



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

FILIPPO ROSSI

**RAGIONEVOLI DUBBI
PERCORSI STORICI
DEL RECESSO UNILATERALE**



G. Giappichelli Editore

ABBREVIAZIONI

<i>AcP</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i> , Tübingen, Mohr Siebeck
<i>ADB</i>	<i>Allgemeine deutsche Biographie</i> , Leipzig, Duncker & Humblot
DALLOZ <i>Jurispr. général</i>	V.-A.-D. DALLOZ, <i>Jurisprudence général. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle et de droit public</i> , Paris, Bureau de la Jurisprudence Générale, 1825-1902
DALLOZ <i>Rép. méthodique</i>	V.-A.-D. DALLOZ, <i>Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public</i> , II ed., Paris, Bureau de la Jurisprudence Générale, 1845-1870
<i>DBGI</i>	<i>Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)</i> , diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. Miletti, 2 voll., Bologna, il Mulino, 2013
<i>DBI</i>	<i>Dizionario Biografico degli Italiani</i> , Roma, Istituto della Enciclopedia italiana
<i>Deutsche und Europäische Juristen</i>	G. KLEINHEYER, J. SCHRÖDER (herausgegeben von), <i>Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische aus neun Jahrhunderten</i> , Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, VI ed.
<i>DHJF</i>	<i>Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle)</i> , sous la direction de P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN, Paris, Puf, 2007

- Dig. disc. priv.* *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, Utet
- ED* *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè
- FENET* P.-A. FENET, *Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil. Suivi d'une édition de ce Code, à laquelle sont ajoutés les lois, décrets et ordonnances formant le complément de la législation civile de la France, et où se trouvent indiqués, sous chaque article séparément, tous les passages du recueil qui s'y rattachent*, Paris, au Depot Saint-André-des-Arcs, 1827-1829
- JDbR* Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
- JDbR* "Jahrbücker für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts"
- Journ. Palais* *Journal du Palais. Recueil le plus ancien et le plus complet de la Jurisprudence*, Paris, A. Chevalier-Maresq, 1801-1823
- JU* RAFAEL DOMINGO (ed.), *Juristas Universales*, 4 voll., Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2004
- Juristen* M. STOLLEIS (herausgegeben von) *Juristen. Ein biographisches Lexicon Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München, C.H. Beck, 2001, II ed.
- Mat. st. cult. giur.* *Materiali per una storia della cultura giuridica. Rivista fondata da Giovanni Tarello*, Bologna, il Mulino
- Monitore trib.* *Monitore dei Tribunali. Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale*, Milano, G. Bernardoni et al., 1869-1977
- NDB* *Neue Deutsche Biographie*, Berlin Duncker & Humblot
- NDI* *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Utet
- NNDI* *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet
- ÖBL* *Österreichisches Biographisches Lexikon 1815-1950*, Graz, H. Bohlhaus (ora Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften)

- QF* *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè
- RSDI* *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, Torino, Amministrazione della Rivista di Storia del Diritto Italiano (ora Leo S. Olschki)
- SEUFFERT* J.A. SEUFFERT, E.A. SEUFFERT (herausgegeben von), *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in dem deutschen Staaten*, 1847-1943
- ZEDLER* *Grosses vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschaften und Künste*, Halle und Leipzig, Verlegt Johann Heinrich Zedler, 1731-1734

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Il “problema” recesso: “rompere” da soli ciò che si è “costruito” insieme. –
2. Da oggi a ieri, da ieri a oggi: le ragioni di una ricostruzione storica del recesso. –
3. Alcune precisazioni sui termini e sui “confini” dell’indagine.

1. *Il “problema” recesso: “rompere” da soli ciò che si è “costruito” insieme.*

A giudicare dall’incessante produzione scientifica sul recesso, la rottura unilaterale del contratto pare davvero un tema che non cessa di destare interesse¹.

Il motivo della costante attenzione sull’istituto è intuibile, del resto,

¹ Riporto, a titolo esemplificativo e limitandomi alla sola dottrina italiana, alcuni dei contributi generali più significativi degli ultimi cinquant’anni: G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, Giuffrè, 1962; T. TABELLINI, *Il recesso*, Milano, Giuffrè, 1962; S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, Giuffrè, 1965; W. D’AVANZO, *Recesso (diritto civile)*, in *NNDI*, vol. XIV, 1967, pp. 1027-1048; G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 28.3 (1974), pp. 725-751; G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, Giuffrè, 1994; ID., *Recesso*, in *Dig. disc. priv., sezione civile*, vol. XVI, 1997, pp. 651-667; N.A. CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, Cedam, 2000; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2001; E. CORRADI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Milano, Giuffrè, 2002; N. PARODI, *L’uscita programmata dal contratto*, Milano, Giuffrè, 2005; P. SIRENA, *Effetti e vincolo del contratto*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, vol. III, *Gli effetti*, a cura di M. COSTANZA, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 113-139; N. MASSELLA DUCCI TERI, *Contributo ad una teoria generale del negozio di recesso*, Milano, Giuffrè, 2016. Si segnala infine, in prospettiva interdisciplinare, F. ROSSI (a cura di), *Consenso e dissenso nelle codificazioni europee. Scioglimento e mantenimento del vincolo contrattuale tra storia giuridica, diritto privato e comparazione*, Pisa, Edizioni Ets, 2021.

considerando la latitudine delle conseguenze che esso produce. La manifestazione unilaterale di volontà, per giunta recettizia, con cui il “ritiro” unilaterale si sostanzia, presuppone una prerogativa soggettiva – quella di “pentirsi” di aver stretto l’accordo – che contraddice la concezione per cui il contratto vincola al reciproco rispetto dei patti, all’aspettativa nelle controprestazioni e al legittimo affidamento sulla loro continuazione, a meno che si decida, di comune accordo, di porvi fine.

