

Patto di opzione

Contratto di opzione, qualificazione, accettazione difforme dell'opzionario ed esercizio tardivo dell'opzione

Tribunale di Napoli, Sez. III, 6 novembre 2014 - Dott. Quaranta - C. c. Unit Linked Network Life S.p.a. e Istituto Banco di Napoli - Fondazione

Società - Società di capitali - Contratto di "put option" - Manifestazione della volontà d'esercizio dell'opzione - Non coincidenza della manifestazione della volontà d'esercizio dell'opzione con il patto di opzione sottoscritto - Nuova proposta - Inidoneità della nuova proposta a vincolare in contratto l'offerente, salvo sua accettazione

(Cod. civ. artt. 1331, 1329, 2932)

Nel patto di opzione, perché si possa parlare di conclusione del contratto stipulato in concreto, è necessario che la manifestazione di volontà dell'opzionario di esercitare l'opzione sia conforme in tutto e per tutto allo schema contrattuale stipulato fra le parti. Pertanto, la manifestazione di volontà dell'opzionario di aderire alla proposta non conforme alla stessa - ovvero la manifestazione di volontà tardiva di aderire alla proposta - equivale ad una nuova proposta, che, come tale, è idonea a vincolare il concedente, salvo sua accettazione (nel caso di specie il Tribunale esclude la conclusione del contratto di compravendita azionaria, oggetto dell'opzione, a causa della non conformità della manifestazione di volontà di esercizio dell'opzione rispetto al contenuto dell'opzione concessa, la quale, implicando un mutamento degli elementi del contratto di "Put Option", concretizzata una nuova e diversa proposta rispetto a quella oggetto di opzione, non esercitata nel termine previsto).

Il Tribunale (omissis).

Con atto di citazione regolarmente notificato in data 9-11.5.2011 il dr. F.C., il dr. G. C., il prof. avv. F. F. e l'ing. G. G. convenivano dinanzi al Tribunale di Napoli la Unit Linked Network Life SpA e l'Istituto Banco di Napoli Fondazione onde vedere accolte le conclusioni di cui in epigrafe.

Nel contesto esponevano:

a) in punto di fatto:

- che sino alla data del 13.7.2010 essi erano azionisti della Genesi SIM SpA;
- che in data 11.3.2010 la ULN SIM SpA e la Genesi SIM SpA stipulavano un accordo aziendale che prevedeva la fusione per incorporazione della seconda nella prima, che avrebbe assunto alla fine la denominazione di Genesi ULN SIM SpA;
- che, sempre in data 11.3.2010, essi istanti - titolari di n. 264.812 azioni dell'incorporata (pari al 28,47 del capitale sociale) - in vista della fusione sottoscrivevano un contratto di *put option* con la ULN LIFE (titolare del 44,26% del c.s. dell'incorporante) e con il Banco di Napoli (titolare del 10,82 % del c.s. dell'incorporante) in base al quale le predette, per se stesse o per persona fisi-

ca o giuridica da nominare, riconoscevano ad essi attori, in via irrevocabile, il diritto di vendergli, a semplice richiesta e con loro obbligo di acquistarle, fino a n. 360.596 azioni della Genesi ULN SIM SpA (pari al numero di azioni che sarebbero state detenute dagli attori all'esito della fusione), con un corrispettivo pari a € 1,265 per ogni azione, con contestuale previsione dei tempi e dei modi del trasferimento;

- che in data 30.9.2010, in ragione di un'improvvisa riduzione del patrimonio netto della Genesi SIM SpA, le parti sottoscrivevano un addendum a tale contratto (che sostituiva ed annullava completamente il primo), che prevedeva che la ULN LIFE ed il Banco di Napoli, per se stesse o per persona fisica o giuridica da nominare, riconoscevano ad essi attori, in via irrevocabile, il diritto di vendergli, a semplice richiesta e con loro obbligo di acquistarle, fino a n. 194.496 azioni della Genesi ULN SIM SpA (pari al numero di azioni che sarebbero state detenute dagli attori all'esito della fusione), con un corrispettivo pari a € 2,154 per ogni azione (di modo che agli istanti sarebbe stato dovuta complessivamente la somma di € 418.886,23, di cui: a F. C., € 155.508,03; a G. C., € 165.575,83; a F. F., € 29.421,49; a G. G. €

68.380,88), con contestuale previsione dei tempi e dei modi del trasferimento;

- che al comma 11 dell'art. 2 dell'addendum veniva espressamente ribadito che, in caso d'inadempimento all'obbligo di acquisto da parte degli azionisti della ULN SIM SpA, gli azionisti della Genesi SIM SpA avrebbero avuto diritto a richiedere l'esecuzione in forma specifica;

- che con atto per notaio L. D. P. (rep. 1674, racc. 1204) del 30.9.2010 la ULN SIM e la Genesi SIM deliberavano la fusione industriale;

- che con raccomandata A/R dell'1.12.2010 gli attori esercitavano l'opzione, invitando le convenute a comunicare loro data e luogo per provvedere al trasferimento delle azioni previste nelle citate scritture;

- che essi ricordavano alla ULN LIFE ed al Banco di Napoli che le cessioni ed il pagamento dei corrispettivi sarebbero dovuti avvenire secondo le pattuizioni di cui all'accordo integrativo e che in sede di cessione avrebbero dovuto essere restituiti i finanziamenti effettuati "medio tempore" dagli azionisti cedenti; ammonivano, altresì, che in mancanza dell'indicazione, nei termini richiesti, del notaio, del luogo e della data per provvedere al trasferimento, sarebbero stati loro stessi a comunicare dette indicazioni, il tutto entro i 30 giorni dal ricevimento della raccomandata per l'esecuzione delle cessioni, previsti dagli accordi intercorsi;

- che, in assenza di riscontri, essi inviavano in data 21.12.2010 ulteriore raccomandata A/R, con la quale invitavano ULN LIFE e Banco di Napoli a comparire il giorno 11.1.2011 presso lo studio del notaio Paolo Guida per procedere alle cessioni previste;

- che con missiva del 5.1.2011 la ULN LIFE comunicava che avrebbe potuto procedere solo dopo aver ottenuto chiarimenti e documentazione in merito agli asseriti finanziamenti, precisando che gli acquirenti sarebbero stati: Istituto Banco di Napoli Fondazione, per n. 59.589 azioni, per il corrispettivo di € 128.354,00; Unit Linked Network Life SpA, per n. 111.667 azioni, per il complessivo importo di 240.532,00 (diviso in due tranches: la prima di n. 33.880 azioni al prezzo di € 72.977,94; la seconda di n. 77.787,60 azioni, al prezzo di € 167.554,49); Fin.Re. Srl per n. 23.213 azioni, al prezzo di € 50.000,00; comunicava, altresì, che giacché Fin.Re. non era socio della Genesi ULN sarebbe stato necessario avviare preliminarmente la proposta di prelazione statutaria e che essa ed il Banco di Napoli avrebbero dovuto ricevere l'autorizzazione all'acquisto ed al pagamento di Banca d'Italia;

- che successivamente a tale nota ed alle integrazioni da essi fornite con la comunicazione dell'11.1.2011, le cessionarie convenute non fornivano più alcun riscontro;

b) in punto di diritto

- che ricorrevano i presupposti di cui all'art. 2932 c.c. nonché del risarcimento richiesto per violazione della buona fede contrattuale da parte avversa.

Gli attori concludevano, pertanto, come in premessa.

Con comparsa depositata il 3.10.2011 si costituiva la ULN LIFE, invocando la declaratoria d'improponibilità e d'improcedibilità delle domande (anche per un prete-

so difetto di legittimazione passiva) ovvero il relativo rigetto nel merito, non avendo gli attori esercitato il patto d'opzione, ma piuttosto formulato alla parte una nuova proposta contrattuale, in virtù delle modifiche agli elementi essenziali del contratto siglato tra le parti.

