

Profili comparatistici del silenzio nell'esperienza giuridica romana e nel diritto civile ed amministrativo italiano

1. Il significato del silenzio è il più vario e disparato, giacché può essere il portato di un'impossibilità fisiologica di articolare fonemi, di una ritrosia a pronunciarsi per timore del giudizio altrui, di una privazione della libertà di espressione determinata da una coercizione esterna, di una precisa strategia comunicativa o razionale basata sulla convinzione che non sapere è meglio che sapere, di una volontaria e polemica presa di distanza da posizioni non condivise, di un anelito di pace, di una tacita accettazione, di una sdegnosa manifestazione di disapprovazione e di ricerca di attenzione e concentrazione finalizzata a comprendere meglio il senso delle parole dell'interlocutore.

Alla luce di ciò ed anche ponendo mente al fatto che il silenzio è una forma di comunicazione in alcuni casi più efficace della parola, si comprende bene perché quello del silenzio non è mai un problema banale o privo di sfumature, ma, al contrario, un concetto equivoco, multiforme e solo in apparenza semplice da definire nei suoi contorni e confini e, comunque, un grattacapo sempre arduo da affrontare¹.

^{*} Il presente lavoro riproduce, ampliata ed integrata da note, la traccia di una lezione tenuta a Lecce il 30 ottobre 2023, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento e su invito della collega ed amica Francesca Lamberti, quale primo dei *Dialoghi interdisciplinari* organizzati nel quadro del *Laboratorio di storia e diritto romano. Visioni del diritto tra esperienze e deformazioni*.

^{**} Contributo realizzato con fondi per la ricerca di Ateneo - Piano per la Ricerca 2024/2026.

¹ Sul silenzio in ambito non giuridico v., senza pretesa di esaustività, H. Bardon, *Le silence, moyen d'expression*, in *REL*. 21-22, 1943-1944, 102 ss.; S. Bianchetti, *La Commedia antica e la libertà di parola*, in *AATC*. 31, 1980, 1 ss.; C. Petrocelli, *La stola e il silenzio*, Palermo 1989, *passim*; P.A. Rovatti, *L'esercizio del silenzio*, Milano 1992, *passim*; F. Loi, *Il silenzio*, Milano-Udine 2012, *passim*; G. Gasparini, *C'è silenzio e silenzio. Forme e significati del tacere*, Milano-Udine 2012, *passim*; S. Raimondi, *Portatori di silenzio*, Milano-Udine 2012, *passim*; D. MacCulloch, *Silence. A Christian History*, London 2013, *passim*; C. Sini, *Il gioco del silenzio*, Milano-Udine 2013, *passim*; E. Mancino, *Il segreto all'opera. Pratiche di riguardo per un'educazione del silenzio*, Milano-Udine 2013, *passim*; F. Rigotti, *Metafore del silenzio*, Milano-Udine 2013, *passim*; D. Finocchi, *Geo-grafie del silenzio*, Milano-Udine 2014, *passim*; G. Quaglino, *Sul buon uso del silenzio*, Milano-Udine 2014, *passim*; G. Ieranó – L. Spina, *Antichi silenzi*, Milano-Udine 2015, *passim*; D. Le Breton, *Sovranità del silenzio*, trad. di E. Mancino, Milano-Udine 2016, *passim*; L. Costantini, *Passaggi nel Silenzio*, Milano 2017, *passim*; G. Biguenet, *Elogio del silenzio. Come sfuggire al rumore del mondo*, trad. di N.A. La Biunda, Milano 2017, *passim*; D. Le Breton, *Sul silenzio. Fuggire dal rumore del mondo*, Milano 2018, *passim*; M. Bellosta, *La parola sospesa. Il silenzio dell'afasia*, Milano-Udine 2020, *passim*; A. Prete, *Del silenzio*, Milano-Udine 2022, *pas-*