Della necessità di tale facoltà, tuttavia, non si può dubitare. Il diritto potestativo con cui una delle parti decide di “tornare sui propri passi” risponde infatti a primarie finalità di economia dei rapporti giuridici², e così pure di razionalità del sistema, anche in virtù del principio di giustizia commutativa che innerva le dinamiche contrattuali³.

Si tratta, insomma, di una facoltà che opera sì drasticamente sugli effetti del contratto, ma che al contempo favorisce la ricomposizione degli interessi negoziali, e per le circostanze più varie⁴. A seconda dei casi, l’estinzione unilaterale fornisce il termine finale a un contratto che ne è privo, o interviene per evitare rapporti *sine die*. Consente di rimediare a disfunzioni del sinallagma (ad esempio l’inadempimento di una parte) ovvero a sopravvenienze che ne alterino l’originario equilibrio (come l’impossibilità sopravvenuta parziale). Protegge da decisioni affrettate o prese non del tutto consapevolmente, permettendo altresì, in casi specifici, di “abbandonare” il rapporto, a volte con, altre volte senza un corrispettivo per l’esercizio del “ripensamento”⁵.

² Perché i contratti, cito da un classico dell’analisi economica del diritto, devono «permettere ai contraenti di fare affidamento su rimedi adeguati», conoscendo a priori la «distribuzione» dei rischi che possono incidere sui loro rapporti negoziali. E naturalmente uno dei rischi più rilevanti è la possibilità «che una sola o entrambe le parti desiderino recedere dal contratto concluso» (cfr. R. BOWLES, *Law and the Economy*, Oxford, Martin Robertson, 1982 = ID., *Diritto e Economia* (con introduzione di G. ALPA), Bologna, il Mulino, 1985, citazioni a pp. 190, 194, 201).

³ Sul tema, vastissimo, si rinvia a G. D’AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in “Europa e diritto privato”, 1 (2019), pp. 1-49, in part. pp. 5-8.

⁴ R. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2013, che definisce il recesso alla stregua di «strumento naturale e fisiologico di sistemazione degli interessi contrattuali» (p. 36).

⁵ P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, cit., pp. 1-149, in part. pp. 116-120.

A tutte queste situazioni, accomunate dal disvolere ciò che si era precedentemente voluto eppure differenti l'una dall'altra, il diritto riserva dinamiche operative sempre più sfrangiate e settoriali.

E tuttavia, se analizzata nella sola configurazione attuale, tale pluralità di meccanismi (e così pure la varietà delle cause che inducono a ricorrervi) impedisce di superare gli interrogativi che aleggiano intorno allo scioglimento unilaterale del contratto.

Vi sono, infatti, dei “ragionevoli dubbi” che non cessano di destare preoccupazione, quando si dibatte di recesso. Da quando, nel XII secolo, i glossatori cominciarono a cimentarsi con la teoria della risoluzione (ma anche prima di allora, quando il sistema del diritto romano, seppur avulso da ogni tensione sistematizzante, percepiva nondimeno la portata della questione e vi accordava rimedi *ad hoc*), quello della volontà unilaterale che scioglie il vincolo bilaterale (o plurilaterale) costituisce infatti uno dei “nodi” più complessi del diritto privato. Un nodo che non si dipana, ma che anzi si aggroviglia ancor di più con l'ingresso nella modernità, per rivelarsi ingarbugliato durante l'età della codificazione, e che non cessa di mettere alla prova i giuristi agli inizi del terzo millennio, con la nascita di “micro-sistemi”, nel solco di «un itinerario storico, che si svolge e consuma sotto il nostro sguardo»⁶.

Volontà (estintiva) di una parte contro volontà (costitutiva) di due o più parti, dunque. Riducendo ai minimi termini il problema, si potrebbe dire che il recesso riguarda la capacità di “rompere” da soli ciò che si è “creato” insieme, e che tale potere, all'apparenza inammissibile – o quantomeno eccezionale –, apra una crepa sulla capacità dell'accordo di vincolare le parti, da un lato minando la solidità del principio *pacta sunt servanda*, dall'altro lato compromettendo la forza costitutiva del contratto⁷.

Di tale modo di interpretare il principio della forza di legge – intesa, per l'appunto, come efficacia vincolante dell'accordo e sua obbligatorietà tra le parti – offre testimonianza il processo che dall'età moderna condu-

⁶ Così N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1989, III ed., in part. pp. 33-39 e pp. 65-66 (p. 36 per la citazione nel testo).

⁷ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 501. Sulla formula enfatica “il contratto ha forza di legge” il rinvio obbligato è a G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, Led-Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1993, pp. 7-53.

ce sino a quella contemporanea, lungo un tragitto travagliato, eppure saldamente ancorato a un ragionamento semplice e ineluttabile. Se onorare il contratto significa prima di tutto tutelare l'affidamento nell'esecuzione del programma negoziale, ecco che la perdita di interesse alla sua continuazione deve presupporre un "consenso sul dissenso": ossia un accordo, una comune volontà nel concludere la vicenda negoziale (è il *mutuus* o *contrarius consensus* di matrice romanistica)⁸. In caso contrario, permettere a una parte di liberarsi del vincolo *inaudita altera parte*, attribuendole una facoltà di determinazione unilaterale estintiva (e quindi, un dissenso vero e proprio), significherebbe conferirle il potere di imporre il suo "ritiro" a chi, invece, vorrebbe proseguire un rapporto originato dalla comune volontà.

Proprio facendo leva su tale argomento – ereditato dal diritto comune classico e destinato a marcare di sé la parabola dell'età moderna dal XVI al XVIII secolo⁹ – e tutelando la stabilità dei patti (il principio di conservazione del contratto), la nostra tradizione giuridica ha per secoli considerato necessario il comune accordo dei contraenti, sia per la costituzione del vincolo (c.d. *bilateralità genetica*), sia per la sua prosecuzione ed estinzione (c.d. *bilateralità funzionale*)¹⁰, confinando entro apposite fattispecie, relative a precisi rapporti e a ipotesi ben determinate, la possibilità di recedere dal rapporto contrattuale¹¹.

