-4-87, n. 3339,

²⁴ Corte di Cassazione, Sezione 2 civile, sentenza 10 settembre 2004, n. 18201. In precedenza la medesima Corte aveva stabilito che il patto d'opzione, secondo la previsione dell'art. 1331 cod. civ., conferisce ad una delle parti, a fronte della proposta dell'altra, non revocabile per un determinato periodo di tempo, il potere di determinare la conclusione del contratto mediante la propria accettazione e senza necessità di ulteriori dichiarazioni del proponente. La configurabilità del suddetto patto, pertanto, resta esclusa con riguardo ad una proposta che contenga solo alcuni elementi essenziali e non l'intero regolamento negoziale, perché, in tal caso, il perfezionarsi del contratto non può conseguire a detta accettazione, ma richiede la formazione del consenso sugli ulteriori elementi non contemplati dalla proposta stessa. Corte di Cassazione, Sezione 1 civile, sentenza 28 aprile 1983, n. 2908

²⁵ Corte di Cassazione, Sezione 3 civile, sentenza 12 dicembre 2002, n. 17737



dell'acquirente, senza alcun riferimento alla qualifica di promittente, statuiscono che il venditore si impegna a cedere le proprie quote e a far cedere le restanti fino al raggiungimento del 100% della proprietà della società e delle relative componenti attive e passive di seguito descritte, descrivono il patrimonio aziendale, con specifiche in materia di gestione, senza contemplare l'assunzione di alcuna obbligazione di stipulare il contratto definitivo da parte del venditore, prevedono unicamente al riguardo il termine finale per la stipula del definitivo, con contestuale identificazione del notaio rogante, ed indicano il prezzo di vendita, con previsione di tre pagamenti con bonifico bancario con importo e scadenze ed il saldo definitivo a passaggio delle quote con conteggio dare /avere della società, rientra nello schema del contratto preliminare unilaterale, in sé perfetto ed autonomo, ancorché con obbligazioni a carico di una sola parte, rispetto al contratto definitivo, assai vicino al negozio di opzione, quale uno degli elementi di una fattispecie a formazione successiva, costituita inizialmente da un accordo avente ad oggetto la irrevocabilità della proposta e, successivamente, dall'accezione definitiva del promissario che, saldandosi con la proposta, perfeziona il contratto e che, dunque, si differenzia dal contratto preliminare unilaterale per avere questo contenuto autonomo rispetto alla successiva manifestazione di volontà del contratto definitivo. Nel descritto schema l'acquirente non assume alcun obbligo di contrarre, ma solo quello di effettuare il pagamento di alcuni acconti sul prezzo (non definibili, in quanto tali, come caparra confirmatoria, seppure in tal modo qualificati nel negozio) ed il saldo al momento della stipula del definitivo, in quanto il meccanismo negoziale prevede il solo obbligo di cessione del venditore con facoltà per l'acquirente alla stipula entro la data indicata ed al prezzo formalizzato.

Infine il **patto di opzione, contenuto nelle condizioni generali del contratto**, non rientra fra le **clausole onerose** per la cui efficacia è necessaria la specifica approvazione per iscritto. Infatti, l'opzione si inserisce nella formazione di un futuro contratto e perciò non è compresa nella previsione degli articoli 1341 e 1342 c.c., i quali postulano un negozio che ha già completamente esaurito il suo ciclo di formazione ed è vincolante per entrambi i contraenti, come il contratto per adesione²⁶.

²⁶ Corte di Cassazione, sentenza 6-5-77, n. 1729



3) Ambito

È certa l'applicabilità dello schema a tutti i contratti onerosi.

Esempi:

1) Opzione di compravendita –

Il patto di opzione previsto dall'**art. 1331** cod. civ. impone nella compravendita ad una delle parti l'obbligo incondizionato ed irrevocabile di vendere o di comprare, attribuendo contestualmente all'altra parte il diritto di conseguire la vendita o l'acquisto del bene o di rinunciarvi a sua insindacabile scelta, di guisa che per rendere eseguibile 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 all'uopo²⁷.