Con comparsa depositata il 4.10.2011 si costituiva pure il Banco di Napoli, per ottenere l'integrale rigetto delle avverse richieste.

Definita la fase assertiva ed istruttoria del giudizio, all'udienza del 15 novembre 2012 esso perveniva in decisione sulle conclusioni rassegnate davanti al progressivo istruttore, dr. Nicola Graziano.

Con ordinanza emessa il 30 aprile 2013, il GI rimetteva la lite sul ruolo istruttorio per l'udienza del 26 settembre 2013, al fine di ottenere chiarimenti dalle parti.

In considerazione delle disposizioni adottate dal Presidente del Tribunale di Napoli di seguito all'istituzione della Sezione Specializzata in Materia d'Impresa presso la Terza Sezione Civile del Tribunale, il procedimento veniva poi assegnato allo scrivente che, raccolte all'udienza del 10 dicembre 2013 le definitive richieste dei contraddittori, introitava a sentenza con termini di rito per comparse e repliche.

Con ordinanza emessa il 30 marzo 2014 il Giudice riassegnava il giudizio nuovamente alla sede istruttoria, stante la necessità di audire preventivamente le parti affinché chiarissero se - in virtù delle vicende societarie della Genesi ULN SIM SpA verificatesi nelle more - ricorressero ancora le condizioni sulla cui base era stato stipulato il contratto di "put option"; ciò, invero, a prescindere dal possibile esito del giudizio ed anche al fine di verificare effettive possibilità di conciliazione della lite.

All'udienza del 16 settembre 2014, così fissata, la convenuta ULN LIFE dichiarava che la società Genesi ULN SIM SpA, a seguito della mancata sottoscrizione dell'aumento di capitale fino ad € 600.000,00, deliberato in data 16 settembre 2013, con successiva deliberazione assembleare del 14 novembre 2013 era stata posta in liquidazione essendo il patrimonio sociale sceso al di sotto della soglia minima prevista dalla Banca d'Italia; inoltre, che anche per essa convenuta era stata approvata la ricostruzione del capitale della società sino all'importo di € 300.000,00, non ancora sottoscritto, mediante l'emissione di n. 57.148 azioni, da offrirsi in opzione ai soci ai sensi dell'art. 2441, comma 5, c.c. Il Banco Napoli dal suo canto confermava le superiori circostanze, evidenziando come la messa in liquidazione avesse modificato lo scopo sociale e la stessa natura dei titoli azionari controversi. Gli attori si riportavano nella circostanza alle relative richieste.

Il giudice preso atto dell'inesistenza della prospettiva conciliativa introitava la decisione.

Le domande attoree vanno rigettate.

Occorre premettere che le "opzioni put" sono contratti stipulati tra due soggetti in base al quale l'acquirente dell'opzione acquista il diritto di vendere un titolo (detto sottostante) a un dato prezzo. Se il compratore di un'opzione put acquisisce un diritto di vendere azioni, il venditore di una opzione put si assume l'obbligo di ac-

quistarle. Ciò avviene in maniera simmetricamente opposta alla "opzione call" in base al quale l'acquirente dell'opzione acquista il diritto, ma non l'obbligo, di acquistare un titolo (detto sottostante) a un dato prezzo d'esercizio.

In dottrina e giurisprudenza i contratti di option vengono ricondotti al patto di opzione disciplinato dall'art. 1331 c.c. per il quale "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'articolo 1329".

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

Tale diritto è potestativo, perché corrisponde ad esso dal lato passivo, e quindi in capo al concedente, una soggezione, dovendo costui, se del caso, subire la conclusione del contratto finale ad iniziativa del solo opzionario.

Lo schema perfezionativo non è dunque quello della proposta-accettazione ex art. 1326, ma quello del contratto preparatorio di opzione, seguito dall'esercizio del suddetto diritto, mediante dichiarazione unilaterale recettizia entro il termine fissato nel contratto stesso o, in difetto, dal giudice (art. 1331 co. 2).

Il contratto di opzione è completo nei suoi elementi essenziali, rimanendo a carico dell'opzionario che intende esercitarlo il solo onere di manifestare la volontà di accettarlo, provocandone la conclusione.

Tuttavia, perché si possa parlare di conclusione del contratto in concreto stipulato, è necessario che la manifestazione di volontà sia conforme in tutto e per tutto allo schema contrattuale. Difatti nell'opzione il solo proponente rimane vincolato alla propria dichiarazione, mentre la controparte è libera sia di accettare puramente e semplicemente la proposta stessa, sia di formulare una controproposta che, contenendo elementi non compresi nella già prevista struttura del contratto finale, non può determinare la conclusione di questo in conformità della concessa opzione, ma consente di pervenire ad un diverso contratto qualora venga accettata dal destinatario.

Sia la proposta irrevocabile (art. 1329 c.c.), sia (per quanto qui rileva) la dichiarazione resa vincolante per una delle parti da un patto di opzione (art. 1331 c.c.) debbono quindi 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 pattuizioni (in termini Cass. civ., Sez. II, 10 settembre 2004, n. 18201 Mass. Giur. It., 2004, CED Cassazione, 2004).

La causa del contratto d'opzione consiste in sostanza nel rendere ferma per il tempo pattuito la proposta relativamente alla conclusione di un ulteriore contratto, con correlativa attribuzione all'altra del diritto di decidere circa la conclusione di quel contratto entro quel medesimo tempo.

L'opzione si inserisce, cioè, in una fattispecie a formazione progressiva della volontà contrattuale, inizialmente costituita da un accordo avente ad oggetto la irrevocabilità della proposta del promettente, ed, in seguito, dalla eventuale accettazione del promissario, che - saldandosi immediatamente con la proposta irrevocabile precedente - perfeziona il negozio giuridico di trasferimento (cfr. al riguardo Trib. Milano, Sez. Specializzata in materia di imprese, 03 ottobre 2013 Gridway SA C. Green Holding S.p.A., Contratti, 2013, 12, 1125, Società, 2014, 1, 97).

In coerenza con quanto appena evidenziato, il mancato esercizio, entro la scadenza del termine all'uopo fissato, della facoltà di accettare l'altrui proposta irrevocabile, 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. (così Cass. civ., Sez. II, 19 giugno 2013, n. 15411 La Vigna e altri C. Coltillaro e altri, CED Cassazione, 2013).

Lo stesso valore di nuova proposta, che non vincola il concedente l'opzione, deve logicamente attribuirsi ad ogni manifestazione di volontà d'esercizio dell'opzione che non sia coincidente con quella concessa dalla parte sottoposta (di conseguenza) all'altrui diritto potestativo. Inquadrate così la disciplina applicabile alla fattispecie, si tratta di verificare il contenuto della dichiarazione di esercizio dell'opzione avanzata dagli attori.

Ed invero nell'addendum del 30 settembre 2010 al contratto denominato "Put Option" concluso *inter partes*, gli azionisti ULN (odierni convenuti), per se stessi o per persone (fisiche o giuridiche) da nominare, riconoscevano irrevocabilmente a favore degli azionisti Genesi (odierni convenuti) il diritto di vender loro, a semplice richiesta, con il contestuale riconoscimento del proprio obbligo di acquistare, fino a n. 194.469 azioni di Genesi ULN SIM SpA, detenute complessivamente dai primi. Nell'ambito dell'accordo così concluso venivano ricompresi gli elementi essenziali del contratto da concludere, giacché erano previste la quantità dei titoli, il prezzo per ciascuna azione trasferenda ed il termine entro il quale l'opzione andava esercitata.

L'importo globale determinato nei suddetti termini ed in virtù dell'applicazione del prezzo così concordato (ovvero il minor importo complessivo, nel caso di esercizio parziale della put Option) per scelta condivisa dalle parti (ex art. 2.9 dell'addendum) rimaneva indifferente ad eventuali delibere di riduzione del capitale sociale di Genesi ULN SIM, sul presupposto (chiarito espressamente) che tale importo (fermo) era stato determinato sulla base dei valori aziendali alla data del bilancio finale di fusione.