E questo deve dirsi anche in riferimento al peculiare ambito del diritto, nel quale il silenzio – come è dimostrato dall'imponente letteratura² che ha avuto modo di occuparsene in passato³ ed anche più di recente⁴ – è certamente uno dei problemi più 'scomodi' da affrontare, poiché la sua fenomenologia è tra le più

sim, cui *adde* i numerosi articoli che compongono i volumi M. Baldini, S. Zucal (a c. di), *Le forme del silenzio e della parola. Atti del Convegno 'Il silenzio e la parola' tenuto a Trento 15-17 ottobre 1987*, Trento 1989, e A. Campus, A. Chahoud, G. Lusini, S. Marchesini (a c. di), *'Tempus tacendi'. Quando il silenzio comunica. Miscellanea internazionale e multidisciplinare*, Verona 2023.

² Vedila citata in F. Arcaria, *'Chi tace non dice nulla'. Il silenzio nell'esperienza giuridica romana*, Milano-Udine 2023, 61-67.

³ V., oltre alla letteratura citata nelle note che seguono, F. Persico, *Del silenzio, come sorgente di obbligazioni*, in *AAN*. 22, 1888, 1 ss.; O. Ranalletti, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *RISG*. 13, 1892, 3 ss.; B. Albanese, *Giustiniano e il 'silenzio del canone'. Nota sulla Novella 137*, in *SDHI*. 33, 1967, 19 ss.; V. Grevi, *«Nemo tenetur se detegere». Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1972, *passim*; M.S. Goretti, *Il problema del silenzio nella esemplificazione ciceroniana del 'De officiis': ipotesi circa la giuridicità come storia e come reale*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 3, Milano 1982, 75 ss.; R. Orestano, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano, in Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del Convegno Nazionale (Roma, 26-28 ottobre 1981)*, Padova 1983, 95 ss.; Id., *Delle 'tipologie' del segreto e della loro sociologia nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* 6, Milano 1985, 569 ss.; E. Cantarella, *Tacita muta. La donna nella città antica*, Roma 1985, *passim*; R. Orestano, *Della 'semantica' del segreto nell'esperienza romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 6, Milano 1987, 9 ss.; H. Jones, *Le silence utilisé comme réponse en droit romain*, in *Latomus* 63.1, 1989, 3 ss.; A. Bettetini, *Il silenzio amministrativo nel diritto canonico*, Padova 1999, *passim*.

⁴ V., oltre alla letteratura citata nelle note che seguono, C. Conti, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova 2003, *passim*; V. Patanè, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino 2006, *passim*; M. Humm, *Silence et bruits de la prises d'auspices*, in M.T. Schettino, S. Pittia (a c. di), *Le sons du pouvoir dans les mondes anciens. Actes du colloque international de l'Université de La Rochelle (25-27 novembre 2010)*, Besançon 2012, 275 ss.; F. Giumetti, *Prima che il gallo canti. A proposito della 'dictio' del 'dictator' tra diritto, antropologia e storia delle religioni*, in L. Garofalo (a c. di), *La dittatura romana* 1, Napoli 2017, 69 ss.; G. Stanzione, *Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*, Padova 2017, *passim*; V. Vitale, *L'esperienza giuridica del silenzio*, Milano-Udine 2018, *passim*; F. Arcaria, *«Iudicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere». Il 'dovere di verità' tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, Napoli 2020, 110 ss.; E. Amati, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino 2022, *passim*; D. Romano, *Diritto Al Silenzio. Privacy e giustizia nell'era digitale*, Milano 2023, *passim*; C. Pennacchio, *'Tacitast melior mulier semper quam loquens' (Plaut. 'Rud.' 1114). Processo al femminile: la reità, il patrocinio giudiziale e la testimonianza*, in *RDR*. 23, 2023, 73 ss.; Y.M. de la Rocha Camilo, *El silencio en los contratos civiles. Su valoración con criterios objetivos en la experiencia dominicana*, Bogotá 2023, *passim* (ampia letteratura citata nelle pp. 441-473), cui *adde* i numerosi articoli che compongono il volume F. Casucci (a c. di), *Il silenzio del diritto*, Napoli 2013.