Si è trattato di una lunga fase, che ha conosciuto una svolta con il riconoscimento della centralità spettante all'autonomia contrattuale dell'individuo, se del caso *a prescindere e contro* la forza dell'accordo.

Questa formidabile cesura ha indirizzato il discorso giuridico ottocentesco lungo una direttrice ben precisa, riassumibile in un ragionamento altrettanto semplice e ineluttabile: se i contratti vincolano, è però altrettanto vero che essi perseguono specifici interessi dai quali dipende l'utilità dell'operazione. Nell'ipotesi, niente affatto insolita, in cui un

⁸ *Infra*, cap. 1, § 2.

⁹ *Infra*, cap. 1, §§ 3-4.

¹⁰ F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato)*, in *ED*, vol. IX, 1961, pp. 784-976, in part. § 104, pp. 958-960, e F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, II ed., in part. pp. 1-10.

¹¹ *Infra*, cap. 2.

contraente perda interesse alla prosecuzione del rapporto, impedirgli di ritirarsene, costringendolo a rimanere imbrigliato a una relazione inutile, se non svantaggiosa, equivarrebbe a limitarne la facoltà di autodeterminare quali bisogni soddisfare e quali no, compromettendo, in ultima analisi, la sua facoltà di autodeterminarsi in assoluto. Contro la frustrazione di aspettative e vantaggi di scambio che vanno al di là del rapporto intersoggettivo tra contraenti, lo scioglimento unilaterale soddisfa la necessità di adattare gli interessi al mutare delle circostanze, perché non vi è bisogno più odioso di quello che, pur non essendo più tale, obbliga comunque alla sua osservanza¹².

Proprio per riflettere su intensità e impatto di tale cambio di paradigma, questo libro esplora i percorsi attraverso i quali la scienza giuridica ammette lo scioglimento unilaterale, collocandolo nella parte generale del sistema contrattuale: quella stessa parte generale che, allo stesso tempo e all'apparenza in opposta direzione, consacra i dogmi dell'accordo e della forza di legge.

Un percorso difficile, come si vedrà, perché osteggiato dagli schemi di tipicità, ma soprattutto dai principi del consenso e della conservazione del contratto all'interno dei codici ottocenteschi¹³. Dogmi il cui superamento impegnerà la scienza giuridica lungo il corso del XIX secolo, e in particolare la sua seconda metà, tornante dal quale il "sistema" del recesso assume precipue caratteristiche operative.

2. *Da oggi a ieri, da ieri a oggi: le ragioni di una ricostruzione storica del recesso.*

Si è detto che per trovare la regola generale dello scioglimento *ex uno latere* del contratto non ci si deve spingere troppo in là nel passato, superando i confini di una storia che lo ammette (peraltro non senza esitazioni e con limitazioni operative) solamente quando le pagine dei primi co-

¹² *Infra*, cap. 3.

¹³ Cfr. P. GROSSI, *Proprietà e contratto*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 128-138, in part. pp. 135-136.

dici si sono ormai ingiallite. È infatti nel tardo XIX secolo che il “ritiro” unilaterale, già presente nelle discipline “parallele” di parte speciale, comincia a essere categorizzato come recesso, nel senso precipuo di rimedio di parte generale del sistema contrattuale.

Di qui in avanti, sul finire dell’Ottocento e poi soprattutto nei convulsi decenni del Novecento, il diritto dei recessi conoscerà un progressivo moto di espansione che finirà per proiettarne il principio generale e le discipline applicative entro un contesto assai più frammentato e, in ogni caso, esorbitante il diritto comune dei contratti: un panorama plurale amplissimo, che si alimenta anche e soprattutto di norme di settore, di regole relative al diritto d’impresa, di tutele del risparmiatore e del consumatore, e che risponde altresì di principi e regole sovranazionali (specie quelle europee).

Quella della “fuga” dall’unità della fattispecie è, del resto, una delle costanti del diritto vigente, la cui insoddisfazione verso le categorie, messe in crisi dallo straripare di sempre nuovi strumenti remediali concessi dalla c.d. *legislazione multilivello*, pare una declinazione del fenomeno generale con cui i giuristi debbono da tempo misurarsi: la crisi del diritto¹⁴.

Di tale crisi partecipano anche le dinamiche estintive delle relazioni contrattuali, comprese quelle unilaterali, con riferimento alle quali la frammentazione può essere osservata da varie angolazioni.

Da un primo e più evidente punto di vista (ma che vale la pena ribadire), il recesso opera in una pluralità di situazioni differenti. La specificità dei contesti consiglia, pertanto, di osservarlo distinguendo i presupposti e le finalità di volta in volta prodotte, secondo una classificazione ormai classica e dalle indubbie capacità descrittive: funzioni determinative o liberatorie nei contratti di durata (tipici e atipici), *sine die* e a tempo indeterminato, con o senza preavviso, con o senza giusta causa; funzioni impugnatorie o di autotutela contro vizi e fatti originari o sopravvenuti (soprattutto, ma non solo, l’inadempimento, totale, parziale, e il ritardo nell’adempimento); funzioni penitenziali, per tutelare un consenso ponderato ovvero per consentire il ripensamento *tout court*, al di là e contro l’obbligatorietà del consenso¹⁵.

¹⁴ Sul tema vd. U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, Laterza, 2014, pp. 145-166.