La clausola appena riferita evidenzia, in definitiva, che i titolari dell'opzione non potevano richiedere ed ottenere nulla di più e nulla di meno di quanto convenuto, a

meno d'intendere la formulazione di una nuova proposta di cessione delle azioni agli originari concedenti.

Viceversa nell'esercitare l'opzione (mediante raccomandata A/R inviata ai convenuti il 1.12.2010) gli azioni Genesi (odierni istanti), come effettivamente dedotto da chi resiste introducevano un elemento nuovo e non previsto, consistente nel richiedere che in sede di cessione venissero restituiti i finanziamenti che assumevano aver eseguito medio tempore.

Orbene tale richiesta poteva intendersi volta ad ottenere maggiorazione del prezzo previsto: depone invero in questo senso l'affermazione svolta dagli attori in sede di giudizio, ove questi sostengono che i finanziamenti avrebbero finito per rappresentare un maggior valore delle azioni, nonché quella formulata dai predetti in fase precontenziosa per dissipare i dubbi manifestati al riguardo da ULN, secondo la quale detti versamenti costituirebbero patrimonio e non debito della società nata dalla fusione.

Viceversa alla stessa, ove ritenuta slegata dall'esercizio dell'opzione, poteva attribuirsi natura di obbligazione autonoma, tuttavia condizionante il trasferimento delle azioni: depone in questo diverso senso l'uso dell'espressione letterale usata nella lettera/diffida di cui si discute, laddove prevede che "in sede di cessione" gli acquirenti avrebbe dovuto comunque provvedere al pagamento dei finanziamenti che si assumevano erogati nel frattempo dai venditori.

In entrambe le ipotesi ricostruttive è indubbio che l'acquisto delle azioni, cui pure i convenuti si erano obbligati nel riconoscere l'altrui diritto d'opzione, sarebbe dovuto passare attraverso un mutamento degli elementi del contratto di "Put Option", in termini di cambiamento delle condizioni patrimoniali del trasferimento (il prezzo) ovvero di aggiunta di condizioni prima inesistenti.

Gli attori non hanno dunque esercitato il diritto cristallizzato nell'opzione put ma hanno avanzato una nuova e diversa proposta rispetto a quella oggetto di opzione che, pertanto, non è stata esercitata nel termine previsto.

Per l'art. 1331 cit. l'inutile decorso di detto termine, facendo venire meno la soggezione dell'offerente al diritto potestativo del contraente favorito, come visto libera definitivamente il primo, la cui proposta non solo perde i caratteri dell'irrevocabilità, ma vien meno anche come proposta sic et simpliciter, ai sensi dell'art. 1326 c.c., avendo le parti, attraverso il patto di opzione, nettamente delimitato i rispettivi poteri, l'una assumendo l'obbligo di mantener ferma la propria proposta solo per il periodo indicato e l'altra quello di esercitare il suo diritto potestativo di accettazione entro e non oltre il medesimo termine.

Pertanto, la manifestazione della volontà di aderire all'offerta non conforme alla stessa - come in specie - ovvero avvenuta tardivamente, equivale ad una nuova proposta proveniente dal soggetto che nel patto di opzione aveva la posizione più favorevole: una proposta che, come tale, è idonea a vincolare in contratto l'o-

riginario offerente, salvo che questi non l'accetti. (Cass. Civ. 5423/1992).

In considerazione di quanto precede in fatto ed in diritto, può pertanto concludersi per l'infondatezza della domanda ex art. 2932 c.c. formulata dagli attori, versando appunto in ipotesi in cui la condotta dei titolari del diritto d'opzione ha fatto venir meno il vincolo contrattuale *inter partes*, ivi compresa la soggezione di chi resiste ad eventuale pronuncia costitutiva in luogo dell'adempimento richiesto.

(omissis)

Orbene è pacifico tra le parti che nelle more del giudizio la Genesi ULN LIFE è stata posta in liquidazione.

È noto, al riguardo, che tale vicenda "non determina un mutamento della personalità giuridica della stessa, né tantomeno la sostituzione di un soggetto di diritto ad un altro, ma semplicemente la modifica dell'oggetto sociale, che, per effetto della liquidazione, è ora diretto alla liquidazione dell'attivo ed alla sua ripartizione tra i soci, previa soddisfazione dei creditori sociali; pertanto, vi è continuità tra la società prima e dopo la messa in liquidazione, sì che gli atti compiuti prima di essa continuano a produrre effetti e ad essere giuridicamente vincolanti nei confronti della società" (Cass. civ., Sez. I, 19 dicembre 2008, n. 29776, T.M. C. T.G., Mass. Giur. It., 2008, CED Cassazione, 2008).

È altrettanto noto che le azioni abbiano quale oggetto la partecipazione sociale, che si estrinseca nei diritti di cui ali artt. 2350 e 2351 c.c. e solo quale oggetto "mediato" la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta (in termini da ultimo Cass. civ., Sez. V, 19 ottobre 2012, n. 17948 Agenzia delle Entrate C. Fenice qualità per l'ambiente s.p.a., Giur. It., 2013, 8-9, 1835).

È evidente, allora, che il passaggio dalle gestione ordinaria a quella liquidatoria della società influisca sulla natura stessa de titoli azionari, laddove muta l'oggetto sociale perseguito.

In tal senso si giustifica la tesi sostenuta dal convenuto Banco di Napoli secondo cui nella circostanza i titoli controversi costituiscano qualcosa di diverso dalle azioni oggetto del contratto di "Put Option", alla stregua di titoli che conservino allo stato il solo diritto alla ripartizione del patrimonio residuante dalla liquidazione di Genesi ULN LIFE.

Ad ogni buon conto tutte le parti paiono condividere che non ci sarebbe allo stato la possibilità materiale della sentenza esecutiva richiesta, proprie per le vicende che hanno interessato detta società.

Sta di fatto che non possono trovare accoglimento, in surroga, le istanze risarcitorie avanzate dagli attori.

Invero la buona fede nell'esecuzione del contratto, invocata da questi ultimi a fondamento della domanda risarcitoria svolta in via di estremo subordine, si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da perseverare gli interessi dell'altra, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti

giuridici e/o materiali che si rendono necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico.

Può dirsi quindi che configurino componenti del rapporto obbligatorio i doveri strumentali al soddisfacimento dei diritti delle parti contraenti che non integrino tale non dovuto sacrificio.

Nella fattispecie è indubbio che la scelta dei convenuti, di non addivenire all'acquisto delle azioni oggetto d'opzione, sia avvenuta senza ledere gli obblighi di cui all'art. 1375 c.c.; ed infatti procedere all'acquisizione dei titoli alle condizioni novate dalle controparti avrebbe

significato sicuramente realizzare l'interesse avverso, tuttavia mediante un sacrificio non giustificato né richiedibile alla luce del contenuto delle previsioni contrattuali (quelle sul prezzo e sui criteri di relativa determinazione, ivi compresa l'indifferenza rispetto ad esso delle vicende delle società emittente le azioni controverse) e, comunque, della possibilità degli istanti di trovare nella stessa *Genesis ULN LIFE* il soggetto obbligato alla restituzione dei finanziamenti eventualmente erogati.

Le domande attoree vanno quindi rigettate. (*omissis*).

