

ESTRATTO

VITA NOTARILE

fondata da Giacomo Battista

Paolo Divizia

**PATTO DI OPZIONE "CON ONEROSITÀ NON APPARENTE".
RIELABORAZIONE DEL CONCETTO DI OPZIONE
SENZA CORRISPETTIVO NELL'OTTICA NOTARILE**

Estratto dalla Riv. «VITA NOTARILE» - N. 3/2009

internet: www.vitanotarile.it • email: vitanotarile@exit.it

Paolo Divizia

**PATTO DI OPZIONE "CON ONEROSITÀ NON APPARENTE".
RIELABORAZIONE DEL CONCETTO DI OPZIONE
SENZA CORRISPETTIVO NELL'OTTICA NOTARILE**

Sommario: 1. Definizione dell'ambito di indagine. 2. La tesi negatrice della validità del patto di opzione senza corrispettivo. 3. La tesi preferibile della ammissibilità di una opzione senza corrispettivo. 4. Opzione gratuita e liberalità. 5. L'opzione gratuita ed il contratto con obbligazioni del solo proponente. 6. Conclusioni e riflessi sull'attività notarile.

1. Definizione dell'ambito di indagine

Il patto di opzione è il contratto in forza del quale le parti convengono che una di esse (c.d. "concedente") mantenga ferma la propria proposta contrattuale, lasciando all'altra parte (c.d. "beneficiaria") la libertà di accettare o meno detta proposta.

L'istituto viene in rilievo nella fase di preparazione del contratto, fase di per sé eventuale e prodromica all'incontro delle volontà a mezzo di proposta ed accettazione; esso ha, dunque, natura strumentale e preparatoria di un contratto finale, il quale si perfeziona attraverso la dichiarazione unilaterale della parte beneficiaria nei confronti della parte concedente.

Il contratto di opzione, pertanto, nasce per effetto dell'accordo di entrambe le parti – concedente e beneficiario – le quali statuiscano di conferire all'oblato il diritto potestativo di concludere il negozio finale, predeterminandone "ora per allora" l'integrale contenuto. Quindi, la caratteristica peculiare dell'opzione risiede nella volontà di un contraente di restare vincolato alla propria proposta contrattuale, a fronte della facoltà, offerta alla controparte, di accettarla o meno.

Sotto il profilo strutturale, tuttavia, ai fini che interessano in questa sede, va precisato che si tratta di un negozio giuridico bilaterale (1); esso, al pari di altre forme contrattuali, si perfeziona secondo le regole generali ed è concluso nel momento in cui il contraente vincolato ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte (art. 1326 c.c.).

Molto differenti sono le posizioni assunte dal concedente e dal beneficiario dell'opzione.

Con riguardo al primo, la posizione passiva è tradizionalmente ritenuta di mera soggezione (2); il concedente, cioè, deve soggiacere alla scelta che la parte attiva (ossia, il beneficiario) potrà compiere nell'espletamento del proprio diritto potestativo di accettare o meno la proposta. Sul punto merita di esser ricordata la sintetica ed efficace posizione assunta da un autore, il quale sottolinea che l'effetto di irrevocabilità assoluta della dichiarazione contrattuale resa da una delle parti si traduce nella posizione di un vero e proprio rapporto giuridico, di natura strumentale o preparatoria "i cui termini, attivo e passivo, vengono ormai generalmente classificati nelle categorie ben radicate nella tradizione dottrinale, del *diritto potestativo* e della *soggezione*. S'intende con ciò soprattutto mettere in rilievo che l'effetto essenziale del patto non implica alcun obbligo di comportamento a carico del soggetto passivo" (3).

Altra parte della dottrina, invece, sottolinea che a questo stato di soggezione del concedente si affianca anche una vera e propria obbligazione di carattere negativo: quella di non impedire o vanificare la formazione del contratto finale, mediante - ad esempio - l'alienazione del bene a terzi o la sua distruzione (4).

(1) Sul punto merita di essere segnalata la decisione della Cass. civ., Sez. III, 12 dicembre 2002, n. 17737 in *Riv. not.*, 2003, p. 1247 con nota di C. Ungari Trasatti nella parte in cui afferma "il patto di opzione è negozio giuridico bilaterale che obbliga entrambe le parti, sicché qualsiasi modifica concernente il contenuto del medesimo, come il termine entro il quale l'obbligato 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 a tal fine"; nella stessa direzione, si veda la più recente Cass. civ., Sez. III, 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 12. Significativa, anche se risalente, la decisione Cass. civ. 20 gennaio 1982, n. 579, in *Rep. foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 91.

(2) Così si esprime la dottrina tradizionale, cfr. G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, Torino, 1987, p. 82; G. Tamburrino, *Patto d'opzione*, in *Noviss. DI*, XII, Torino 1965, p. 727 e ss.

(3) Cfr. G. Gabrielli, *Opzione*, in *EG Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1-9.

(4) Così anche Cass., 16 maggio 1975, n. 1893, in *Rep. foro it.*, 1975, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 100: "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 [...]. Entrambi gli aspetti hanno una loro logica: la situazione di soggezione spiega il perché la revoca dell'impegno sia senza effetto; l'esistenza dell'obbligazione negativa giustifica, invece, l'affermazione di chi ritiene che una sua violazione da parte del concedente sia fonte di responsabilità contrattuale, in questi termini cfr. C. Ungari Trasatti, *Il patto di opzione: una figura ancora controversa*, nota a sentenza Cass. civ., Sez. III, 12 dicembre 2002, 17737, cit., p. 1251.