ambigue che possono rinvenirsi nelle esperienze giuridiche di ogni epoca (basti pensare al 'silenzio-assenso', 'silenzio-diniego', 'silenzio-devolutivo', 'silenzio-inadempimento' e 'silenzio-facoltativo' del diritto amministrativo italiano) e, tra queste, anche in quella romana, in cui il silenzio si offre ad una lettura duplice e polare.

Infatti, nella dimensione giuridica del silenzio, oltre al profilo della negatività, che si appalesa nel non parlare, nel non dire nulla e nel non esprimere alcuna volontà, ricorre anche quello della positività, che si manifesta, di volta in volta, nell'assenso, nel dissenso, nella semplice omissione, nella consapevole reticenza, nella dolosa riserva mentale e persino nell'omertà. E in ambedue questi ambivalenti aspetti non può dirsi che vi sia necessariamente un disvalore giuridico, poiché può esserlo tanto il tacere, quando si doveva parlare (si pensi, ad es., alla testimonianza reticente), quanto il parlare, laddove si doveva tacere (come nel caso della rivelazione di un segreto), sicché in entrambi i casi il silenzio può connotarsi come contegno conforme al diritto o, viceversa, come fatto antiggiuridico. In ogni caso, un dato è certo: nell'emisfero dei rapporti regolati dal diritto, il silenzio, a prescindere dall'assenza di una comunicazione o modalità residuale di relazione tra soggetti, dimostra di possedere una forza comunicativa alcune volte superiore alla parola⁵.

In particolare, l'esperienza giuridica romana comprese che il silenzio o era una scelta libera e soggettiva (nel qual caso le motivazioni potevano essere le più varie) o era un'imposizione (nel diritto pubblico dovuta all'affermarsi della volontà superiore del legislatore), sicché il ruolo del silenzio non fu affatto marginale e secondario, dal momento che in tale esperienza il silenzio venne individuato dalla giurisprudenza romana, perfettamente consapevole della circostanza che il fenomeno del silenzio fosse un fatto dell'esperienza comune prima ancora di appartenere alla sfera giuridica, come strumento da utilizzare per orientare in senso giuridico taluni istituti del diritto e conferire ad essi un significato giuridico compiuto, in maniera tale da fare scaturire precisi effetti giuridici dal non-detto e dal non-pronunciato all'interno di una relazione non antitetica, ma sostanzialmente biunivoca e intrinsecamente solidaristica tra silenzio e diritto.

Le numerose testimonianze della ricchissima casistica offertaci dalla giurisprudenza romana, che è poi quella dalla quale hanno preso spunto i giuristi dei tempi nostri, non hanno dunque solo un'importanza in sé considerate, ma giovano, all'interno di un dialogo tra sistemi giuridici del passato e del presente, a gettare nuova luce sulla valenza del silenzio negli ordinamenti giuridici odierni.

⁵ Così, giustamente, R. Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano 2012, 4.

Ciò non può dirsi invece per l'esperienza giuridica greca⁶, alla quale mancò l'idea, che in quella romana fu il frutto della speculazione dei giuristi, che il silenzio avesse delle importanti implicazioni sul divenire storico e sociale di alcuni istituti giuridici e sul formarsi dei principii che li governavano, che dovevano essere enunciati, in via interpretativa e attraverso specifiche tecniche di 'decodificazione' del silenzio che ne ricostruissero il significato e di 'decifrazione' delle soluzioni polivalenti in esso insite, sia in riferimento ad esigenze pratiche e sia in relazione a proiezioni teoriche.