IL COMMENTO

di Florestano Funari (*)

La sentenza in commento - sul tema dell'accettazione difforme dell'opzionario - ripropone il principio diffuso in giurisprudenza secondo il quale, al fine di perfezionare il patto di opzione, è necessario che la manifestazione di volontà di esercizio del diritto di opzione sia esattamente conforme a quanto stabilito nel patto di opzione stipulato fra le parti, con la conseguenza che nell'eventualità in cui la manifestazione di volontà di aderire all'opzione concessa fosse difforme dal contenuto del patto di opzione stipulato, la stessa non potrebbe determinare l'esecuzione del contratto di opzione ma, al contrario, avrebbe il valore di una controproposta, che, come tale, potrebbe determinare la conclusione di un diverso accordo, qualora venisse accettata dal destinatario. Inoltre, la sentenza affronta il tema del comportamento del concedente l'opzione, rispetto alla sua responsabilità per violazione dei doveri di cui all'art. 1375 c.c.

La sentenza in epigrafe richiama la disciplina del contratto di opzione previsto dall'art. 1331 c.c., il cui primo comma prevede che: "Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dell'articolo 1329", e il cui secondo comma prevede inoltre che: "Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice".

Il patto di opzione è uno strumento largamente utilizzato e diffuso nella prassi commerciale e, soprattutto, finanziaria. Il suo utilizzo consente ad una parte di differire l'assunzione di un determinato impegno (per esempio di trasferimento di un bene), garantendosi allo stesso tempo il vincolo della controparte.

Molto spesso la stipulazione di un contratto di opzione ha come scopo di consentire al beneficia-

rio dell'opzione di valutare la concreta fattibilità, sia tecnica che economica, di operazioni societarie od immobiliari complesse e di reperire le risorse finanziarie necessarie (1).

Nella prassi applicativa, il patto di opzione conosce, sostanzialmente, due tipologie: il c.d. "put" ed il c.d. "call".

Il contratto di "put option" consiste nell'attribuzione all'opzionario del diritto potestativo di alienare al concedente un bene ad un prezzo determinato, ovvero determinabile secondo gli accordi stipulati tra le parti. Il contratto di "call option" attribuisce, invece, all'opzionario il diritto potestativo di acquistare un bene alle condizioni predeterminate, o determinabili dalle parti.

Nel caso di specie, il Tribunale di Napoli qualifica il contratto azionato come opzione (cosa che, come si avrà modo di esporre di seguito, non appare così scontata) e, dopo aver richiamato la citata distinzione tra le "opzioni put" e le "opzioni call", in-

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Per un esauriente esame della casistica dell'utilizzo del-

l'opzione nella legge e nella prassi cfr. E. Panzarini, *Il contratto di opzione, I. Struttura e Funzioni*, Milano, 2007, XV ss.

quadra, in linea con la dottrina e la giurisprudenza, il contratto di opzione (nel caso di specie di acquisto) nella fattispecie normata dall'art. 1331 c.c.

In particolare, il Tribunale affronta il tema relativo alla modalità di esercizio dell'opzione, affermando che, perché si possa avere la conclusione del contratto di opzione in concreto stipulato, è necessario che la manifestazione di volontà dell'opzionario sia conforme "in tutto e per tutto" allo schema contrattuale già stipulato fra le parti.

Ciò, in quanto con il patto di opzione è esclusivamente il concedente ad essere vincolato alla proposta formulata, mentre l'opzionario è libero sia di accettarla, sia di formulare una controproposta, che, come tale, contenendo elementi diversi o, comunque, non compresi nella già stabilita struttura del contratto finale, non può determinare l'esecuzione dell'opzione concessa e, quindi, la conclusione del contratto finale (ad esempio la compravendita del bene) al quale è geneticamente collegata, ma consente di addivenire ad un diverso contratto, laddove dovesse essere accettata dal concedente.

Il Tribunale afferma che la dichiarazione ex art. 1331 c.c. deve contenere tutti gli elementi essenziali del contratto che è interesse delle parti concludere, così che lo stesso possa essere in concreto perfezionato per effetto della sola e semplice adesione alla proposta formulata con l'opzione, senza la necessità di ulteriori pattuizioni.

La pronuncia in commento offre lo spunto per una breve disamina sull'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza in materia di contratto di opzione, con particolare riferimento ai temi relativi all'accettazione difforme dell'opzionario ed all'esercizio tardivo dell'opzione.

L'inquadramento giuridico del contratto di opzione e le differenze con la proposta irrevocabile, con il contratto preliminare e con la prelazione

La disciplina normativa del contratto di opzione (così come quella della proposta irrevocabile) è stata introdotta con il codice del 1942. Precedentemente in dottrina e giurisprudenza vi erano dibattiti in merito alla possibilità di ammettere una proposta resa in modo unilaterale irrevocabile.

La dottrina riconduce tradizionalmente il patto di opzione a quella categoria di negozi giuridici co-

siddetti "preparatori" o "strumentali" (2). All'interno di questa categoria, oltre al patto di opzione, ritroviamo la proposta irrevocabile, il contratto preliminare e il contratto di prelazione (3). Queste figure contrattuali hanno in comune di essere funzionali o preparatorie rispetto ad un negozio c.d. "definitivo".

Secondo l'opinione prevalente, il contratto di opzione è, quindi, un contratto autonomo rispetto a quello finale, anche se funzionale ovvero strumentale al perfezionamento dello stesso, essendo ad esso necessariamente collegato. Nella prassi contrattuale, l'opzione può essere convenuta con un contratto autonomo, ovvero, con una clausola *ad hoc* all'interno di un testo contrattuale.

Appare, dunque, opportuno soffermarsi sinteticamente sulla distinzione fra il patto di opzione e le altre figure contrattuali simili od apparentemente tali.

La distinzione fra il patto di opzione e le variegate fattispecie di atti pre-negoziali (lettere di intesa, *gentlemen's agreements*, punteggiamenti) appare chiara in linea teorica, trattandosi nel caso dell'opzione di vero e proprio vincolo contrattuale e negli altri casi di accordi tendenzialmente non vincolanti, la cui violazione implicherà al più una responsabilità pre-contrattuale. Ciò in teoria, poiché nella prassi la formulazione adottata per rappresentare la volontà delle parti non sempre consente un'immediata distinzione fra le due categorie; in tal caso saranno le regole dell'interpretazione contrattuale ad aiutare nella qualificazione del negozio.

Di particolare delicatezza risulta la distinzione tra il contratto di opzione e la proposta irrevocabile prevista dall'art. 1329 c.c., anche alla luce del richiamo effettuato dall'art. 1331 c.c. all'art. 1329 c.c. per indicare gli effetti della dichiarazione oggetto dell'opzione.

La principale e tradizionale distinzione tra il patto di opzione e la proposta irrevocabile consiste nella differente natura strutturale delle due fattispecie: atto unilaterale per la proposta irrevocabile e contratto/patto per l'opzione. Tale distinzione è ben evidenziata anche dal dato normativo, posto che l'art. 1331 c.c. prevede espressamente una "convenzione" fra le parti. In sostanza, sarebbe la differente struttura - unilaterale nella proposta irrevocabile e bilaterale/contrattuale nell'opzione - a

(2) Cfr. G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974; A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, I (*Le fasi del procedimento*), Milano, 1974, 91 ss. e per un panorama della dottrina sul punto, E. Panzarini, *cit.*, 3.

(3) E. Cesaro, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, 29; G. Rascio, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, 66.

differenziare le due fattispecie. Nonostante la loro differente struttura, gli effetti delle due fattispecie (almeno quelli principali), sarebbero invece gli stessi, ovvero sia l'irrevocabilità della dichiarazione/proposta del soggetto vincolato (4), da qui il mancato approfondimento del tema da parte della giurisprudenza che, sostanzialmente, spesso equipara le due figure.

Peraltro, l'indicata differenza strutturale tra l'opzione e la proposta irrevocabile verrebbe quasi completamente meno, laddove si ammettesse che il patto di opzione (nel caso di opzione gratuita) può perfezionarsi con il meccanismo dell'art. 1333 c.c., come sostenuto da una parte della dottrina (5).