¹⁵ Sulla classificazione del recesso in base alla funzione si rinvia a G. GABRIELLI, *Vin-*

Ad analoghe conclusioni intorno alla mancanza di uniformità operativa si può giungere analizzando il recesso da una seconda prospettiva: quella del linguaggio. Non è infatti casuale che alla disciplina frangiata del “ritiro” unilaterale si accompagni un vocabolario giuridico fumoso, contraddistinto da termini (*recesso, disdetta, revoca, rinuncia, dimissioni*) impiegati come sinonimi ma che a ben guardare sinonimi non sono, con conseguenti storture e improprietà linguistiche, sicché a volte accade che l’atto unilaterale estintivo non venga designato *recesso*, come dovrebbe, bensì ricorrendo ad altre espressioni meno precise sotto il profilo definitorio e, ancor meno, qualificatorio¹⁶. Altre volte accade il contrario: che con *recesso*, cioè, ci si riferisca ad atti giuridici che innescano dinamiche differenti dalla facoltà di incidere negativamente e unilateralmente sul regolamento contrattuale¹⁷.

colo contrattuale e recesso unilaterale, Milano, Giuffrè, 1985; G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso (diritto privato)*, in *ED*, vol. XXXIX, 1988, pp. 27-45. Cfr. anche A. BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 28, e M. AMBROSOLI, *Recesso*, in *Dig. disc. priv., sezione civile*, 2014, IV ed., pp. 527-539, p. 534, nota 43. Sull’opportunità della classificazione qui adottata e sul superamento delle precedenti (in particolare la contrapposizione tra recesso ordinario e straordinario) vd. M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 4, con la bibliografia citata.

¹⁶ Si parla, per esempio, di *restituzione* nel contratto di consegna e di *disdetta* in quello di locazione. Tali “sinonimi” rimandano a meccanismi che assolvono scopi differenti: il caso più eclatante avviene nella locazione priva di durata, con riferimento alla quale l’atto unilaterale che impedisce il rinnovo del contratto non è concettualmente ascrivibile alla *disdetta* – come pure si suole chiamarlo – poiché quest’ultima prevede, per sua natura, un termine per evitarne un rinnovo (sul discrimine fra *disdetta* e *recesso* cfr., in tal senso, U. ROMAGNOLI, *Disdetta*, in *ED*, vol. XIII, 1964, pp. 91-95, spec. p. 92). Talvolta accade addirittura che la denominazione si “sdoppi” a seconda della parte che ricorre al recesso: si distinguono, infatti, la *revoca* dalla *rinuncia* all’interno del mandato e il *licenziamento* dalle *dimissioni* nell’ambito del rapporto di lavoro.

¹⁷ Così, ad esempio, per il ritiro della proposta e dell’accettazione, che integrano ipotesi di *revoca*, la quale, insistendo su un rapporto giuridico non ancora efficace, priva di efficacia un atto da cui non è ancora sorto un rapporto e non travolge un negozio preconstituito del quale non si vuole più fare parte prodotti (cfr. W. D’AVANZO, *Recesso*, cit., pp. 1028-1030), ovvero, più in generale riguarda atti giuridici diversi dal contratto, sostanzandosi «nella eliminazione di una situazione di potere creata da un soggetto per la soddisfazione di un proprio interesse» (M. AMBROSOLI, *Recesso*, cit., p. 531).

Il fenomeno non riguarda solamente l'ordinamento italiano, dal momento che ampie gamme lessicali e relative imprecisioni si registrano anche nei vocabolari giuridici stranieri. È il caso dell'insieme di termini (*retrait*, *renonciation-révocation*, *congé* e *rétractation*) che in Francia si contrappone, in modo confuso soprattutto dopo l'*Ordonnance* del 2016, al più corretto *résiliation*¹⁸. O, ancora, della giustapposizione tra *desistimiento* (più ampio per portata) e *revocación*, *rescisión*, *resolución*, *denuncia* e *renuncia* (legati a specifici tipi contrattuali) dei paesi di lingua spagnola¹⁹. In Germania, poi, dopo la *Modernisierung* del 2002, il *Rücktritt*, che produce effetti differenziati (*ex tunc*, se azionato per contrastare l'inadempimento, a prescindere dalla sua eventuale colpevolezza; *ex nunc*, per "ritirarsi" in modo più generico dal contratto), convive con altre locuzioni e

¹⁸ *Retrait*, *renonciation-révocation*, *congé* e *rétractation* si riferiscono, rispettivamente, alla società, al mandato (anche qui sdoppiato), alla locazione e ai contratti di consumo, si pongono *a côté* del più frequentemente adoperato *résiliation*, destinata a produrre effetti *pro-futuro*, a differenza della *résolution*, che opera, invece, retroattivamente. A complicare le cose, la recente e pervasiva riforma del codice civile preferisce tuttavia ricorrere esclusivamente al termine *résolution*, che ora comprende la via giudiziale (art. 1227), ora quella pattizia della clausola risolutiva espressa (art. 1225), ma anche la facoltà di porre fine unilateralmente al contratto a prestazioni corrispettive *par voie de notification* (art. 1226). Di queste vie solo quest'ultima – nonostante il dettato dell'*Ordonnance du 10 février 2016* non sia dei più felici – dispiega gli effetti *ex nunc* tipici della *résiliation* (cfr. CH. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat: trois idéologies en concurrence*, in CH. JAMIN, D. MAZEAUD (sous la direction de), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, pp. 71-86; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat. Préface de Jacques Ghestin, avant-propos de Denis Mazeaud*, Paris, LGDJ, 2002, in part. p. 101, nonché T. GENICON, "Résolution" et "résiliation" dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, in *La semaine juridique-édition générale (CPG)*, 90.38 (2015), pp. 960-981).