2. Nella terminologia giuridica romana il termine *silentium* – che ricorre nei testi della giurisprudenza classica solo 14 volte (D. 3.1.8, 10.2.7, 19.2.51 pr., 29.1.41.3, 29.5.14, 38.2.12 pr., 38.2.47.4, 38.17.1.12, 39.2.15.21, 40.15.2.2, 48.17.3 e 50.16.230; Gai 2.123 e 3.67) e il più delle volte in ambito processuale – non ha un significato univoco, indicando talora un comportamento di assoluta inerzia o inattività e talvolta un *non dicere* (con le varianti *non contradicere* e *non prohibere*), cioè un non parlare di fronte ad una richiesta, pretesa o dovere.

Come ben si vede, nel diritto romano entrano allora in gioco tonalità del silenzio molto più sfumate della mera opposizione tra una valenza affermativa e un'attitudine omissiva che consentono di apprezzare una sua peculiare polisemia e pluridimensionalità, la quale può avere una *reductio ad unum* solamente tenendo in debito conto la sostanza relazionale del silenzio e il suo essere una 'risposta', che, come tale, può chiarirsi solamente a fronte e in base ad una 'domanda', da cui prende origine e a cui si riferisce, con la conseguenza che la diversificazione delle diverse tipologie del silenzio dipende dalla configurazione della 'domanda' alla quale, di volta in volta, il silenzio 'risponde'.

Tuttavia questo inquadramento della problematica del silenzio nell'esperienza giuridica romana è solo parziale, poiché il silenzio assumeva le sue coloriture anche in relazione a particolari considerazioni o valutazioni poste dall'ordina-

⁶ Sulla quale v. L. Pepe, *Quali 'altri'? Le vittime della tortura ad Atene tra il V e IV secolo*, in A. Maffi, L. Gagliardi (a c. di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Sankt Augustin 2011, 218 ss.; S. Lilla, *Il silenzio nella filosofia greca (Presocratici – Platone – Giudeo-Ellenismo – Ermetismo – Medioplatonismo – Oracoli Caldaici – Neoplatonismo – Gnosticismo – Padri Greci)*. *Galleria di ritratti e raccolta di testimonianze*, Roma 2013, *passim*; L. Tisi, *Messaggeri e silenzi: il potere del non detto nella tragedia greca*, in I. Angelini, A. Ducati, S. Scartozzi (a c. di), *La parola 'elusa'. Tratti di oscurità nella trasmissione del messaggio*, Trento 2016, 61 ss.; P. Ismard, *La cité et ses esclaves. Institution, fictions, expériences*, Paris 2019, 135 ss., cui *adde* gli articoli che compongono i volumi A. Lardinois, L. McClure (a c. di), *Making Silence Speak: Women's Voices in Greek Literature and Society*, Princeton 2001, e P. Angeli Bernardini (a c. di), *Le funzioni del silenzio nella Grecia antica. Antropologia, poesia, storiografia, teatro. Convegno del Centro internazionale di studi sulla cultura della Grecia antica (Urbino, 9-10 ottobre 2014)*, Pisa-Roma 2015.

mento giuridico, che erano poi specifiche esigenze o peculiari canoni ermeneutici, quali, ad es., il *favor matrimonii*, il *favor testamenti*, l'*utilitas publica*, l'*honestum*, la *probitas* e persino l'*indignatio* morale.

Ciò significa allora chiedersi se è possibile ipotizzare, nel diritto romano, l'esistenza di uno statuto autonomo del silenzio ed a tale quesito si può rispondere percorrendo due diverse strade che conducono alla proposizione di due soluzioni del tutto antitetiche.

La prima è quella di configurare il silenzio come una *quaestio facti*: il silenzio, di per sé, non può mai assurgere al grado di manifestazione di volontà e l'ambiguità fenomenologica del silenzio sbarra la via ad una sua teoria generale, sicché l'interprete non può fare altro che procedere ad una catalogazione casistica dei vari significati del silenzio, che sarà dunque oggetto di una valutazione *in concreto*.