Per la dottrina e la giurisprudenza prevalenti la coesistenza dell'art. 1331 c.c. con l'art. 1329 c.c. non crea particolari problematiche, posto che già la sola differenza strutturale tra le due norme basterebbe a legittimare la coesistenza delle stesse.

Nella prassi, al fine di non incappare in errori di qualificazione giuridica, derivanti anche dal *nomen iuris* attribuito ad un atto, andrà verificato - caso per caso - se la dichiarazione che viene definita come "proposta irrevocabile" non sia invece una "proposta di contratto di opzione" e se, in tale caso, quest'ultima dovrà essere accettata affinché il contratto si possa concludere. Allo stesso modo, sarà necessario verificare se una "proposta di contratto di opzione" anche se non accettata, abbia comunque dato luogo al perfezionamento di un contratto, o in forza al comportamento concludente delle parti, ovvero in forza del fatto che l'adesione del beneficiario non sia richiesta, ex art. 1333 c.c. In altri termini, ai fini di un corretto inquadramento giuridico, il criterio strutturale andrà integrato da una attenta analisi delle concrete modalità di formazione del contratto in esame.

Ciò detto, la dottrina maggioritaria individua la principale differenza tra opzione e proposta irrevocabile, qualificando l'opzione come un contratto che attribuisce il diritto potestativo di concludere

un futuro contratto e la proposta irrevocabile come una proposta - ferma - ovvero una "domanda che attende una risposta"; in estrema sintesi, l'opzione comporterebbe il crearsi di una situazione in cui vi è qualcosa di più della (sola) irrevocabilità (6).

Il patto di opzione differisce anche dal contratto preliminare ed in particolare dal contratto preliminare unilaterale - nel quale vi è l'obbligazione di una sola parte alla stipula del definitivo - i cui effetti sono sostanzialmente diversi. Infatti, mentre il contratto di opzione permette all'opzionario la conclusione del contratto finale con l'esercizio dell'opzione, nel preliminare unilaterale si genera il diritto alla conclusione del contratto definitivo.

Il nesso strumentale esistente tra il contratto preliminare ed il contratto definitivo non ha nulla in comune con il legame strutturale che intercorre tra il momento iniziale del patto di opzione (proposta resa vincolante per accordo tra le parti) ed il momento finale (accettazione) nella formazione progressiva del contratto di opzione. Ciò in quanto nel contratto preliminare gli effetti definitivi si producono solo a seguito di un successivo incontro di dichiarazioni tra le parti contraenti, mentre con l'opzione gli effetti finali si producono in virtù della semplice dichiarazione unilaterale di accettazione della parte non obbligata. Il panorama viene completato se si considera che per giurisprudenza e dottrina prevalente (7) è ammissibile un contratto di opzione di preliminare (anche unilaterale), dovendosi far riferimento al comune intento negoziale delle parti per la corretta qualificazione della singola fattispecie (8).

Il contratto di opzione differisce, inoltre, dal patto di prelazione, posto che con quest'ultimo un soggetto si obbliga a preferire un altro soggetto come contraente, a parità di condizioni, nell'eventualità in cui decidesse di stipulare un contratto, le cui condizioni sono spesso determinate sulla base di un offerta di un terzo. Tuttavia tale distinzione appare meno netta nell'ipotesi in cui l'interpretazione del testo contrattuale possa rappresentare

(4) Cfr. M. Fragali, *Dei requisiti del contratto*, in *Commentario al codice civile* diretto da D'Amelio - Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 331; G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 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, cit., 11.

(5) G. Gorla, *Note sulla distinzione tra opzione e proposta irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.* 1962, I, 221; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 147; E. Perego, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, 109; E. Panzarini, cit., 41 ss. e 113 ss.

(6) Cfr. per tutti G. Gorla, cit., 216-223.

(7) In giurisprudenza, Cass. 14 dicembre 1992, n. 1823, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 13 ss.; Cass. 11 ottobre 1986, n. 5950, in *Giur. it.*, 1987, I, 1625 e ss.; in dottrina F. Messineo, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu - Messineo, I, Milano, 1968, 489; N. Distaso, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1980, I, 571.

(8) Sul punto di interesse anche le considerazioni *incidenter tantum* della Sezione Unite della S.C. nella recente sentenza che ha riconosciuto la validità del contratto preliminare di preliminare, Cass., SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628.

una fattispecie di diritto di opzione condizionata (9). Anche in tal caso occorrerà indagare l'effettiva volontà delle parti sulla base degli elementi messi a disposizione dell'interprete.

Causa ed onerosità del contratto di opzione

Sintetizzati gli elementi di qualificazione dell'opzione rispetto ad altre figure contrattuali similari, appare opportuno soffermarsi sulla causa del contratto di opzione e sulla pretesa necessaria onerosità del relativo patto, sostenuta da parte della dottrina e da isolata giurisprudenza.

Il contratto di opzione è caratterizzato da una causa generica e costante, che si contrappone ad una causa specifica e variabile. La prima necessaria per ricondurre una determinata fattispecie concreta al patto di opzione disciplinato dall'art. 1331 c.c. e la seconda necessaria al fine di valutare la validità, la liceità, l'efficacia e la disciplina dell'opzione. In altri termini, una volta accertato che è stato stipulato un contratto con il quale viene attribuito ad una parte il diritto potestativo di concludere in futuro un determinato contratto e, quindi, come tale riconducibile al patto di opzione ex art. 1331 c.c., si tratta di verificare quale sia la funzione che in concreto l'opzione è preposta a realizzare. Detta indagine è necessaria non solo per verificare se sussiste una causa idonea e sufficiente per la validità del contratto nel caso di specie, sulla base della meritevolezza degli interessi che l'opzione persegue, ma anche per determinare la disciplina applicabile al patto di opzione stipulato (10).

Sotto il profilo dell'onerosità/gratuità del contratto di opzione, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti sostengono che il contratto di opzione possa essere sia oneroso che gratuito, seppur nella pratica degli affari il diritto d'opzione è di frequente concesso verso un corrispettivo che, di norma, consiste in un versamento di un prezzo (c.d. "premio" o "prezzo per la concessione dell'opzione").

Tuttavia, il corrispettivo non sarebbe un elemento necessario della fattispecie (11).

Altri autori sostengono, al contrario, che l'opzione si distinguerebbe dalla proposta irrevocabile propria alla luce della sua necessaria causa onerosa,

ciò in quanto il concedente consentirebbe all'optionario di temporeggiare in ordine all'accettazione della proposta, a fronte del pagamento di un corrispettivo (12).

Sul tema, nel panorama giurisprudenziale, merita un cenno la sentenza della Corte d'Appello di Milano dell'11 marzo 1997 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 della Corte Meneghina sarebbe nulla l'attribuzione del diritto di opzione avvenuta "senza la specificazione di alcun titolo che la giustifichi e la renda meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

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.

La necessaria onerosità del contratto di opzione non appare una teoria condivisibile.

In primo luogo in quanto il testo dell'art. 1331 c.c. non contiene alcun riferimento (neppure indiretto) in merito alla natura necessariamente onerosa del contratto di opzione. Ed invero, il termine "convenire" usato nella norma in commento non implica - di per sé - alcuna necessaria onerosità della convenzione stipulata tra le parti ai sensi dell'art. 1331 c.c. In verità, è verosimile che il legislatore abbia utilizzato il termine convenire tanto per riferirsi all'ipotesi di un contratto di opzione autonomo, quanto per riferirsi all'ipotesi di una clausola di opzione inserita in un testo contrattuale più ampio. Il legislatore non ha inserito nel testo della norma in commento alcun riferimento né alla necessaria onerosità, né alla possibile gratuità dell'opzione. In tali casi, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che le fattispecie che vengono in rilievo possano essere concluse anche a titolo gratuito. È il caso, per esempio, della fideiussione (13), del patto di

(9) Cfr. R. Sacco, in Sacco - De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Tomo II, Torino, ed. 2004, 343 ss.