Differente è la situazione giuridico-soggettiva del beneficiario, ossia del titolare del diritto di concludere il contratto finale. Sul punto la dottrina nettamente prevalente ritiene trattarsi di un diritto potestativo: l'opzionario avrebbe, infatti, il diritto di provocare una modifica - anche se indirettamente, per mezzo del contratto - nell'altra sfera giuridica, senza necessità di cooperazione da parte del contraente vincolato-concedente, il quale non è tenuto a manifestare un ulteriore consenso, né potrebbe revocare quello già prestato (5). Come diffusamente indicato nel paragrafo 5 del presente lavoro, l'esercizio del diritto di opzione presuppone a monte l'avvenuta stipula di detto contratto, sicché l'accettazione del promissario, costituisce sì elemento di per sé sufficiente per il perfezionamento del contratto definitivo, ma esso non può prescindere dall'intervenuta conclusione del contratto di opzione.

L'atto di accettazione, ossia di esercizio dell'opzione, si concreta, come di recente sottolineato dalla Cassazione, in "un atto unilaterale recettivo", definibile appunto "dichiarazione di volersi valere di un diritto di opzione" (6), il quale determina l'effetto traslativo finale.

Il contratto di opzione, quindi, si presenta, da un punto di vista formale, come un negozio autonomo e distinto, dotato di un collegamento negoziale con il negozio finale, di cui integra una fase preparatoria e strumentale. Come visto, pertanto, secondo la ricostruzione dogmatica preferibile, ci si trova di fronte a due negozi distinti: da un lato, il patto di opzione che si conclude secondo il procedimento ordinario (scambio della proposta e dell'accettazione); dall'altro, una volta stipulata l'opzione, si aprirebbe la seconda fase, quella inerente alla formazione del contratto finale.

La conclusione di tale negozio non avverrebbe secondo le regole generali, ma per mezzo dell'incontro del contratto di opzione con l'accettazione, in cui rileva la sola manifestazione di volontà del beneficiario. Il vero negozio preparatorio, frutto dell'incontro della volontà dei due soggetti, rimane dunque distinto dal negozio finale, nel momento in cui esso si perfeziona per volere del solo opzionario-accettante.

L'atto di accettazione dunque è riconducibile al solo beneficiario dell'opzione.

Premessa questa sintetica definizione dei tratti peculiari dell'istituto, utili per le considerazioni appresso svolte, in questa sede ci si concentrerà sul profilo - frequente nella prassi operativa e tuttora discusso in dottrina e giurisprudenza - della ammissibilità di un'opzione gratuita.

2. La tesi negatrice della validità del patto di opzione senza corrispettivo

Come accennato, uno dei profili maggiormente discussi in dottrina in ordine alla figura dell'opzione, è rappresentato dalla configurabilità di una op-

(5) Così si veda la posizione assunta da A. Genovese, *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, p. 176; P. Menfi, *Il dualismo fra proposta ferma per patto e contratto di opzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 701 e ss.

(6) In questi termini si esprime, *ex multis*, Cass. civ., Sez. II, 22 febbraio 2001, n. 2612, *Giust. civ. mass.*, 2001, 304.

zione gratuita; più precisamente, è messa in discussione l'ammissibilità di una struttura contrattuale dell'opzione che non preveda corrispettivo in favore del concedente.

Il profilo è delicato atteso che la dottrina che propende per la soluzione negativa ha, senza incertezza, configurato un'ipotesi di nullità del patto per mancanza di causa (7).

Due sono le motivazioni solitamente adottate da questa parte della dottrina. In primo luogo, l'iter argomentativo seguito da questo filone ricostruttivo è semplice e fondato su un sillogismo elementare: poiché la causa del contratto d'opzione risiederebbe nel pagamento di un premio (corrispettivo in denaro o altra *utilitas*) a fronte della concessione di una proposta irrevocabile dal contenuto più vario per la durata di un termine pattuito, ecco che l'assoluta gratuità dell'opzione - al di fuori dello schema della donazione *ex artt.* 769 e ss. c.c. - farebbe venir meno un elemento essenziale del contratto, determinandone la nullità radicale (8).

Di pari avviso sono anche alcune isolate sentenze della giurisprudenza di merito e di legittimità. Meritevole di attenzione è la nota decisione della Corte d'appello di Milano del 5 febbraio 1997, nella cui motivazione è espressamente dato leggere che "è nulla per mancanza di causa l'attribuzione del diritto di opzione per l'acquisto di un bene a prezzo fissato senza la previsione di un apposito corrispettivo" (9).

In altri termini, il patto d'opzione - comportante il nascere di una obbligazione in capo al proponente di tener ferma una determinata proposta per il lasso temporale pattuito - potrebbe validamente strutturarsi solo a fronte di un corrispettivo posto a carico dell'oblatore e consistente, di norma, nel pagamento di un premio (ossia un *quantum* in denaro).

Viene tradizionalmente riportato, poi, un secondo argomento di natura strutturale.

(7) Questa posizione in dottrina è sostenuta da R. Sacco, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 712; F. Carrresi, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Ceu e F. Messineo, II, Milano, 1987, p. 765 e A. Chianale, *Opzione*, in *Dig. disc. priv.*, XIII, Torino, 1995, p. 141.

(8) Interessante è quanto espressamente riportato da R. Sacco, *op. cit.*, p. 712 ove è dato leggere "L'opzione differisce dalla mera clausola di irrevocabilità della proposta perché si appoggia ad una causa: perché, in altri termini, è stata o sarà pagata con un prezzo o un corrispettivo a parte; sì che, a questo specifico titolo, l'offerente consente all'opzionista di ritardare la propria decisione, in modo da concludere o non concludere il contratto a seconda dell'andamento del mercato. La differenza fra le due fattispecie non deve essere cercata nel numero di dichiarazioni, ma nella presenza (o assenza) di una causa; beninteso, la causa onerosa farà sì che il consenso debba essere espresso da ambo le parti: dall'opzionista, che si impegna a pagare il premio, come dalla controparte, che si sottomette alle decisioni dell'opzionista".