¹⁹ Cfr. A. GÁLVEZ CRIADO, *El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la propuesta de modernización del Código civil*, in K.L. ALBIEZ DOHRMANN (dirección de), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 509-528, in part. p. 512. In modo non dissimile, Portogallo e Brasile ricorrono a *resilição*, in via generale, e a *retirada*, *despedimento*, *retratação*, per riferirsi a situazioni particolari (nello specifico, il ritiro del socio, il licenziamento, il ripensamento nel contratto di consumo): Á. VILLAÇA AZEVEDO, *Retratação (aspectos de direito civil)*, in "Revista da Faculdade de Direito de São Paulo", 86 (1991), pp. 329-369, in part. pp. 334-336.

perifrasi utilizzate per contratti specifici (come *widerruf* per il mandato, *zurückfordern* per il comodato, *widerruf von Verbräucherträgen* per il contratto con il consumatore), ma soprattutto con la *Kündigung*, figura complessa e un tempo amplissima, sotto il cui “ombrello” ricade oggi il solo scioglimento per giusta causa dei rapporti di durata (e destinato a dispiegare efficacia *ex tunc*)²⁰.

Tralasciando di addentrarci nelle nomenclature della *Common Law* assimilabili al recesso, ove la *termination by notice* riguarda esclusivamente il *breach of contract* (ossia l'inadempimento contrattuale)²¹, questa carrellata conferma portata e latitudine delle criticità del recesso. Queste ultime, a ben vedere, si consumano ancora una volta nello scarto tra la sostanza, unitaria, del principio generale e le forme, eterogenee, dei suoi ambiti applicativi e delle parole utilizzate per qualificarli²².

²⁰ Cfr. M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, Giappichelli, 2013, in part. pp. 177-182 (e altresì E. FERRANTE, *Il progetto di riforma del secondo libro del codice civile tedesco su obbligazioni e contratti: verso un nuovo Schuldrecht*, in “Contratto e impresa/Europa”, 6.1 (2001), pp. 249-280, in part. pp. 263-264, nonché J. KOHLER, *Das Rücktrittsrecht in der Reform*, in *JuristenZeitung*, 56.7 (2001), pp. 325-337). Sulle differenze tra *Rücktritt* e *Kündigung* (un tempo più ampia, come debitamente segnalato da O. VON GIERKE, *Dauernde Schuldverhältnisse*, in *JDbR*, 28 (1914), n. VIII, pp. 355-411), si veda B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, II ed., in part. p. 419. Alla riforma tedesca delle obbligazioni sono dedicati, *ex multis*: P. HUBER, F. FLORIAN (herausgegeben von), *Schuldrechtsmodernisierung-Einführung in das neue Recht*, München, Beck, 2002; A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in “Europa e diritto privato”, 2 (2004), pp. 353-384; A. DIURNI, B. KINDLER, *Il codice civile tedesco «modernizzato»*, Torino, Giappichelli, 2004; S. PATTI, *Conclusioni: luci e ombre nella riforma dello Schuldrecht*, in “Contratto e impresa/Europa”, 9.2 (2004), pp. 952-963.

²¹ Sul punto si rimanda a R. CERCHIA, *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 83-114.

²² Tale scarto consiglia nel considerare il termine *recesso* e i suoi omologhi stranieri come “espressioni-tipo”: “termini ombrello” per indicare il rimedio in tutte le sue declinazioni (risalenti e recenti, generali e settoriali), riconoscendo loro un valore sostanziale più pregnante di quello letterale, che sconta i limiti della resa sul piano lessicale. Di «accettare il rischio di confusione determinato dall'impiego del medesimo termine per indicare vicende diverse» parla anche M. FRANZONI, *Art. 1373. Recesso unilaterale*, in ID.,

La natura proteiforme e sfuggente del recesso – il suo atteggiarsi, cioè, secondo schemi differenti e per differenti nomenclature – finisce per lasciare dietro di sé una serie di questioni aperte e si manifesta in modo particolare in alcune categorie di contratti assai comuni: *leasing*, assicurazioni sulla vita, multiproprietà, contratti con il consumatore o “di massa”, e ancora quelli conclusi a distanza o “di viaggio”, pacchetti turistici, oppure certi contratti d’impresa e di credito al consumo. Contratti con riferimento ai quali, grosso modo durante gli ultimi sessant’anni, si è fatta strada la tendenza a proteggere la parte debole o non qualificata professionalmente, assicurandole la correttezza nella formazione del consenso e nell’esecuzione del rapporto, nonché la facoltà di “cambiare idea” per sottrarsi a un rapporto del quale abbia perso interesse. È il “recesso da ripensamento” (o “diritto di ripensamento”) a cui è ormai dedicata una bibliografia sterminata²³ e con riferimento al quale si suole ricorrere alla locuzione *ius poenitendi*²⁴ (o, meglio ancora, *ius se poenitendi*)²⁵.

Degli effetti del contratto, vol. I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale. Artt. 1372-1373*, in P. SCHLESINGER (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 312. Sulla pluralità di nomi dietro ai quali opera il recesso insiste anche R. TOMMASINI, *Autonomia privata*, cit., p. 36.

²³ Senza pretesa di completezza, ma solo per impostare i termini della questione: D. STAUDENMAYER, *The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law*, in “*Journal of Consumer Policy*”, 27 (2004), pp. 269-287; F. ADDIS, *Diritto comunitario e “riconcettualizzazione” del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in “*Obbligazioni e contratti*”, 11 (2009), pp. 869-880; A. BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit.; E. HALL, G. HOWELLS, J. WATSON, *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, in “*European Review of Contract Law*”, 8 (2012), pp. 139-166; C. MARCHETTI (a cura di), *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Torino, Giappichelli, 2012; P. SIRENA, *L’europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in “*Osservatorio del diritto civile e commerciale*”, 1 (2014), pp. 3-14; C. CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura*, in “*Europa e diritto privato*”, 20.4 (2017), pp. 1343-1405.

²⁴ «Dalle differenze che presenta il recesso nel Codice civile rispetto al Codice del Consumo, deduciamo che non possiamo più parlare di recesso nel Codice civile negli stessi termini in cui ne parliamo nel Codice del consumo; in quest’ultimo caso occorre ragionare in termini di diritto di ripensamento, o *ius poenitendi*» (A. BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., p. 130).