(10) M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, 207.

(11) Cfr. Gorla, *cit.*, 222; A. Genovese, *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 172.

(12) La tesi della necessaria onerosità dell'opzione è stata affermata per la prima volta da R. Sacco, *Il contratto*, Torino, 1975, 221 ss. e ripresa nelle sue successive trattazioni.

(13) G. Bozzi, *La fideiussione*, Milano, 1995, 42; in giurisprudenza, Trib. Napoli 20 dicembre 1975, in *Dir. fall.*, 1975, II, 450.

non alienazione (14) e della cessione del contratto (15).

Sembra pertanto ragionevole sostenere che il legislatore prevedendo all'art. 1331 c.c. l'elemento della "convenzione" non abbia voluto "normare" la natura essenzialmente onerosa dell'opzione, ma evidenziare che la stessa può rivestire sia la forma di un contratto, sia di una clausola all'interno di un più ampio contratto (16).

Nella prassi le citate posizioni dottrinali e giurisprudenziali a favore della necessaria onerosità dell'opzione, hanno indotto ad esplicitare nei contratti o nei patti di opzione quale sia l'interesse economico del concedente a costituire il diritto dell'optionario, cosicché sia chiaro all'interprete che non si tratti di mera gratuità. In casi di estrema prudenza viene addirittura previsto un vero e proprio prezzo di concessione dell'opzione, spesso meramente simbolico, avente quale unica finalità quella di scongiurare l'invalidità del patto di opzione.

In verità, nella prassi, la concessione di un'opzione difficilmente rappresenta una mera liberalità del concedente, ma costituisce la composizione di interessi contrapposti, del concedente e del beneficiario, rispetto ad operazioni economiche complesse. A titolo di mero esempio, basti pensare al largo utilizzo dell'opzione nelle operazioni immobiliari, nelle quali la concessione dell'opzione di acquisto, risponde all'interesse del beneficiario di valutare la possibilità di sviluppare un determinato progetto immobiliare, sia in termini di fattibilità economica che in termini di rilascio delle necessarie autorizzazioni amministrative, sia a quello del concedente di consentire al beneficiario dette verifiche, senza sopportarne alcun costo. In tali casi è evidente che, anche in difetto di esplicite indicazioni dei rispettivi interessi delle parti e di alcun prezzo per la concessione dell'opzione, non potrà comunque rivenerci alcuna gratuità del contratto. Lo stesso dicasi nel caso del ricorso allo schema dell'opzione di vendita in operazioni di *private equity*, dove l'investitore, all'interno dei complessi accordi per l'entrata nel capitale della società, negozia a suo favore un patto di vendita della medesima partecipazione a una certa data futura; ciò al fine di poter smobilizzare l'investimento, ricavandone il giusto profitto derivante dalla vendita (agli altri soci) della partecipazione per un prezzo calcolato con un mecca-

nismo (fissato nel patto di opzione) che valorizzi la partecipazione stessa in relazione all'auspicato maggior valore della società.

La giurisprudenza in tema di contratto di opzione

In aggiunta alla pronunce citate, il panorama giurisprudenziale in tema di opzione non è particolarmente vasto, a dispetto del largo uso nella prassi del contratto di opzione. Per completezza è comunque utile richiamare alcune significative pronunce sulle principali tematiche in materia di opzione.

Secondo la giurisprudenza più recente della Suprema Corte (17), l'opzione è un negozio giuridico bilaterale con il quale una parte si impegna a mantenere ferma una proposta per un certo tempo, nell'interesse dell'altra parte, alla quale spetta la facoltà di accettarla. Con l'opzione è invero il solo concedente a rimanere vincolato alla propria dichiarazione, mentre la controparte è libera sia di accettare puramente e semplicemente la proposta stessa, sia di formulare una (differente) controproposta.

Essa "configura uno degli elementi di una fattispecie a formazione progressiva, costituita inizialmente dall'accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità delle proposta e, successivamente, dall'accettazione definitiva del promissario che, saldandosi con la proposta, perfeziona il contratto" (18).

In particolare, nell'opzione il vincolo della irrevocabilità della proposta consegue non ad un impegno assunto unilateralmente dal concedente, ma ad un accordo stipulato tra le parti. E poiché tale vincolo non può durare all'infinito, laddove non è stato fissato un termine di efficacia dell'opzione, questo è stabilito dal giudice, giusto il disposto del comma 2 dell'art. 1331 c.c.

In giurisprudenza non vi sono pronunce più recenti volte ad approfondire la qualificazione giuridica del patto di opzione, il quale viene dunque sostanzialmente assimilato alla proposta irrevocabile. Degna di nota appare una recente pronuncia (19) della S.C. che, seppur al fine di dirimere un conflitto in materia di diritto del mediatore alla provvigione, si sofferma sulla distinzione fra opzione e contratto preliminare. Detta pronuncia riconosce la differenza fondamentale nel fatto che nel caso del contratto preliminare, unilaterale o bilaterale,

(14) M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, Vol. II, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 417.

(15) G. De Nova, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, ed. 1993, Tomo 2, 703.

(16) P. Rescigno, *Contratto in generale*, Enc. giur., IX, Roma, 1988, 3-4.

(17) Cfr. Cass. 21 novembre 2011, n. 24445.

(18) Cass. 26 ottobre 2006, n. 23022.

(19) Cass. 21 novembre 2011, n. 24445.

gli effetti definitivi si producono solo a seguito di un successivo incontro di dichiarazioni tra le parti contraenti, mentre nel caso dell'opzione gli effetti finali si producono in virtù della semplice dichiarazione unilaterale di accettazione (20). Tuttavia sulla base di tale condivisibile assunto, la sentenza citata trae poi delle conclusioni che lasciano perplessi in tema di responsabilità del concedente in caso di violazione dell'opzione (come nel caso di trasferimento a terzi del bene opzionato). Ciò che non appare fondato è il fatto che la responsabilità del concedente per violazione del patto di opzione venga circoscritta alla sola responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, invece che a quella contrattuale, con le note conseguenze del caso in tema di danno risarcibile. In altri termini la S.C. sembra ignorare il fatto che non si tratti di una violazione di una mera proposta irrevocabile, ma bensì di un contratto, seppur preparatorio, perfezionato fra le parti e, quindi, fonte di responsabilità contrattuale.

Sempre la medesima pronuncia, sul fronte della responsabilità precontrattuale, afferma la tesi secondo la quale l'opzionario è libero di esercitare o non esercitare la sua facoltà di scelta, ma se con il suo comportamento ingenera nel concedente l'affidamento incolpevole circa l'esercizio del diritto, poi nella realtà non avvenuto, l'opzionario potrà rispondere di culpa *in contraendo*.

Costante appare l'insegnamento secondo il quale, l'opzione deve contenere, nella sua interezza, l'intero regolamento contrattuale, nel senso che va esclusa la possibilità che possa essere considerata un'opzione un atto che non contenga gli elementi essenziali del futuro contratto (21). Il principio, in verità, non è inteso in modo rigido dalla giurisprudenza. Con riferimento al prezzo, si è statuito che non è indispensabile che lo stesso sia determinato nel contratto di opzione, ma è sufficiente che sia determinabile alla stregua di criteri, riferimenti o parametri precostituiti dalle parti, così che la sua successiva concreta quantificazione sia ricollegabile ad un'attività delle stesse parti di tipo meramente attuativo e/o ricognitivo (22).

Sotto il profilo della forma, si ritiene che il patto di opzione debba essere stipulato nella forma minima richiesta per l'atto definitivo. Parimenti, l'ac-

cettazione dell'opzionario deve rivestire la stessa forma del contratto definitivo (23).

La casistica giurisprudenziale più recente riguarda più che altro le modalità di esercizio dell'opzione ed i suoi effetti ed in tale solco si inserisce la sentenza in commento.