(9) In questi termini cfr. App. Milano 5 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1998, p. 488, con nota di E. Pernazza, "Il corrispettivo nel patto d'opzione tra causa e consideration"; peraltro la decisione in esame porta a sostegno del proprio ragionamento due sentenze della Corte di Cassazione 21 luglio 1965, n. 1299 e Cass. civ. 20 novembre 1992, n. 12401, il cui richiamo però è - ad avviso di chi scrive - incongruo, atteso che detti pronunciati ragionano in punto di diritto relativamente a fattispecie contrattuali distinte e molto diverse rispetto al patto di opzione (una cessione di titolarità di concessione di autolinee nella prima sentenza ed un trasferimento di proprietà della seconda, contratti con effetti traslativi definitivi).

In termini meno espliciti si veda anche Cass. civ. 6 agosto 2004, n. 15178 in *Giust. civ.*, I, 2005, p. 1019.

Qualora si ammettesse una opzione gratuita, si otterrebbe una indebita sovrapposizione di due figure tipiche, quali l'opzione e la proposta irrevocabile. Sostanzialmente, dunque, il corrispettivo addiuvato ad elemento differenziale fra i due istituti, che - all'uopo - sono stati disciplinati dal legislatore in modo differenziato. Lo scambio dei consensi del patto di opzione giustificherebbe la pattuizione di un corrispettivo in favore del concedente, cosa che invece non è strutturalmente concepibile nella fattispecie unilaterale della proposta irrevocabile.

Più sinteticamente l'opzione dovrebbe differire dalla proposta irrevocabile sotto il profilo causale, dovendosi la prima necessariamente appoggiare ad una causa onerosa, ossia la "sola apprezzabile ragione che le parti possono avere di negoziare una proposta non può che esser quella di riconoscere un compenso a colui che si impegna a mantenerla ferma" (10).

Note e molteplici sono, in realtà, le differenze fra proposta irrevocabile ed opzione sia sotto il profilo strutturale e della conclusione del negozio, sia della cedibilità e dell'onerosità (11).

3. La tesi preferibile dell'ammissibilità di una opzione senza corrispettivo

Va fin da subito precisato che la tesi della necessaria onerosità del patto d'opzione non appare suffragata da motivazioni decisive ed anzi, nel prosieguo del presente lavoro, si cercherà di articolare differenti argomentazioni a sostegno dell'ammissibilità di una opzione gratuita.

L'indagine sarà condotta su una pluralità di fronti, volta a definire altresì i labili confini delle figure della concessione dell'opzione a titolo gratuito ed a titolo liberale.

A. L'argomento di tipo testuale

Un primo ed importante argomento a favore dell'ammissibilità di un'opzione senza corrispettivo è dato dal tenore testuale dell'art. 1331 c.c.; nella disciplina della figura tipica in esame, infatti, il legislatore nulla dice in merito alla necessità della pattuizione di un corrispettivo. L'assenza di una indicazione in merito, ovviamente, appare sostenibile affermare che qualora il legislatore avesse concepito il corrispettivo come elemento essenziale e caratterizzante la figura dell'opzione, certamente ne avrebbe fatto cenno in senso alla norma. Del pari, sarebbe incongruo ritenere che la norma preveda so-

(10) Così efficacemente si esprime M.C. Diener, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, p. 154.

(11) *Ex multis* sul tema, si segnala per l'autorevolezza del contributo G. Gorla, *Note sulla distinzione fra opzione e proposta irrevocabile*, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 222 e fra gli scritti più recenti C. Romeo, *Opzione e proposta irrevocabile: analogie e differenze*, in *Contratti*, 1999, p. 353. A livello manualistico, si rinvia alle osservazioni di M.C. Diener, *op. cit.*, p. 151-154.

lo implicitamente un elemento, la cui mancanza sarebbe sanzionata - in ragione dell'essenzialità - con la nullità ai sensi del combinato disposto degli artt. 1325 n. 2 e 1418 comma secondo c.c..

B. La (corretta) ricostruzione dei profili causali

Un secondo argomento in favore dell'ammissibilità di un'opzione senza corrispettivo va ricercata nella corretta ricostruzione dei profili causali. Come accennato, secondo una parte minoritaria ma autorevole della dottrina, la causa del contratto in esame risiederebbe nel pagamento di un premio in favore del concedente a fronte del mantenimento della proposta irrevocabile per il lasso temporale pattuito (12).

Proprio questo profilo ricostruttivo deve essere confutato, atteso che non può dimenticarsi come il patto d'opzione sia figura strumentale rispetto al contratto finale e non già esso stesso fattispecie definitiva.

Più correttamente, quindi, in quest'ottica la causa del patto d'opzione va ricercata nella funzione di agevolare e facilitare la conclusione del contratto finale, creando un rapporto fra concedente ed oblato (tendenzialmente parti future del medesimo contratto finale, fatte salve le varianti "a favore del terzo" e "per sé o per persona da nominare"), ricostruibile in termini di "soggezione-diritto potestativo".

In altre parole, la causa del contratto di opzione risulta necessariamente ed intimamente connessa alla formazione del contratto finale e questa funzione appare, non solo tipizzata dal legislatore, ma di per sé sufficiente a supportare il profilo causale del negozio. Nel condividersi detta impostazione, appare quindi meno determinante la presenza nel sinallagma contrattuale di un corrispettivo in denaro, qual può essere il premio.

Quanto detto ha, peraltro, indotto parte della dottrina a sostenere che - anche ove si voglia avere una concezione esclusivamente onerosa del patto d'opzione - l'assenza di corrispettivo, da un lato, può determinare la nullità per mancanza di causa, dall'altro tuttavia determina la riqualificazione della fattispecie come mera proposta irrevocabile atteso che, ai sensi dell'art. 1367 c.c. "nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello in cui non ne avrebbero alcuno" (13).

(12) Cfr. R. Sacco, *op. cit.*, p. 712.