²⁵ Cfr. G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso (diritto privato)*, cit., pp. 36-41.

Tale espressione – evocativa di tempi lontani, quando tali figure contrattuali non esistevano e la *poenitentia* assolveva ad altre finalità²⁶ – identifica oggi la facoltà (immotivata e gratuita) del contraente debole di tornare sui propri passi, abbandonando rapporti influenzati dal fattore-tempo ovvero permeati da squilibrio delle posizioni di forza. Operazioni commerciali aggressive, sottoscrizioni di contratti-capestro o *contratti standard*, vessatorie modifiche di condizioni e clausole, da un lato, e così pure l’ampiezza delle facoltà oggi attribuite al consumatore di sottrarsi al vincolo, dall’altro, hanno elevato il “ripensamento” a elemento totalizzante del “ritiro” dalle relazioni contrattuali. La c.d. *consumerizzazione* (termine orribile, ma in voga) ha a sua volta finito per mescolare le carte al punto da indurre alcuni ad attrarre nell’orbita di tale *ius poenitendi* il recesso in sé e per sé considerato²⁷, con il risultato di acuire le difficoltà degli interpreti alle prese con la qualificazione e l’operatività dei “ritiri” unilaterali.

Anche mettendo da parte il ripensamento del consumatore, questi ultimi sono moltissimi, specie se di matrice legale. Il diritto potestativo di abbandonare il vincolo connota infatti la disciplina di svariati ambiti negoziali, entro e al di fuori del diritto comune dei contratti: si pensi, accanto al rapporto di lavoro, ai molti rapporti o situazioni tipiche in cui la legge consente (in genere previa restituzione del *tantundem*) di abbandonare unilateralmente il rapporto, accanto ai tradizionali rimedi risolutivi²⁸. Tale in-

²⁶ Sul punto vd. *supra*, § 3.

²⁷ In proposito cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in “Rivista di diritto privato”, 6.4 (2001), pp. 769-790, ora in V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, Giappichelli, 2020, IV ed., pp. 65-86, e ID., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in “European Review of Contract Law”, 5.3 (2009), pp. 304-349. Sul rapporto tra diritto comune dei contratti e diritto del consumo cfr. anche D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières?*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 697-23; in riferimento al rapporto tra disciplina comune e consumeristica si rinvia a G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in “Rivista di diritto privato”, 52.6 (2006), pp. 351-358, e ad A. BARCA, *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, cit., pp. 32-35.

²⁸ In tema si rinvia a V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, cit., p. 518.

ventario di recessi legali, che si accosta e sovrasta quelli convenzionali – anch’essi visti non certo con sfavore – conduce necessariamente a concludere che «l’accordo risolutorio non è più la regola, da tanto la facoltà di recesso unilaterale connota la parte speciale»²⁹.

Ora, questa “esplosione” di recessi sempre più differenziati e sempre meno sovrapponibili, relativizzando ancor di più il campo d’azione dell’istituto, acuisce il sentore che le categorie tradizionali del diritto privato vadano evaporizzandosi. Lo acuisce perché, man mano che ci si avvicina al presente, i principi di vincolatività dell’accordo e di conservazione del contratto paiono viepiù “aggrediti” da obbligazioni che si possono stringere e sciogliere a prescindere dal consenso, se è vero che esso può non manifestarsi o non manifestarsi compiutamente, e che può essere ritrattato, spesso senza contropartita, dopo la conclusione dell’accordo³⁰.

Di fronte a tante e tali trasformazioni, la cui portata induce taluni a evocare inesorabili derive delle relazioni negoziali, una ricerca storica sul recesso può aiutare a isolare i punti nodali di un istituto la cui categorizzazione occupa sì un preciso tornante temporale, ma il cui impatto su quel fenomeno «dotato di relatività» che è il contratto (per dirla con le parole di Guido Alpa)³¹ chiama in causa principi risalenti, ma ancora vitali.

Tali principi il giurista del nostro tempo inquieto deve maneggiare, collocandoli nel posto giusto del sistema. Per farlo, assecondando così il dinamismo «che determina e governa il fluire del tempo»³², può essere di qualche utilità una ricognizione intorno alle variabili del problema.

²⁹ G. CHIODI, *Introduzione*, in *Consenso e dissenso nelle codificazioni europee*, cit., pp. 13-21, cit. a p. 14.

³⁰ Sul punto vd. U. VINCENTI, *Diritto senza identità*, cit.: in particolare le riflessioni sull’«ordine giuridico appannato» che dispiega conseguenze profonde sui dogmi del diritto privato, tra cui l’obbligazione, la causa e il contratto: «proprietà senza *dominium*», «obbligazioni senza *consensus*», «inadempimento senza antigiridicità» (p. 153).

³¹ «Il fenomeno contrattuale [...] non può, per sua stessa natura, ridursi a categoria univoca, ma deve essere dotato di relatività» (G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 215).

³² Così S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in “Rivista Italiana di Scienze Giuridiche”, III. ser., 4 (1950), pp. 50-86, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 104-147, qui consultato, citazione a pp. 133-134.

Queste ultime – in estrema sintesi – consistono nel comprendere i principi e i formanti su cui si innesta lo scioglimento unilaterale nell’ordito contrattuale precedente all’ordine contemporaneo, così da misurare lo spazio riservato all’“abbandono” del contratto in un sistema incardinato sul consenso; nell’analizzare perché e come il discorso giuridico otto-novecentesco compia uno “strappo” rispetto ai dogmi della tradizione, prima di tutto quelli del consenso e della forza di legge; nel misurare la portata di tale “strappo”; nel saggiarne le ricadute nel sistema dei contratti.

Prima di iniziare l’indagine, si rendono però necessarie alcune precisazioni per sgombrare il campo da fraintendimenti.