Modalità di esercizio dell'opzione, in particolare l'esercizio tardivo dell'opzione e l'accettazione difforme dell'opzionario

In tema di tempestività dell'esercizio dell'opzione, la giurisprudenza è solita affermare che il mancato esercizio del diritto di opzione entro la scadenza del termine convenuto fra le parti, fa venire meno la soggezione del concedente al diritto potestativo attribuito all'opzionario, liberando così definitivamente il primo. In particolare, la manifestazione dell'opzionario di aderire all'offerta, laddove sopravvenga tardivamente rispetto al termine di esercizio dell'opzione, equivale ad una nuova proposta, che non vincola il concedente se non in caso di sua accettazione (24).

La dottrina non è però univoca sul punto, perché la soluzione proposta si basa sulla qualificazione del contratto di opzione in termini di patto sulla irrevocabilità della proposta, con conseguente ammissione che la proposta resterebbe in vita anche dopo la scadenza del termine di esercizio dell'opzione come proposta semplice, ovvero, quale fattispecie autonoma contrattuale, produttiva di effetti qualora si possa ritenere non ancora decorso il termine di efficacia (quale proposta semplice) e sempreché il proponente non abbia revocato la proposta (25).

In realtà, in mancanza di espressa pattuizione in tal senso, desumere automaticamente che le parti, che abbiano stipulato un patto di opzione, vogliono mantenere in vita dichiarazioni contrattuali o proposte oltre il termine dalle stesse espressamente pattuito, non è una conclusione condivisibile.

Prima della scadenza del termine per l'esercizio dell'opzione, le parti potranno, eventualmente, convenire una proroga dello stesso, ma un'accettazione tardiva dell'opzionario dovrà ritenersi una

(20) Cfr. sul punto anche Cass. 14 novembre 1978, n. 5236; Cass. 26 marzo 1997, n. 2692.

(21) Cfr. Cass. 29 ottobre 1993, n. 10777; Cass. 28 aprile 1983, n. 2908; Cass. 21 gennaio 1982, n. 402.

(22) Cass. 14 febbraio 1986, n. 873.

(23) Cfr. Cass. 14 febbraio 1992, n. 1823; Cass. 7 aprile 1987, n. 3339.

(24) Cass. 7 maggio 1992, n. 5423, in *Giust. civ.*, 1992, II, i, 3039.

(25) In dottrina cfr. N. Di Mauro, *La scadenza del termine nel contratto di opzione*, 3040; in giurisprudenza cfr. App. Milano 22 settembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 160 ss. e Cass. 11 gennaio 1990, n. 41, in *Corr. giur.*, 1990, 824 ss.

nuova proposta, suscettibile di essere - se di interesse - accettata dal concedente (26).

Più delicato, specie in tema di conseguenze che ne possono derivare, è il tema dell'esercizio dell'opzione mediante un'accettazione non conforme rispetto al contenuto della proposta irrevocabile. Si tratta dunque di verificare se qualsiasi difformità, anche marginale, trasformi l'accettazione in una nuova proposta.

Nel caso in cui l'opzionario formuli una vera e propria controproposta, la giurisprudenza è solita affermare che si ha un implicito rifiuto della proposta originaria oggetto dell'opzione, la quale dunque decadrebbe, con preclusione di una successiva accettazione conforme, che si potrebbe avere solo nel caso in cui il concedente decidesse di aderire alla nuova proposta formulata dall'opzionario (27).

La dottrina più attenta ha avuto modo di evidenziare che l'affermazione della giurisprudenza va precisata, in quanto espressa nei termini suindicati non può essere condivisa (28).

Posto che la dichiarazione oggetto dell'opzione è irrevocabile per un periodo di tempo convenuto, è ammissibile che, in pendenza del termine di esercizio dell'opzione, l'opzionario sottoponga al concedente un diverso assetto contrattuale, senza tuttavia pregiudicarsi la possibilità di accettare successivamente (ma entro il termine di scadenza dell'opzione) la proposta originaria, qualora le parti non riuscissero a trovare un accordo sulla nuova proposta. In particolare, nel caso in cui l'opzionario dovesse precisare che è sua intenzione sottoporre al concedente un assetto contrattuale alternativo rispetto a quello in precedenza convenuto, riservandosi in ogni caso - laddove la controproposta non venga accettata - di decidere se accettare o meno la proposta originaria entro il termine pattuito, *nulla questio*.

Il tema più delicato si pone nel caso in cui vi sia stata un'accettazione dell'opzionario difforme rispetto alla dichiarazione irrevocabile oggetto dell'opzione e non sia più possibile esercitare il diritto

di opzione conforme, in quanto il termine convenuto per l'esercizio dell'opzione è spirato.

In questo caso si tratta di verificare se l'accettazione difforme dell'opzionario sia tale da incidere a livello sostanziale su quanto pattuito dalla parti con il patto di opzione - valendo in questo caso l'accettazione difforme come controproposta - ovvero solo a livello marginale e, come tale, in concreto inidonea ad incidere sulla sostanza del contratto finale.

Il tema indicato si sostanzia nella necessaria totale conformità dell'accettazione dell'opzionario rispetto alla proposta formulata con l'opzione (29), ovvero nell'ammissibilità che il contratto finale possa perfezionarsi anche qualora l'accettazione contenga delle variazioni marginali rispetto alla proposta, o comunque tali da non incidere a livello sostanziale sul contenuto del contratto finale (30).

Sul punto, è di tutta evidenza come un'accettazione del tutto difforme rispetto alla dichiarazione irrevocabile non potrebbe portare al perfezionamento del contratto convenuto, costituendo la stesse un'evidente controproposta.

Nel caso, invece, l'accettazione implichi marginali variazioni rispetto all'assetto contrattuale convenuto, è necessario valutare se si possa comunque ritenere perfezionato il patto di opzione.

Sul tema, in aggiunta ai riferimenti giurisprudenziali e dottrinali richiamati, si rileva che vi sono numerosi elementi, sia a livello sovranazionale che in altri ordinamenti nazionali, che portano a ritenere come la conformità sostanziale dell'accettazione sia idonea (anche alla luce del principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti) a perfezionare l'opzione convenuta.

Seppur in generale, con riferimento al tema della conclusione del contratto e non con riferimento all'opzione, sia la Convenzione di Vienna sulle vendite internazionali dei beni mobili (31), che i principi Unidroit (32), che i PECL (*Principles of European Contract Law*) (33), propendono per la valorizzazione del cd. criterio della "conformità so-

(26) Cfr. sul punto Cass. 29 agosto 1991, n. 9228, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2167, con nota di C. Vignali, *Vendita immobiliare: proposta irrevocabile o altri rapporti giuridici preparatori*.

(27) Cfr. Cass. 14 luglio 1965, n. 1512, in *Foro it.*, 1966, I, 118 ss.; Cass. 13 luglio 1968, n. 2488, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce *Obbligazione e contratti*, n. 81.

(28) Cfr. G. Gorla, cit., 217 ss.; A. Ravazzoni, cit., 224 ss.

(29) Cfr. A. Bellelli, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*, Padova, 1992, 56; P. Duvia, *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, Milano, 2012, I.

(30) Cfr. G. Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 56; N. Irti, *Il contratto tra faciendum e fact-*

cum, in *Idola libertatis*, Milano, 1985, 57.

(31) Cfr. art. 19, comma 2, CISG secondo cui: "Tuttavia, una risposta che vuole essere l'accettazione di un'offerta, ma che contiene elementi complementari o diversi che non alterano sostanzialmente i termini dell'offerta, costituisce un'accettazione, a meno che l'autore dell'offerta, senza ritardi ingiustificati, non ne rilevi verbalmente le differenze e non faccia pervenire un avviso al riguardo. Se non lo fa, i termini del contratto sono quelli dell'offerta, con le modifiche comprese nell'accettazione".

(32) Cfr. art. 2.1.II dei principi Unidroit.