(13) Questo specifico profilo è argomentato da F. Pernazza, *op. cit.*, 490 nella parte in cui afferma "Invero, anche sulla base di una concezione meramente onerosa dell'opzione, mi sembra che non si giunga necessariamente ad una dichiarazione di nullità dell'opzione gratuita ma fondata su un interesse del proponente alla conclusione del contratto, bensì, semmai, ad una riqualificazione della stessa quale negozio giuridico unilaterale riconducibile ad una proposta irrevocabile e soggetta alla disciplina di cui all'art. 1329 c.c. [...] D'altronde se si opta per l'assimilazione degli effetti dei due tipi negoziali, non si vede perché debba essere nulla una convenzione che abbia quale contenuto ed effetto ciò che pacificamente si ammette in un negozio unilaterale [...] Infatti, ove si ritenga irrilevante, la manifestazione di consenso del beneficiario, se non accompagnata da *consideration*, l'applicazione del criterio interpretativo di cui all'art. 1367 c.c. impone di valorizzare comunque la manifestazione d'impegno irrevocabile del proponente".

Detta operazione ricostruttiva è, tuttavia, quanto meno opinabile, atteso che - secondo la prevalente dottrina - il principio di conservazione presupporrebbe l'esistenza di un contratto meritevole di tutela e quanto meno non nullo (14).

Ad avviso di chi scrive, dunque, la validità dell'opzione gratuita va ricercata non già in via esegetica e ricostruttiva, bensì in via diretta, individuandone correttamente contorni applicativi e funzione.

C. Il concetto di corrispettivo nell'opzione fra nozione classica ed ipotesi meno note. Ipotesi di onerosità "non apparente"

La nozione di corrispettivo, che designa l'onerosità di una fattispecie giuridica, non si identifica, ovviamente, nel solo prezzo in denaro, ma in qualsiasi voglia forma di utilità economica ricevuta e quindi sia beni in natura che servizi o comunque l'assunzione di obbligazioni di fare, non fare o permettere. Al di fuori delle ipotesi di costruzione della fattispecie negoziale in termini di liberalità (con le precisazioni di cui *infra*), appare riduttivo ricondurre il concetto di corrispettivo in favore del concedente alla mera previsione di un premio in denaro.

Per converso, ciò che preme sottolineare in questa sede è che l'assenza di un premio o di altra *utilitas* in favore del concedente, non è di per sé indice della gratuità del negozio, atteso che altre possono essere le forme - anche implicite - di corrispettivo.

In prima battuta, può dirsi che di norma è l'interesse alla conclusione del definitivo a spingere il concedente l'opzione ad assumere tale veste negoziale; ove, infatti, si preveda un premio in suo favore, questi potrà esser

(14) Sul punto è chiara la posizione di G. Mirabelli, *op. cit.*, p. 282 che esclude l'applicabilità del principio di conservazione degli effetti al negozio nullo, in quanto l'art. 1367 c.c. impone sì di ricercare il significato secondo il quale l'atto abbia effetto, escludendo quello per cui non ne abbia, ma "non di attribuire all'atto l'effetto maggiore oppure di darvi un significato ad ogni costo". È peraltro noto che difetta nel nostro ordinamento giuridico una norma che detti una nozione univoca di tale principio; esistono, però, diverse fattispecie che sono impronunciabili all'esigenza da esso espressa, tanto che si può affermare con certezza che la conservazione dell'atto è quanto meno una tendenza del nostro ordinamento. Un atto finanche manchevole sul piano strutturale o funzionale deve essere, per quanto possibile, salvato, preservato da una declaratoria di invalidità che ne impedirebbe l'esplicazione degli effetti voluti e perseguiti da chi lo ha posto in essere: ciò in base ad un'esigenza di conservazione, il cui fondamento potrebbe essere innanzitutto ricercato nella carta costituzionale (art. 41 per quanto concerne le implicazioni della regola in materia contrattuale o negoziale, art. 2 per eventuali ulteriori applicazioni al di fuori del campo dell'autonomia privata in considerazione della rilevanza dell'esistenza della volontà quale modo di realizzazione della personalità dell'individuo) e che, peraltro, logicamente ricava la sua ratio nella necessità di consentire il mantenimento dei valori nel campo del diritto.

A ben vedere, però, solo la previsione di cui al citato articolo 1367 c.c. sarebbe chiara espressione del principio di conservazione degli effetti del contratto e di esso occorrerebbe dare applicazioni di tipo restrittivo; secondo la dottrina classica (G. Mirabelli, *op. cit.*, p. 282 ed anche G. Stella-Richter, *Il principio di conservazione del negozio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 411 e ss.) si tratta, infatti, di una norma propria dei negozi a contenuto patrimoniale, poiché solo in relazione ad essi sussiste l'esigenza di assicurare la massima possibile esplicazione dell'autonomia privata, escludendosene l'applicazione ai negozi di tipo familiare.

4. Opzione gratuita e liberalità

Un ostacolo dogmatico di rilievo circa l'ammissibilità di una opzione priva di corrispettivo è avanzata da quella parte della dottrina che ritiene l'attribuzione di un diritto potestativo in capo all'oblato e senza corrispettivo alla stregua di una donazione, richiedendosi di tal fatta la forma solenne dell'atto pubblico con due testimoni, a pena di nullità.

L'oblato sarebbe in sostanza destinatario di un vero e proprio arricchimento, in quanto all'attribuzione del potere di scelta non farebbe seguito nell'opzione gratuita - alcuni esborso pecuniario (16).

Questa affermazione non può essere condivisa in punto di diritto. Come è stato osservato da autorevole dottrina, fra negozio gratuito e liberalità intercorre un rapporto di genere-specie; in particolare, il negozio gratuito è il *genus*, la liberalità è una *species* del negozio gratuito, il contratto di donazione è la principale liberalità (17).

La distinzione fra atto gratuito ed atto liberale viene tradizionalmente individuata nel fatto che, mentre il primo ha alla sua base un interesse non economico, il secondo è in ogni caso sempre sorretto da un interesse patrimoniale. Nell'atto gratuito sussiste un'utilità di tipo indiretto per chi sopporta il sacrificio assunto, la quale non perviene dalla percezione di un corrispettivo o di un premio (l'esempio ricorrente nella manualistica istituzionale è quello del pianista che si esibisce gratuitamente in una occasione mondana, pur di farsi conoscere dal pubblico) (18).