3. Alcune precisazioni sui termini e sui “confini” dell’indagine.

Fraintendimenti innanzitutto di natura lessicale, generati dall’ambiguità dei termini correlati all’estinzione unilaterale dal contratto: in particolare il dittero *ius poenitendi*. Il sintagma, infatti, se impone cautele dal punto di vista del linguaggio specialistico odierno (oggi si è orientati a spenderlo per il solo recesso penitenziale, magari aggiungendo un *se* tra *ius* e *poenitendi* per quello protettivo del consumatore), diventa particolarmente insidioso nelle fonti di età medievale e moderna. Per ragioni che tra poco si illustreranno, nel diritto privato di antico regime l’espressione *ius poenitendi* indicava essenzialmente il ritiro dal contratto di matrice penitenziale, ma poteva riguardare altresì dinamiche estintive di natura impugnatoria³³.

Accadeva assai spesso, inoltre, che il sintagma venisse accostato e/o sostituito dal lemma *poenitentia*: parola ancor più pericolosa, con il suo evocare il sacramento penitenziale di diritto canonico, ossia il ravvedimento e la confessione del fedele, il quale, confessato il peccato ed espiato l’eventuale castigo, si riconcilia a Dio ottenendone il perdono³⁴.

³³ *Infra*, cap. 1, § 2.1.

³⁴ Non è qui possibile rassegnare la bibliografia: cfr., *ex multis*, P.A. BONNET, *Penitenza (sacramento della)*, in *ED*, vol. XXXII, 1982, pp. 887-892, O. CONDORELLI, *Dalla penitenza pubblica alla penitenza privata, tra Occidente Latino e Oriente Bizantino: percorsi e concezioni a confronto*, in *Lex Iustitia Veritas. Per Gaetano Lo Castro. Omaggio de-*

Sebbene in tale accezione la intendessero i dizionari d'età moderna³⁵, il termine *poenitentia* assume nello *ius civile* dell'antico regime (ma con strascichi per tutto il corso del XIX secolo), il significato precipuo di “ritiro” dal contratto, come “composto” della *cognitio disconventiae* (la consapevolezza di disvolere ciò che si era voluto) e della *retractatio* (l'atto attraverso cui la *disconvenientia* si estrinseca)³⁶, con l'effetto di accostare

gli allievi, Jovene, Napoli, 2012, pp. 115-195, e D. TARANTINO, *Dalla riconciliazione alla guarigione. Alcune riflessioni sulla confessione come cura animarum nella teologia morale e nel diritto canonico*, in “Stato, Chiese e pluralismo confessionale”, 9, 2017.

³⁵ Il lemma *poenitentia* (originato da *poenitere*, cioè dell'azione «pro resipiscentia») consisteva infatti nel «*mala praeterita plangere, et agenda iterum non committere*»: cfr. S. SCHARD, *Lexicon iuridicum sive verborum ad iuris rom. civilis simul et pontifici theoriam et praxin pertinentium*, Basileae, Eusebius Episcopus, 1582, sub. *poenitere* e *poenitentia*, col. 1739 (su Simon Schard, storico e giudice presso il *Reichskammergericht*, cfr. J.A. RITTER VON EISENHART, *Schard, Simon*, in *ADB*, vol. XXX, 1890, pp. 581-583). Analoga definizione si trova nel *Lexicon* di Johann Kahl, professore di Istituzioni ad Heidelberg (J. KAHL, *Lexicon iuridicum iuris romani, simul et canonici* Francofurti, apud haeredes Andreae Wecheli, Claud. Marnium et Ioan. Aubrium, 1600, coll. 1457-1458, sul quale R. STINTZING, *Geschichte Der Deutschen Rechtswissenschaft*, München-Leipzig, Oldenbourg, 1880, vol. I, p. 682, nonché C. STROHM, *Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-Konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2008, p. 132). Sulla fortuna dei dizionari di Schard e Kahl (furono ristampati fino a metà del XVIII secolo) vd. P. FIORELLI, *Intorno alle parole del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 356. Cfr. F. ROSSI, *Consenso vs dissenso. Itinerari sullo scioglimento unilaterale del contratto in età moderna e contemporanea*, in *Consenso e dissenso nelle codificazioni europee*, cit., pp. 47-100, in part. pp. 48-49.

³⁶ Così I. PH. SLEVOGT, *Disputatio Inauguralis Iuridica de Poenitentia*, Janaeae, Viduae S.A. Mulleri, 1694, cap. I, *de poenitentia in contractibus*, §§ 4 e 8, pp. 4-5. Quella fornita da Johann Philipp Slevogt (1649-1727, allievo di Hermann Conring, professore all'università di Jena, scabino e consigliere dei duchi di Sassonia, su cui E. LANDSBERG, *Slevogt, Johann Philipp*, in *ADB*, vol. XXXIV, 1892, p. 463) è una delle definizioni da cui prendono le mosse le moltissime dissertazioni *de poenitentia* scritte dagli accademici tedeschi (o aspiranti tali) per accedere e progredire nelle cariche universitarie (tra gli altri vale la pena citare G. SCHILTER (1643-1679, cfr. J.H. ZEDLER, *Schilter, Gottfried*, in *ZEDLER*, vol. XXXIV, 1742, col. 1578) con il *De poenitentia, illustrata potissimum, ex contractis innominatis innominatis*, Lipsiae, literis Iohanni Erici Hahni, 1672 («*arbitramur esse detestationem a nobis admissi eius, quod antea bonum, iterata vero intellectus cognitione iudicatum est malum*», cap. I, §§ 2, 24 e 30, pp. 3, 6 e 7) e J.F. LUDOVICI (1671-1723) con la *Dissertatio iuridica inauguralis de effectu poenitentiae in civilibus et in*

nello stesso “contenitore” recessi penitenziali e impugnatori, entrambi caratterizzati dal disvolere e dal ritrattare un impegno negoziale precedentemente assunto.