2) Opzione di mutuo –



3) Opzione di permuta²⁸ –

4) Opzione di preliminare –

5) Opzione e lavoro subordinato –

L'opzione di cui all'art. 1331 c.c., in quanto fattispecie negoziale astrattamente ordinata alla conclusione di contratti di qualsiasi tipo, **può** al pari delle affini figure del contratto preliminare e della proposta irrevocabile, dalle quali rispettivamente si distingue per essere non semplice promessa, ma espressione immediata e definitiva della volontà di stipula del contratto finale e per avere carattere bilaterale, **essere legittimamente utilizzata anche al fine dell'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato**, ulteriormente distinguendosi, in tal caso, dalla fattispecie del patto di non concorrenza, configurata dall'art. 2125 c.c. (la quale presuppone la già avvenuta o quanto meno contestuale stipulazione del contratto di lavoro ed

²⁷ Corte di Cassazione, Sezione 2 civile, sentenza 6 novembre 1996, n. 9675

²⁸ Per una maggiore disamina dell'istituto aprire il seguente collegamento  [Il contratto di permuta](#) 



è strumentale, entro i limiti ed alle condizioni stabilite da tale norma, al divieto di stipulazione con terzi di analoghi contratti), talché non può essere di per sé ricondotta a quest'ultima fattispecie, pur essendo ipotizzabile che sia stata concretamente strutturata in guisa tale da eludere i limiti e le condizioni suddette e da contrastare perciò con le disposizioni imperative dettate dal citato art. 2125 c.c., il che va accertato caso per caso²⁹.

6) Opzione di quota di comunione³⁰ –

Integra la figura giuridica dell'opzione di cui all'art. 1331 c.c. il contratto con cui una delle parti si obbliga a cedere, ad un prezzo concordato, la sua quota di comproprietà di un bene immobile a seguito della richiesta proveniente da ciascuna delle altre parti contraenti. Tale contratto impegna irrevocabilmente il proponente, anche senza la fissazione di un termine finale di validità, e l'esercizio del diritto potestativo di accettazione della proposta può avvenire nel termine prescrizione di dieci anni ai sensi dell'art. 2946 c.c., mentre il mutamento delle condizioni di mercato non determina l'inefficacia del contratto, ma può solo legittimare, ove si tratti di un contratto sinallagmatico, la possibilità di ottenere la risoluzione *ope iudicis* ex art. 1467 c.c., e, ove si tratti di contratto con obbligazioni a carico di una sola parte, la riduzione della prestazione o la riconduzione del contratto ad equità ex art. 1468 c.c.³¹

7) Opzione di contratto per persona da nominare –

Per la S.C.³² 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 pure di quello a favore di terzo) in relazione a qualsiasi tipo di contratto, preliminare o definitivo, purché l'oggetto della prestazione lo consenta.

²⁹ Corte di Cassazione, sentenza 25-5-83, n. 3625

³⁰ Per una maggiore disamina dell'istituto aprire il seguente collegamento



³¹ Corte di Cassazione, sentenza 22-1-82, n. 436

³² Corte di Cassazione, sentenza 5-6-87, n. 4901



8) OPZIONE LEGALE

L'ipotesi prevista dall'art. 2441 – le azioni di nuova emissione devono essere offerte in opzione ai soci, in proporzione al numero delle loro azioni.

L' **art. 2441** comma 1, cod. civ. dispone che «le azioni di nuova emissione e le obbligazioni convertibili in azioni devono essere offerte in opzione ai soci in proporzione al numero delle azioni possedute», cosicché, in caso di aumento a pagamento del capitale sociale, chi è già azionista ha diritto di essere preferito rispetto ai terzi nella sottoscrizione delle nuove azioni. Occorre segnalare, in merito alla corretta interpretazione circa la natura giuridica del diritto d'opzione, che c'è chi sostiene che tale fattispecie altro non rappresenterebbe che un mero richiamo all'istituto generale dell'opzione *ex art. 1331* cod. civ., adattato al rapporto societario; secondo altri, si tratterebbe invece di una proposta irrevocabile effettuata dalla stessa società nei confronti dei soci, con cui la prima si impegna unilateralmente per un certo periodo di tempo. Il comma 5 dell'art. 2441 prevede, in sede di aumento del capitale sociale, la possibilità per le s.p.a. di escludere o limitare il diritto d'opzione nei confronti dei soci, quando l'interesse della società lo esiga.

In tema di opzione per l'acquisto di titoli azionari, anche nel caso in cui il patto di opzione relativo alla vendita sia associato ad un «pactum de compensando» tra il prezzo della vendita e il credito del titolare del diritto di opzione per altro titolo, il momento traslativo della vendita si determina per effetto dell'esercizio della opzione. Ne consegue che, ai fini della sussistenza dei presupposti dell'azione revocatoria fallimentare e della ricorrenza del periodo sospetto, occorre considerare il momento in cui è stata esercitata l'opzione e non il precedente negozio con il quale sono state regolate le modalità di esercizio della compensazione ed è stata concessa la opzione³³.