(33) Cfr. art. 2:208 dei PECL.

stanziale” dell’accettazione, rispetto a quello di “stretta conformità”.

Anche negli ordinamenti di *common law* il principio generale del c.d. “*mirror image rule*” (34) è applicato sulla base di un più generale principio di tutela delle ragionevoli aspettative delle parti, in modo tale che l’accettazione che contenga delle modifiche che non incidono in modo apprezzabile sull’assetto contrattuale convenuto dalle parti, è idonea a concludere il contratto (35).

Dagli esempi normativi citati si rinviene un comune denominatore consistente nel porre a carico del proponente, che riceva una accettazione non formalmente ma sostanzialmente conforme alla opzione, di comunicare tempestivamente all’altra parte di ritenere non conforme la sua accettazione o, comunque, non accettabile le modifiche da questi apportate, seppur marginali. In altri termini, la valorizzazione del principio di buona fede nella conclusione del contratto.

Se dovessimo applicare lo stesso metro al contratto di opzione, dovrebbe ritenersi valida l’esercizio dell’opzione mediante un’accettazione sostanzialmente conforme, anche se avente elementi marginali di difformità, lasciando eventualmente, al concedente che riceva la stessa l’onere di eccepire tempestivamente la mancata conclusione del contratto finale per difformità dell’accettazione. La fonte normativa di tale onere sarebbe rinvenibile nei generali principi di buona fede nella conclusione del contratto (art. 1337 c.c.), nel caso in cui si propenda per una responsabilità pre-contrattuale connessa agli obblighi di comportamento delle parti prima della conclusione del contratto finale, ovvero nella buona fede nell’esecuzione del contratto, laddove, come appare preferibile, si intenda riferirsi all’esecuzione del contratto di opzione.

Fermo quanto sopra rilevato, è tuttavia necessario evidenziare come nel nostro ordinamento il principio della rigorosa congruenza tra la proposta e l’accettazione è affermato dalla dottrina tradizionale ed applicato dalla giurisprudenza maggioritaria.

In particolare, in giurisprudenza, anche se non mancano sentenze (più) sensibili alla considerazione sostanziale del contenuto della dichiarazione di accettazione (36), è nettamente prevalente l’orientamento che richiede la conformità testuale dell’accettazione alla proposta per il perfezionamento del contratto (37).

La fattispecie esaminata dalla sentenza in commento

Chiarito il quadro sistematico della dottrina e della giurisprudenza in materia di opzione, l’analisi della sentenza in commento fa sorgere qualche dubbio sulla qualificazione del contratto azionato dagli attori. Il Tribunale partenopeo, pur evidenziando che il contratto prevedeva quale rimedio specifico il “diritto a chiedere l’esecuzione in forma specifica”, non ha avuto dubbi nel qualificare lo stesso come patto di opzione e, quindi, a farne discendere le conseguenze già evidenziate in epigrafe di questo commento, sulla scia della giurisprudenza dominante in materia di esercizio dell’opzione. Invero, anche gli attori non hanno avuto dubbi nel qualificare il contratto azionato quale opzione, tuttavia nelle loro conclusioni non hanno chiesto l’accertamento dell’avvenuta conclusione del contratto definitivo a seguito del preteso esercizio dell’opzione, ma bensì “ai sensi e per gli effetti dell’art. 2932 c.c., una sentenza di esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere il contratto di compravendita”. Pur non disponendo del testo contrattuale azionato, dai dati riportati in sentenza, sorge il dubbio che il Tribunale e gli attori abbiano frettolosamente qualificato lo stesso come opzione, mentre non è da escludersi - sulla base dei soli dati desumibili dalla sentenza - la qualifica del contratto in questione come preliminare unilaterale. In altri termini, se gli attori avessero correttamente esercitato un’opzione di acquisto, avrebbero dovuto chiedere al giudice, almeno in via principale, una sentenza dichiarativa di accertamento dell’avvenuto passaggio della proprietà delle partecipazioni e,

(34) Cfr. A. Bellelli, cit., 112 ove si evidenzia come l’espressione in questione renda con immediata efficacia la specularità richiesta tra proposta e accettazione, equivalendo al principio continentale della loro “perfetta conformità”.

(35) Sull’applicazione del principio dell’affidamento nelle determinazione della conformità tra proposta e accettazione, cfr. U. Draetta, *La battle of forms nella prassi del commercio internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, 321 ss.

(36) Cfr. Cass. 11 luglio 1979, n. 3981, in *Giust. civ.* 1980, I, 1395; Cass. 5 novembre 1981, n. 5823, in *Giur. it.*, 1983, I, i, 1734.

(37) Cfr. Cass. 25 ottobre 1965, n. 2234, in *Giur. it.*, 1966, I, i, 411; Cass. 7 ottobre 1981, n. 5261, in *Giust. civ.*, 1982, I, 78; Cass. 15 marzo 1982, n. 1691, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 199, con nota di A. Fusaro, *In tema di formazione progressiva del contratto*. In particolare, secondo Cass. 23 gennaio 1978, n. 298, in *Giur. it.*, 1979, I, i, c. 147, con nota di V. Roppo: “Il contratto è concluso solo quando le parti abbiano raggiunto l’accordo su tutti gli elementi che concorrono a formarlo, siano essi essenziali o accidentali, principali o secondari, salvo che risulti che le parti abbiano inequivocabilmente negato ogni valore a taluni ben specificati elementi del negozio”.

quindi, la condanna della controparte al pagamento del relativo prezzo. Invece, è stata chiesta l'esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.* che "naturalmente" si attaglia all'esecuzione di un contratto preliminare. Una diversa qualificazione del contratto avrebbe forse potuto consentire l'accoglimento della domanda attorea, almeno relativamente a quella di risarcimento del danno, ma questo sarebbe stato un altro (ipotetico) giudizio e non è qui la sede per celebrarlo.

Inoltre, il caso in esame sollecita qualche considerazione sul contenuto della comunicazione di esercizio dell'opzione e sul comportamento delle parti.

L'insegnamento che sembra potersi trarre dal quadro giurisprudenziale e dottrinale sopra sintetizzato e dalla sentenza del Tribunale di Napoli, è che, nella prassi contrattuale, appare oltremodo utile, da un lato, prevedere un allegato al contratto di opzione nel quale è riportato lo schema per l'esercizio dell'opzione stessa, dall'altro, che l'atto di esercizio dell'opzione non debba contenere elementi diversi da quelli previsti in contratto, i quali - laddove sopravvenuti durante il lasso di tempo compreso fra la sottoscrizione dell'opzione ed il suo esercizio - potranno eventualmente essere rivendicati ed azionati in separata sede.

Infine, circa il comportamento delle parti in pendenza del periodo di esercizio dell'opzione, la sentenza del Tribunale di Napoli appare sul punto troppo netta nell'escludere qualsiasi diritto al risarcimento del danno degli attori, per violazione dei doveri imposti dall'*art. 1375 c.c.* nell'esecuzione del contratto. Forse avrebbe meritato un diverso apprezzamento il comportamento della convenuta, pur descritto in sentenza, che in una delle missive citate (del 5 novembre 2011) avrebbe creato un affidamento negli attori in ordine alla volontà di addivenire al trasferimento delle partecipazioni, pur richiedendo alcuni chiarimenti e prendendo così tempo. Dalla sentenza non è dato desumere quale fosse il periodo di opzione e se tale comportamento dei convenuti sia intervenuto prima o dopo lo spirare del termine ultimo per l'esercizio dell'opzione, poiché nel caso in cui tale comportamento fosse stato posto in essere prima di detta scadenza, avrebbe meritato un maggiore apprezzamento nel verificare una responsabilità del concedente per aver creato nell'opzionario un incolpevole affidamento nella conclusione del contratto definitivo e nell'aver quindi lasciato spirare, senza ulteriori iniziative, il termine finale.