Proprio al fine di evitare sovrapposizioni tra dinamiche estintive differenti per presupposti e finalità, nelle pagine che seguono si ricorrerà ad altre espressioni, alcune tecniche (“recesso”, accompagnato da aggettivazione teleologica per precisarne la funzione), altre di uso comune (“ritiro”, “scioglimento”, “abbandono”) quando invece ci si riferirà facoltà di sciogliere unilateralmente il contratto in generale.

Quanto ai “confini” della ricerca, già dalle avvertenze lessicali si comprende che l’analisi riguarda il recesso nel diritto privato. Le ragioni di tale scelta si spiegano sulla base della circostanza, che vale la pena ribadire, per cui se è vero che la storia del recesso riguarda anche altri ambiti, è però altrettanto vero che di tali ambiti la storia è stata esplorata più a fondo, insistendo in particolar modo sul principio *ex nudo pacto oritur actio* a cui lo *ius civile* si dimostrò per lungo tempo refrattario.

Centrale, la regola per cui il patto è obbligatorio – e quindi il recesso vietato – lo è da sempre nel diritto della Chiesa, ove il rispetto delle promesse assume importanza centrale ai fini della *salus animarum*³⁷. Se dun-

criminalibus causis, Halae Magdeburgicae, typis Christoph. Andreae Zeitleri, 1715, cap. I, *de conceptu poenitentiae*, di cui si segnala la distinzione tra definizione di penitenza *in sensu iuridico* («Poenitere in sensu iuridico dicimur, cum quae ipsi fecimus, ea nobis post displicere incipiunt et molesta esse») e *in sensu theologico* («in sensu theologico poenitere et poenitentia agere nihil aliud est, quam risipiscere, ad frugem redire, vitia virtutibus emendare ad Deum Christumque converti»), §§ 2-3, pp. 4-5). Sulla capacità della parola di dischiudere la realtà psico-fisica alla base della volontà alla base dell’atto giuridico che in essa si sostanzia, si rimanda a T. GREGORY, *Sul lessico filosofico latino del Seicento e del Settecento*, in “*Lexicon philosophicum. Quaderni di filosofia terminologica e storia delle idee*”, 5 (1991), pp. 1-20, che contiene un elenco di termini appartenenti giuridici, ma di ‘estrazione’ filosofico-psicologica, tra cui il lemma *disconvenientia*.

³⁷ Sull’affermazione del principio *ex nudo pacto actio oritur* nel diritto canonico classico si rimanda a U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1984, pp. 200-211. L’apparente granicità del principio, tuttavia, merita di essere in parte ridimensionata: in primo luogo perché i canonisti non pongono il consenso a «fondamento della efficacia dei patti nudi» (cfr. G. ASTUTI, *Contratto (diritto intermedio)*, in *ED*, vol. IX, 1961, pp. 759-781, p. 775); in secondo luogo perché la capacità del patto nudo di originare un’obbligazione operativa dal momento dell’accordo è

que *in foro Pontificis* la vincolatività del patto impedisce iniziative di estinzione unilaterale, non si può però parlare di “trasferimento” del principio canonistico nello *ius civile*, con riferimento al quale la storia del recesso è più complicata da narrare³⁸. Diverso discorso si deve invece fare con riferimento al contributo dei teologi al discorso giuridico sul recesso, la cui riflessione, in particolare quella cinque-secentesca sul consensualismo e sulla forza di legge, gioca invece un ruolo di rilievo nella storia dell'estinzione unilaterale del contratto, di cui si parlerà³⁹.

Speciale – per larga parte della sua avventura – è poi il diritto commerciale, normativa pratica ad applicazione soggettiva per «operazioni percepite come legittime in quanto necessarie», la cui esperienza storica non comporta la messa in discussione dei principi dello *ius civile* lungo tutto il corso dell'antico regime ed oltre, sino agli ultimi decenni dell'Ottocento⁴⁰.

controversa: sulla *querelle* si rimanda alle diverse posizioni di M. ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, Vita e Pensiero, 1935, e di P. FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in “Annali dell'Università di Macerata”, 11 (1937), pp. 115-200 (e così pure P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano, Giuffrè, 1964), che lo riconduce invece agli strumenti (peraltro mai compiutamente elaborati) per costringere il mendace ad onorare la promessa. Sul punto cfr. G. ASTUTI, *Contratto (diritto intermedio)*, cit., pp. 774-775, e, in tempi più recenti, F. SCIGLIANO, *Spunti per una riconsiderazione del principio canonistico “ex nudo pacto oritur actio”*, in “Studi Urbinati, A – Scienze giuridiche, politiche ed economiche”, 58.1 (2014), pp. 123-155, in part. pp. 125-133.

³⁸ Sulle mancate ricadute del principio nello *ius civile* (e in particolare dei contratti), si rimanda a R.H. HELMHOLZ, *Contract and Canon Law. Possible Points of Contact between England and the Continent*, in J. BARTON (edited by), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pp. 49-65, in part. pp. 50-53, nonché a I. BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna*, in ID., *Saggi sulla formazione storica della categoria generale di contratto*, Cagliari, Cuec Editrice, 1988, pp. 99-217, in part. 148-156. Cfr. anche P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1997, III ed., pp. 246-248, F. SCIGLIANO, *Spunti per una riconsiderazione del principio canonistico*, cit., pp. 125-133, nonché F. ROSSI, *Consenso vs dissenso*, cit., p. 57, ove si osserva come, soprattutto nella prassi del diritto civile, «il principio *ex nudo pacto actio oritur* viene evocato ma non invocato per mettere le parti al riparo dal ‘ritiro’ unilaterale».

³⁹ Sul tema si tornerà *infra*, cap. 1, § 3.2.

⁴⁰ Sarà solamente con la discontinuità codificatoria e soprattutto con l'intreccio tra