La seconda è quella di considerare invece il silenzio come una *quaestio iuris*: il *tacens* esprime una volontà ora 'anomala', ora 'attenuata' e ora ispirata a 'necessità sociali' (che si basano sul principio dell' 'affidamento'), quindi una volontà 'meno piena', e si sfugge così alla pluralità casistica per catalogare il silenzio, del quale si propone pertanto, *in abstracto*, un'identificazione unitaria sfociante nella formulazione di una vera e propria 'teoria del silenzio' e, quindi, nell'elaborazione di principii generali utili all'interpretazione del silenzio, che può perciò essere 'qualificato'.

Ora, prendere parte per una o l'altra *quaestio* non è affatto semplice e, tuttavia, sembra preferibile propendere per una 'casistica' del silenzio quale fatto 'singolare' da interpretare volta per volta e, quindi, senza volere rintracciare a tutti i costi il 'filo rosso' di un fantomatico principio generale, la cui formulazione è impedita dalla semplice constatazione che il silenzio è un fatto in sé nullo, sicché è proprio perché il *tacere* è una *quaestio facti* che non è possibile predefinire regole di interpretazione precise e universalmente valide.

L'ambiguità del silenzio può semmai essere fortemente circoscritta a tre fondamentali ipotesi di silenzio: il silenzio come non-fatto (ipotesi più comune), il silenzio come manifestazione tacita di volontà e il silenzio come espressa dichiarazione di volontà (fattispecie che si configurano laddove determinate circostanze concomitanti attribuiscono al *silentium* il valore di 'silenzio circostanziato'). Con l'avvertenza, però, che l'attribuzione al silenzio di questi tre diversi significati dipende da una valutazione che è contingente e variabile secondo l'ambiente storico, il costume, la coscienza sociale, la qualità delle persone e le condizioni del traffico giuridico.

3. In questo contesto, connotato precipuamente dall'*animus* e dalla *voluntas tacentis*, emerge prepotentemente il problema della responsabilità da parte di

chi tace, che era ben presente a Cicerone, il quale, nel terzo libro del *De officiis*, discettava sul valore giuridico del silenzio in relazione ad alcuni casi di *reticentia* nei contratti di compravendita, in ordine ai quali tutta la questione si incentrava sulla ricerca di un criterio che consentisse di distinguere ciò che il venditore non era tenuto a dichiarare da ciò a cui egli era invece obbligato, in base ai principii ai quali il *vir bonus* deve conformare il proprio comportamento.

Il primo esempio che Cicerone adduce riguarda un caso di silenzio consapevole da parte di un venditore di una grande quantità di frumento trasportata da Alessandria a Rodi per sfamare gli abitanti di questa città afflitta dalla carestia (3.12.50-53) e l'Arpinate, reputando la reticenza una risposta consapevole, attribuisce una precisa responsabilità a colui che aveva taciuto, e ciò perché il silenzio, in questa fattispecie, era considerato un fatto turpe. Pertanto, il *vir bonus* deve sì perseguire la propria *utilitas*, magari ricorrendo ad artifici o astuzie, ma non può spingersi fino a tacere o, meglio, a celare determinate circostanze (qui, il fatto, di cui egli era a conoscenza, che altre navi cariche di frumento stavano nel frattempo giungendo a Rodi), perché, così facendo, altera il quadro osservabile trasformando il suo silenzio in un vero e proprio inganno, dal quale finisce per ricavare un vantaggio illecito (costituito dalla vendita di una quantità più elevata e ad un prezzo più alto della propria merce).