Per altro verso, la liberalità è per definizione senza costrizione; detto profilo consente di distinguere l'atto liberale sia dall'atto gratuito, posto in essere in esecuzione di una pregressa obbligazione civile, sia dall'adempimento delle obbligazioni naturali e dalle c.c.dd. liberalità d'uso.

Nell'ipotesi in esame dell'opzione gratuita, dunque, è agevole constatare come sussista, quantomeno, in capo al concedente un interesse economico alla conclusione del contratto definitivo; il premio per la concessione dell'opzione è, quindi, non solo sul piano giuridico, ma anche su quello pecuniario, meramente eventuale.

Per questo motivo, dinanzi ad una opzione concessa senza corrispettivo, l'interprete (ed in particolare il Notaio chiamato a rogare l'atto) è chiamato ad una attenta disamina, che può teoricamente condurre ai seguenti distinti risultati.

(16) Cfr. R. Sacco, *La conclusione dell'accordo*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, p. 225.

(17) Cfr. A. Torrente, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, II ed. agg. a cura di U. Carnevali e A. Mora, Milano, 2006, p. 4 e ss.

(18) Su questo aspetto si rinvia alle riflessioni di ampio respiro offerte da F. Galgano, *Obbligazioni e contratti*, in *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo I, Padova, 1999, p. 196 e ss.; in particolare, ai fini qui di interesse, ivi è dato leggere "un criterio di distinzione più volte impiegato dalla giurisprudenza per distinguere fra atto gratuito e atto di liberalità è quello che dà rilievo alla natura dell'interesse, patrimoniale o non patrimoniale, che il disponente mira a soddisfare [...]".

solo maggiormente motivato alla conclusione del contratto, senza però che questa attribuzione patrimoniale divenga elemento causale indefettibile. La parte concedente, pur di divenire alla conclusione del contratto principale, ben può pattuire un premio irrisorio ovvero rinunciare in un secondo momento.

Sovente, peraltro, il premio viene imputato successivamente come acconto sul corrispettivo previsto nel negozio finale, di tal che il negozio di opzione appare *prima facie* oneroso, ma rivalutato *ex post* (ossia dopo la conclusione del negozio principale) degrada nella sostanza a fattispecie gratuita.

Sul piano causale può indubbiamente ritenersi che la ragione della concessione di un'opzione gratuita si riscontri in un interesse patrimoniale, anche di non immediata percezione, di colui che sopporta il sacrificio di tener ferma la proposta. Pertanto, non dividendo la tesi di una riconduzione obbligata del patto d'opzione nell'alveo dei contratti onerosi, può sostenersi che l'assenza di un corrispettivo a fronte dell'assunta posizione di soggezione da parte del concedente non degrada il patto a fattispecie immeritevole di tutela.

Come accennato, vi possono inoltre essere altre forme di corrispettivo in favore del concedente, tali da rendere il negozio oneroso in maniera "non apparente".

La prima ipotesi è quella della stabilità del prezzo. Come noto, il patto di opzione può avere ad oggetto contratti traslativi di beni il cui valore è soggetto a repentine oscillazioni nel tempo (si pensi alle opzioni di vendita delle c.c.dd. *commodities*, ossia le materie prime uniformi, quali ferro, petrolio greggio, carbone, oro ma anche zucchero, caffè, grano).

Proprio perché nel patto di opzione il prezzo di vendita è fisso e predefinito (essendo elemento essenziale del contratto sottostante), il concedente sarà messo al riparo da obblighi di rinegoziazione, essendo l'oblato vincolato a rispettare le condizioni pattuite ed essendo, al più, solo libero di rinunciare all'operazione nella sua complessità, non effettuando la dichiarazione unilaterale recettizia di accettazione.

La seconda ipotesi è rappresentata da un collegamento negoziale di tipo soggettivo in cui si inserisce il patto di opzione. La prassi negoziale, infatti, insegna che spesso la concessione gratuita di un'opzione trova la sua "corrispettività in senso lato" in una distinta pattuizione voluta dalle parti nel medesimo o in un separato contesto documentale, facente parte di un'operazione giuridico-economica più ampia. Si pensi all'ipotesi della conclusione di più patti d'opzione di vendita aventi ad oggetto immobili e terreni nei confronti del medesimo oblato ed in cui il premio pattuito per i primi copre anche quello previsto, ma non esplicitato, per i secondi. Avuto riguardo per l'operazione complessivamente ideata, nei fatti la corrispettività esiste, pur non essendo documentalmente evidenziata e dunque "non apparente" (15).

(15) Di interesse notarile si segnala M. Leo - G. Trapani, *Il collegamento negoziale: ipotesi a rilevanza notarile*, in *Studi e Materiali*, Quaderni semestrali del Consiglio Nazionale del Notariato, 1998/00, p. 846.

(segue): *la donazione di opzione*

In questa ipotesi ci si trova dinanzi ad una assunzione del vincolo di irrevocabilità non solo senza corrispettivo (c.d. "premio"), ma con una attribuzione spontanea che comporta arricchimento in capo al donatario-oblato non diretta, nel momento traslativo, da alcun interesse di natura patrimoniale del donante-concedente. In tale ipotesi, dal punto di vista notarile, è indefettibile - pena la nullità radicale dell'atto - l'impiego della forma solenne; opportuna, apparenza, invece la menzione nella premessa degli elementi di fatto che supportano lo spirito liberale, che muove la parte concedente ad effettuare detta attribuzione.

Sia consentita però una riflessione in ordine al diritto potestativo concordato del donatario (19). È pur vero che in astratto al diritto potestativo concordato in favore dell'oblato sia attribuibile un valore economico, ma deve ricordarsi altresì come questi acquisti un "diritto al diritto" o più pragmaticamente un potere programmatico e servente alla conclusione del contratto finale; in altre parole, cioè, il sopra individuato arricchimento si concretizzerà se e solo in sede di stipula del contratto principale oggetto dell'opzione e questo indubbiamente determinerà un sacrificio patrimoniale in capo all'oblato.