³³ Corte di Cassazione, sentenza n. 23022 del 26-10-2006



9) Opzione gratuita

- secondo una prima teoria³⁴, deve negarsi la possibilità di un'opzione gratuita. 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:
 - A) innanzitutto, in quanto il legislatore ha ritenuto preferibile distinguerle, e non solo nella struttura ma anche nella causa,
 - B) in quanto l'opzione si appoggia necessariamente ad una causa onerosa, la sola apprezzabile ragione che le parti possono avere di negoziare una proposta di colui che s'impegna a mantenerla ferma.

- Altra parte della dottrina³⁵ sostiene, invece, la tesi dell'ammissibilità. Si è, infatti, giustamente osservato che l'opzione gratuita può avere una 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.

In tal caso, *secondo personale avviso di chi scrive*, suffragato dalla dottrina, tale convenzione assumerà le caratteristiche dell'obbligazioni a carico del solo proponente ex art. 1333, con la conseguenza che il contratto si considererà concluso qualora l'altra parte non rifiuti la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. È opportuno comunque precisare che, qualora sorgano dei dubbi sull'individuazione della fattispecie, la dichiarazione del proponente deve essere interpretata quale proposta irrevocabile, meno gravosa per l'obbligato.

³⁴ Carresi

³⁵ Gabrieli – Gorla – Romeo





10) Opzione a favore del terzo³⁶

La S.C.³⁷ ha espressamente e definitivamente riconosciuto l'ammissibilità sia di un contratto preliminare a favore di un terzo sia, *a fortiori*, di un contratto di opzione a favore di terzo.

La Suprema Corte, quindi, con la sentenza citata, riconosce la validità della clausola in forza della quale il diritto (potestativo) di provocare la conclusione del contratto finale, a cui il patto d'opzione strutturalmente accede, viene attribuito a un soggetto estraneo alla stipulazione del patto stesso.

Tuttavia, se l'orientamento generale della giurisprudenza appare favorevole ad attribuire all'istituto in esame un ambito applicativo alquanto esteso, la dottrina, invece, si divide sul punto in un quadro eterogeneo di opinioni, che possono essere schematicamente ricomprese nei due seguenti principali e contrapposti indirizzi, e cioè: quello in forza del quale si esclude che la stipulazione ai sensi dell'art. 1411 c.c. possa mai attribuire al terzo un diritto di natura reale, ovvero quello che, viceversa, afferma e riconosce che al terzo possa essere destinato un diritto reale.

³⁶ Per una maggiore disamina dell'istituto aprire il seguente collegamento  [**Il contratto a favore del terzo**](#) 



³⁷ Cassazione civ., Sez. III, 1° dicembre 2003, n. 18321. In materia contrattuale, in considerazione del carattere generale del riconoscimento che la norma dell'art. 1411 c.c. ha dato del contratto a favore di terzo, la prestazione a vantaggio del terzo può essere riferita alle varie situazioni consistenti in un dare, fare o non fare, sicché, per la diversità di contenuto che può assumere l'obbligazione del promittente nei confronti dello stipulante e a favore del terzo, sino a consentire a quest'ultimo anche l'acquisto di un diritto reale, deve considerarsi ammissibile il contratto preliminare di compravendita a favore di terzo, trattandosi di una particolare forma di fare che si realizza con la prestazione del consenso alla stipulazione del futuro negozio traslativo della proprietà; nonché, e *a fortiori*, il contratto 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 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. (Nel fare applicazione del suindicato principio, la S.C. ha nel caso ritenuto corretta la qualificazione formulata dal giudice del merito in termini di contratto a favore del terzo del 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 (lire diecimila), 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 risultata in seguito a costoro comunque trasferita, 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 che di esso sia stato parte anche il terzo beneficiario)



11) Opzione, clausola penale e caparra confirmatoria³⁸

La **caparra confirmatoria**, pur trovando applicazione nei contratti con prestazioni corrispettive, è inapplicabile nel caso in cui questi non vincolano entrambi i contraenti, come si verifica nell'ipotesi dell'opzione fino a quando non sorge un rapporto obbligatorio anche per il destinatario della proposta irrevocabile, perché, altrimenti, il versamento della caparra non sarebbe in grado di svolgere la sua peculiare funzione di coazione indiretta all'adempimento sia per il soggetto che la dà che per quello che la riceve. Pertanto, nel caso dell'opzione, la dazione di una somma di danaro dal promittente al promissario, prima dell'accettazione di quest'ultimo, funziona da acconto anche se è denominata dalle parti come caparra confirmatoria, mentre esplica la funzione propria di quest'ultima solo se interviene successivamente alla detta accettazione³⁹.