Nel secondo esempio Cicerone esamina le implicazioni che il silenzio del venditore può comportare nel corso della vendita di un immobile (3.13.54-57) e il nodo centrale della questione consiste nel comprendere se il venditore, che ha venduto la casa ad un prezzo più alto di quanto pensava di potere vendere, si sia comportato in modo scorretto nell'omettere di denunciare dei vizi noti soltanto a lui. In questo caso, il fatto che il venditore disponesse di informazioni delle quali lui solo era a conoscenza e, quindi, inaccessibili per il compratore (e, a maggior ragione, ove egli stesso si fosse adoperato per creare un'informazione artatamente disorientante il compratore) configurava il silenzio come *maxima fraus*, in quanto il venditore aveva occultato maliziosamente ciò che sapeva: anche in questo caso, come in quello precedente, una cosa è *tacere* e un'altra *celare*.

Nel terzo esempio Tiberio Claudio Centumalo vende la sua casa sul Celio, in ordine alla quale egli ha ricevuto un'intimazione dagli àuguri di demolirne quelle parti che, per la loro altezza, impediscono l'osservazione degli auspici. Centumalo tace questo importante particolare e il compratore, Publio Calpurnio Lanorio, dopo avere a sua volta ricevuto la medesima intimazione ed avervi ottemperato, intenta una causa nei confronti del venditore, che è condannato dal giudice Marco Porcio Catone in quanto ritenuto responsabile del suo silenzio (3.16.66-67). In questo caso Cicerone approva la sentenza di condanna in virtù del richiamo al principio giuridico (ma che era anche etico ed economico) della

bona fides ed a quello dell'affidamento, che, al pari di quanto era accaduto nel secondo esempio, erano stati violati dal venditore nel momento in cui aveva taciuto le circostanze di cui lui solo era a conoscenza.

Dagli esempi ora citati si evince dunque che Cicerone, assimilando il *silentium* alla *reticentia*, chiariva il carattere specifico del silenzio-reticenza come 'atto consapevole' del *tacens* che esponeva quest'ultimo a precise responsabilità, che non avevano solo una valenza giuridica, ma anche etica e sociale, come è appunto chiaramente dimostrato dal richiamo ai principi della *bona fides* e dell'affidamento, parametri di valutazione dell'attività delle parti negoziali che comportavano l'essere bandita ogni *reticentia* nel corso delle trattative.

Il *punctum dolens* era dunque questo: quand'è che il *tacere* si trasforma, da mero contegno omissivo non valutabile giuridicamente in quanto espressione di tollerabile furbizia e astuzia finalizzata a raggiungere un vantaggio economico lecito, in artificio e inganno e, quindi, in dolosa *reticentia*?

La risposta di Cicerone non si presta ad equivoci: il mero *tacere* può configurarsi come mancata comunicazione di un fatto, ma se quest'ultimo doveva essere comunicato, non siamo più in presenza di un *tacere*, bensì di un *celare* e, quindi, di una *reticentia* produttiva di responsabilità a carico del *tacens*. E, da qui, il dovere del venditore di dichiarare ciò che si ha l'obbligo di comunicare e che, non comunicato, fa sì che la sua *reticentia* diventi dolosa.

Pertanto, secondo Cicerone, un punto di equilibrio tra venditore e compratore può raggiungersi ritenendo che il primo ha il dovere di non ingannare il secondo, ciò che si verifica quando il silenzio del venditore implica occultamento di fatti non conoscibili dalla controparte e, invece, non ha luogo laddove quel che il venditore non ha rivelato poteva essere conosciuto dal compratore con l'ordinaria *diligentia*.

E questo contemperamento di interessi si rinviene anche nel caso delle vendite di schiavi o animali da tiro affetti da vizi occulti nei mercati, in ordine alle quali gli edili curuli stabilirono che il compratore poteva esperire un'azione (*actio redhibitoria*) per risolvere il contratto e ottenere così la restituzione del prezzo pagato (restituendo lo schiavo o l'animale al venditore) oppure un'azione (*actio quanti minoris* o *aestimatoria*) per conseguire una riduzione del prezzo (sulla base della stima del minore valore determinato dal *vitium*). Ciò che, però, accadeva solamente laddove il silenzio del venditore si configurasse come *mala fides*, che si ravvisava appunto nel fatto che egli avesse celato delle circostanze che non potevano essere in alcun modo percepite dal compratore, sicché quest'ultimo non veniva tutelato nel caso di malattie e difetti gravi da lui facilmente riconoscibili.