È evidente come nel caso in esame l'arricchimento del donatario non sia immediato, ma necessiti un autonomo e successivo esborso economico, in sede di esercizio del diritto di opzione. Non può nascondersi, tuttavia, l'esistenza di due ipotesi in cui si profili l'attualità del beneficio per il donatario: la prima è rappresentata dalla cessione verso terzi a titolo oneroso della posizione contrattuale da parte dell'oblato-donatario, il quale in tal modo monetizza ed attualizza l'attribuzione fattagli dal donante (fatto salvo l'inserimento di un patto di non cedibilità); la seconda, consistente nella deviazione degli effetti dell'opzione in favore del terzo, con cui si soddisfa un interesse dello *stipulans-donatario* senza che in capo a questi venga percepito alcun costo o impegno economico (in altri termini, il donatario devia gli effetti favorevoli in suo favore verso il terzo, nei confronti del quale compie a sua volta una liberalità, seppure indiretta).

(segue): *la (rara) ipotesi di donazione remuneratoria e la donazione indiretta dell'opzione*

È stato osservato in dottrina che in alcuni (rari) casi la gratuità del diritto d'opzione può derivare anche da un intento remuneratorio nei confronti dell'opzionario (20); riconosciuto il valore economico dell'opzione (quanto

(19) Va da sé che, secondo la prevalente dottrina, la concessione di un diritto senza corrispettivo impoverisce (c.d. depauperamento) chi lo ha concesso di quel compenso che avrebbe conseguito in un ordinario contratto sinallagmatico, così cfr. A. Gianola, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 50 e C. Iacovino, V. Iavassi, T. Casandro, *La donazione*, a cura di A. Cataudella, Milano, 1996, p. 210.

(20) Cfr. S. Giulotta, *Proposta irrevocabile ed opzione gratuita*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, p. 154.

meno in termini di *chance* commerciale) è agevole ipotizzare sul piano teorico la fattispecie, la quale costituisce una sottospecie della donazione tipica, della quale si applicherà la medesima disciplina sostanziale e formale.

Del pari, potranno configurarsi ipotesi di donazione indiretta aventi ad oggetto il diritto dell'opzionario; in tale frangente, tuttavia, dal punto di vista notarile dovranno porsi le usuali cautele in termini di forma utilizzata e di oggetto di eventuale e futura collazione.

(segue): *l'ipotesi della concessione dell'opzione a titolo gratuito ovvero ad onerosità "non apparente"* 7

L'assenza di un corrispettivo, anziché ad una fattispecie liberale, può condurre l'interprete dinanzi ad una ipotesi di atto gratuito; tale si profila, come detto nei precedenti paragrafi, la concessione di un'opzione senza la pattuizione di un ristoro in denaro, in cui l'assunzione del vincolo di irrevocabilità è bilanciata da un interesse di natura patrimoniale per il concedente, interesse che si può spiegare in forme diverse dalla percezione del premio (come le indicate ipotesi della agevolazione della stipula del contratto finale, la stabilizzazione del prezzo, la creazione di un articolato collegamento negoziale).

5. *L'opzione gratuita ed il contratto con obbligazioni del solo proponente*

L'art. 1333 c.c. dispone che la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente si intende accettata (ed il relativo contratto concluso) in mancanza di un rifiuto manifestato dal destinatario nei modi e nei tempi richiesti dalla natura dell'affare o dagli usi.

Nel meccanismo in parola, quindi, affinché il rapporto contrattuale nasca e si costituisca è sufficiente il mancato rifiuto del destinatario della proposta, non necessitando una espresa dichiarazione di accettazione da parte di quest'ultimo. La legge, quindi, attribuisce un significato preciso alla condotta inerte e silente del destinatario (21).

Questo funzionamento ed, in particolare, la non necessità di un'accettazione espresa, viene giustificata dalla dottrina classica in ragione del fatto

(21) Sul tema del comportamento legalmente tipizzato in ambito civilistico si veda N. Irti, *Concetto giuridico di "comportamento" ed invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1053.

Più frequente nel diritto amministrativo è la figura dell'inerzia o del silenzio c.d. qualificato; fra i molti contributi si veda in ambito edilizio P. Virga, *Il silenzio assenso in materia edilizia*, in *Giur. amm. sic.*, 1993, p. 468 ed anche S. Antoniazzi, *Silenzio assenso ed interventi edilizi*, in *Riv. giur. urb.*, 1995, p. 391.

Con riferimento al settore dei beni culturali, sia consentito il rinvio a P. Divizia, *Nuova disciplina del silenzio e regime giuridico dei beni di interesse culturale appartenenti ad enti pubblici e persone giuridiche prive di scopo di lucro*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, p. 3027 e ss.

Con trattazione monografica e comprensiva delle più recenti riforme, si segnala E. Quadri, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Milano, 2007.

che al destinatario della proposta non possono derivare che vantaggi e quindi, il suo silenzio, va inteso come mancanza di interesse a rifiutare (22).

Con riferimento al tema in esame, va sottolineato come una parte autorevole della dottrina ritenga ammissibile l'opzione gratuita, purché ricondotta nello schema applicativo del contratto con obbligazioni del solo proponente, ai sensi dell'art. 1333 c.c.; in particolare è stato affermato che "anche se gratuita, l'opzione mantiene, a causa della struttura contrattuale, la propria autonomia rispetto alla proposta irrevocabile, ma si discute se la conclusione del contratto possa intervenire secondo lo schema procedimentale di cui all'art. 1333. Tale schema, infatti, presuppone a carico del c.d. proponente la nascita di obbligazioni, laddove l'opzione determina in capo all'opzionario un diritto potestativo e non di credito. Questa diversità non è però ostativa alla sua applicazione, che non può comunque essere limitata all'ipotesi di opzione di contratto gratuito" (23).