Medesimo discorso per la clausola penale, poiché il patto d'opzione, che si traduce nella proposta irrevocabile di una parte, con facoltà di accettazione dell'altra parte, non configura un contratto perfetto, sia pure condizionato, 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'adempimento delle obbligazioni con esso assunte⁴⁰.

³⁸ Per una maggiore disamina dell'istituto aprire il seguente collegamento  [**Il rafforzamento degli effetti del contratto; 1\) la clausola penale; 2\) la caparra confirmatoria; 3\) la caparra penitenziale**](#) 

³⁹ Corte di Cassazione, sentenza 6-5-77, n. 1729

⁴⁰ Corte di Cassazione, sentenza 27-2-78, n. 989



4) Effetti, tutela e trascrizione

Quanto alla tutela l'oblato, egli avrà solo l'azione di risarcimento danni.

E' configurabile la responsabilità (c.d. precontrattuale) prevista dall'**art. 1337** cod. civ., avente natura extracontrattuale, in relazione ad un patto di opzione, quando il promissario, contrastando le legittime aspettative del promittente, ingiustificatamente non dia seguito all'iter formativo del vincolo (nella specie era stato accertato dal giudice di merito il comportamento non di buona fede del promissario nel periodo posteriore alla stipula del patto di opzione).

Per altra pronuncia poiché l'art. 1337 c.c. impone alle parti il dovere di comportarsi secondo **buona fede** oltre che nello svolgimento delle trattative anche nella formazione del contratto, è configurabile, dopo la conclusione del patto di opzione, la responsabilità del promissario per un suo comportamento tale da ingenerare nel promittente il ragionevole affidamento nella conclusione del successivo contratto, non seguito, poi, dall'accettazione, poiché la facoltà di accettare o meno la dichiarazione, alla quale il promittente è vincolato, non esclude che il promissario debba tenere nei confronti del promittente un comportamento secondo buona fede, astenendosi perciò dall'ingenerare nell'altra parte il convincimento che la dichiarazione alla quale essa è vincolata sarà accettata e che quindi il contratto sarà concluso⁴¹.

Sempre nella fase precontrattuale nell'opzione il promittente, se nulla deve fare di positivo per la conclusione del contratto definitivo, deve tuttavia mantenere un **comportamento di astensione affinché la conclusione del contratto definitivo non sia impedita**. Trattasi di obbligazione negativa, il cui inadempimento non è opponibile ai terzi che ne abbiano tratto vantaggio (ad esempio, acquistando la cosa che il promittente abbia proposto di vendere) e produce solo l'obbligo di risarcimento a carico del promittente inadempiente⁴².

⁴¹ Corte di Cassazione, sentenza 11-2-80, n. 960

⁴² Corte di Cassazione, sentenza 16-5-75, n. 1893



La dottrina⁴³ e la giurisprudenza prevalenti ritengono che l'effetto dell'opzione sia meramente obbligatorio e senza rilevanza esterna.

È vero che la soggezione del proponente può anche costituire qualcosa in più del semplice vincolo obbligatorio, ma non per questo può essere identificata con l'effetto reale, in mancanza del quale non può, dunque, paralizzarsi il potere di disposizione del titolare del diritto, né può, conseguentemente, sospendersi l'efficacia del contratto con il terzo, fino a quando l'opzione non sarà esercitata in senso positivo o negativo.

Per questo non può essere trascritta⁴⁴ l'opzione relativa a contratti traslativi: non il contratto accessorio che rende irrevocabile la proposta, non essendo questo un contratto traslativo immobiliare.

La trascrizione sarà possibile solo quando l'accettazione dell'oblato completerà il contratto.

⁴³ *Gazzoni – Tamburino – Bianca – Scognamiglio – Gabrieli*

⁴⁴ **Vedi pag. 4 par.fo 1) La natura**