La proposta di attribuzione del diritto di opzione senza corrispettivo, una volta giunta a conoscenza del destinatario (fatti salvi i meccanismi presuntivi di cui all'art. 1335 c.c.) diverrebbe irrevocabile ai sensi dell'art. 1333 comma 1 c.c., vincolando di tal fatta il proponente, al pari di una ordinaria proposta irrevocabile. Il decorso del termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi, senza che sia sopravvenuto il rifiuto del destinatario determina la conclusione del contratto preparatorio di opzione, facendo acquisire a quest'ultimo la veste di oblatto. Ricondotto in questo schema, quindi, il silenzio del destinatario assume valore di accettazione del patto di opzione; quest'ultima, essendo gratuita e non comportando oneri di alcun tipo per il "neo-oblatto", ben può concludersi secondo lo schema "proposta espressa-accettazione tacita legalmente tipizzata".

La ricostruzione finora operata, tuttavia, non è in questa sede condivisibile e diverse sono le argomentazioni adducibili per confutarne la validità.

Un primo ostacolo è rappresentato dalla stessa *rubrica legis* dell'art. 1333 c.c., che espressamente fa riferimento ad "obbligazioni" del solo proponente; è noto, infatti, come l'opzione non dia luogo ad un obbligo, ma ad uno stato di mera soggezione per il concedente, il quale avendo già prestatato il suo consenso non può più partecipare in alcun modo alla conclusione del contratto finale. Il problema dogmatico, dunque, si riduce nello stabilire se sia ammissibile o meno un'interpretazione estensiva dell'art. 1333 c.c. che permetta di comprendere nell'ambito applicativo della norma, oltre alle situazioni d'obbligo, anche quelle di soggezione del proponente.

Secondo una parte della dottrina, questa lettura estensiva non sarebbe ammissibile. Le due figure in esame, opzione e contratto con obbligazioni del

proponente, sono e restano distinte per struttura e funzione, rappresentando ciascuna una tecnica di formazione del contratto diversa (24). Pertanto la ricostruzione dell'opzione gratuita in base all'art. 1333 c.c. sarebbe inammissibile per la diversità delle figure.

Di avviso contrario altra parte della dottrina, secondo la quale un'interpretazione estensiva dell'art. 1333 c.c. sarebbe ammissibile. La restrizione al solo campo delle obbligazioni da parte della rubrica sarebbe argomento non decisivo, non solo per il fatto che *rubrica legis non est lex*, ma anche perché in questa collocazione topografica del Libro IV del codice civile il linguaggio della legge è rimasto alquanto impreciso e pertanto va inteso in modo flessibile (25).

Vi è poi un secondo e più consistente argomento di carattere testuale. Il primo comma dell'art. 1331 c.c. dispone chiaramente che "quando le parti *convergono* 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". Il ricorso al verbo "convenire" ha un significato inequivocabile ed esprime la necessità - nella formazione del contratto in parola - dello scambio in maniera espressa dei consensi fra concedente e opzionario.

Diversa, invece, è la formulazione dell'art. 1333 c.c. in cui lo schema è pur sempre quello contrattuale, ma l'accettazione del destinatario si traduce in un comportamento sifente legalmente tipizzato; per questo motivo il legislatore non parla di convenzione o pattuizione, limitandosi a dire che in mancanza di un rifiuto espresso il contratto "è concluso".

La differenza lessicale è sintomatica, richiedendosi espressamente nel patto di opzione una manifestazione di consenso espressa e non sostituibile da forme di accettazione tacita, ancorché previste dalla legge. Peraltro, appare in questa sede condivisibile la posizione restrittiva assunta in dottrina da chi ritiene non applicabile estensivamente l'art. 1333 c.c. alle ipotesi di concessione di diritti potestativi, esorbitando dal testuale ambito della mera assunzione di obbligazioni in capo al proponente (26).

(24) Cfr. E. Cesaro, *Opzione nel contratto*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 568, il quale esclude qualunque possibilità di incrocio o sovrapposizione delle due fattispecie.

(25) In questi termini si esprime S. Gullotta, *op. cit.*, p. 158. La stessa posizione è condivisa dallo stesso G. Mirabelli, *op. cit.*, p. 74 il quale - al fine di evidenziare questa imprecisione terminologica - rammenta come il legislatore nell'art. 1329 c.c. faccia riferimento ad un obbligo "[...] a mantenere ferma la proposta per un certo tempo"; in tal modo il legislatore mostrerebbe di voler equiparare, sotto il profilo della disciplina giuridica, due situazioni giuridico-soggettive differenti (la soggezione per il concedente, l'obbligo per il proponente).

(26) Favorevole a questa interpretazione restrittiva è F. Messineo, *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 874 secondo cui non può ammettersi una estensione implicita dell'ambito applicativo della norma in esame, dovendosi convenire che il legislatore abbia voluto prevedere quel determinato iter di conclusione del contratto (decisamente più snello e veloce) solo ove ricorrano le circostanze testualmente previste.

La fattispecie, al pari di ogni norma eccezionale, sarebbe suscettibile di stretta interpretazione, così Cass. civ. 4 settembre 2001, n. 11391, in *Giust. civ.*, 2001, p. 1643.

(22) Così si esprime F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968, p. 356.

(23) In questi termini si esprime F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 887. In senso conforme anche C.M. Bianca, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 265 in cui è dato leggere "se manca un premio o altra attribuzione giustificativa della concessione dell'opzione, il patto è a carico esclusivo del concedente. Può quindi trovare applicazione la norma sulla vincolatività dell'offerta con impegno esclusivo a carico dell'offerente (art. 1333 c.c.)" ed anche G. Gabrielli, voce *Opzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 3.

6. Conclusioni e riflessi sull'attività notarile

Quanto detto sinora porta ad una serie di considerazioni finali, che tengono conto anche del compito che è chiamato a svolgere il Notaio.

In primo luogo, può affermarsi la piena validità della figura dell'opzione senza premio, la quale deve considerarsi figura tipica, rientrante nello schema generale dettato dall'art. 1331 c.c., il quale — come accennato — non detta alcun *discrimen* in base alla presenza o meno di un corrispettivo. In quanto contratto tipico, anche per l'opzione gratuita, non si pone il problema — già risolto positivamente dalla legge — di accertare la ricorrenza di una funzione economico-sociale; il profilo causale (quanto meno in astratto) è dunque già individuato dalla legge. Su questo profilo sia consentito riportare il pensiero del Gabrielli, il quale afferma che "l'acquisita tipicità del patto d'opzione esonera dal compito di accertare, caso per caso, l'esistenza di una «causa sufficiente», idonea a giustificare la costituzione del rapporto cui esso dà vita" (27).

In secondo luogo, è erroneo ritenere che l'opzione si fondi su un rapporto di scambio fra le parti; al contrario, essendo inserita nel processo di formazione del contratto, essa svolge una precipua funzione agevolatoria dell'incanto del consenso che, nel caso specifico, si realizza con la creazione in capo alle parti del noto stato di "soggezione-potestà", anche a prescindere dalla previsione di un premio.

In terzo luogo, a livello dogmatico il concetto di onerosità merita di essere strutturalmente ripensato, al fine di delineare dei profili differenziali fra atto gratuito puro ed atto con "onerosità non apparente". Come osservato in dottrina, la qualificazione dell'atto come oneroso dipende dal verificarsi in capo a tutti i soggetti coinvolti di una situazione di sacrificio "variamente ma necessariamente correlata al vantaggio conseguito od ottenuto per effetto dell'atto stesso" (28). Profilo rilevante è, però, quello che detto sacrificio sia strumentale alla realizzazione dell'assetto degli interessi programmati nel regolamento negoziale, non importando, invece, che il nesso fra il sacrificio sopportato e l'interesse conseguito dia luogo o meno ad una reciprocità di impegni giuridicamente vincolanti per i soggetti del rapporto cui l'atto dà vita. Si è parlato in dottrina di onerosità come "tensione delle volontà coinvolte" miranti al conseguimento di un vantaggio che non necessariamente si traduce in uno scambio di prestazioni dovute ovvero in una immediata circolazione di utilità economiche, ben potendosi tradurre in una attribuzione di poteri giuridici all'interno di una sequenza procedimentale più ampia (29).

Ecco dunque che possono trovare cittadinanza nel nostro ordinamento ipotesi di "onerosità non apparente", in cui seppur non ravvisabile sul piano giuridico è ben possibile parlare di corrispettività in chiave economica; più

semplicemente, l'atto conserva la propria onerosità senza aversi un "ritorno" ben qualificabile in termini giuridici nella sfera giuridico-economica del disponente (30).

Ad avviso di chi scrive, quindi, è sostenibile l'ammissibilità di una categoria logico-giuridica definibile come "onerosità non apparente" in cui il rapporto si delinea sì oneroso, ma in esso difetta la reciprocità del sacrificio giuridico; in altri termini, ad un sacrificio giuridico consegue una *utilitas* di tipo materiale, ossia un "vantaggio empirico, fattuale, apprezzabile sul piano economico" (31).

Alla luce di ciò, appare ragionevole ipotizzare un progressivo abbandono del concetto di opzione gratuita al fine di approdare ad una nuova definizione (per le ipotesi che esorbitano, come detto, dall'ambito liberale) di opzione "con onerosità non apparente", in cui il profilo causale esiste ed è racchiuso in un vero e proprio scambio empirico di *utilitas* giuridica (il tener chiuso la proposta in assenza di un premio) verso *utilitas* economica (come sopra illustrato, l'agevolazione della conclusione dell'affare, l'enfaticizzazione della bontà dell'affare agli occhi dell'opzionario, la stabilità delle condizioni negoziali senza rischi di rinegoziazione).

Nell'ottica notarile, quindi, assenza di corrispettivo (ovvero "onerosità non apparente") e meritevolezza causale tipizzata del patto di opzione debbono considerarsi alla stregua di valori giuridici acquisiti, anche in quella delicata posizione in cui si trova il Notaio, ben definita dal Calderone "tra l'incudine ed il martello", rispettivamente rappresentati dall'art. 27 l.n. (obbligo di astenersi dal ricevere atti vietati dalla legge) e dall'art. 28 l.n. (obbligo di astenersi dal ricevere atti vietati dalla legge).

Ad avviso di chi scrive, dunque, il Notaio potrà validamente ricevere un atto contenente un patto d'opzione privo di corrispettivo, alla stregua di altri atti a titolo gratuito (si pensi ad un contratto di comodato immobiliare) senza dover procedere ad una indagine in ordine alla meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti.

Come accennato, però, sotto il profilo formale dovranno essere distinte le ipotesi — in verità meno frequenti — di concessione a titolo liberale (art. 769 c.c.) o remuneratorio (art. 770 c.c.) dell'opzione, necessitandosi in tal caso il ricorso alla forma solenne dell'atto pubblico in presenza di due testimoni.

(30) Sottolinea il profilo della corrispettività in chiave economica J.J. Dupeyron, *Contributions à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Parigi, 1955, p. 79 richiamato in più passi da P. Morozzo Della Rocca, *Negozi a titolo gratuito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990 con agg. 2008, vol. XX.

(31) Questa la posizione di V. Roppo, *La causa del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 368 in seno alla più ampia trattazione relativa alla causa ed al principio di razionalità degli spostamenti di ricchezza.

(27) G. Gabrielli, voce *Opzione*, op. cit., p. 1.

(28) G. Scalfi, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano, 1960, p. 181 e, in senso analogo, E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 67 e ss.

(29) L'espressione è utilizzata da L. Bruscuoglia, *Onerosità e gratuità del contratto*, in *Studi in onore di Palazzolo*, Milano, 1986, p. 79.