Appare allora chiara una propensione di Cicerone per un'individuazione casistica della rilevanza etica, sociale e giuridica del silenzio, nella quale si ha un

movimento pendolare dalla situazione morale a quella giuridica e viceversa che si estrinseca in un continuo mutare dal giuridico esempi con determinazioni etiche e travasando nel giuridico le conclusioni etiche alle quali egli perviene di volta in volta, giacché era solo in seguito ad un'attenta interpretazione delle circostanze dei singoli casi di silenzio rinvenibili nella prassi che l'interprete – il giurista, il giudice, l'avvocato e l'oratore – poteva attribuire al silenzio l'uno o l'altro dei suoi tanti possibili significati, il cui concreto accertamento non dipendeva certamente, nell'ottica ciceroniana, da un'astratta 'teoria generale del silenzio'.

Anche se, a ben vedere, ciò significa che chi rimane in silenzio vuole operare una frattura tra comportamento esteriore e contenuto interiore, imponendo l'onere dell'interpretazione a carico della persona nei confronti della quale ha taciuto, il che vuol dire, in altri termini, che il *tacens*, in quanto il silenzio è un atto di volontà, si assume la responsabilità del suo *silere*, ma rifiuta la responsabilità dell'interpretazione e, conseguentemente, del significato del suo *silentium*.

4. Un'interpretazione del silenzio appare pertanto necessaria e ineludibile e ciò fu ben chiaro alla giurisprudenza romana, che, in relazione alle diverse branche del diritto, mise in luce, di volta in volta, i fatti che consentono di riconoscere l'esistenza del silenzio, le sue proteiformi manifestazioni, i suoi disparati significati, il presupposto volitivo del *tacens* e gli eventuali profili di doverosità della comunicazione mancata.

Così, nell'ambito del diritto di famiglia e delle persone, vi erano casi in cui il silenzio del *pater familias*, che in ordine alle nozze dei figli (per le quali era richiesto il suo consenso) rimaneva inattivo, assumeva i tratti del fatto incolore dell'assenza totale di manifestazione della volontà (D. 1.5.11) o, comunque, la valenza di un mezzo comunicativo che non consentiva di ricavare l'intenzione paterna (D. 49.15.12.3). E casi in cui il *silere* del *pater familias* in riferimento al fidanzamento delle figlie è un fatto valutato invece come una manifestazione tacita di volontà, giacché, se il padre, che è tenuto a *dissentire* apertamente laddove non volesse tale fidanzamento, tace, il suo comportamento viene allora considerato come un'espressione di volontà, in quanto esisteva un dovere di attivarsi che egli non ha osservato (D. 23.1.7.1).

Da questa casistica si evince dunque una non uniforme disciplina del silenzio, che è interpretabile talora come assenza di manifestazione (come anche in D. 3.3.8.1, in materia di rappresentanza) e talvolta come manifestazione tacita di assenso (come anche in D. 1.7.5, in materia di adozione, in D. 24.3.2.2 e 39.5.31.1, in materia di dote, D. 14.2.12 e 14.2.16, in materia di mutui ai *fili familias*, e in D. 3.3.15 pr., 3.3.40.4, 27.7.4.3 e 50.17.60, in materia di rappresentanza): in questo secondo caso il silenzio non equivale concettualmente

al consenso manifestato nei debiti modi e, tuttavia, è una forma incompleta e anomala di consenso, sicché dove il silenzio basta, la giurisprudenza dichiara espressamente che esso è sufficiente e che perciò non si esige nulla di più.

La gamma delle possibili significanze e conseguenze del *tacere* era però ancora più ampia.

Infatti, nel caso del silenzio del marito di fronte alla denuncia di stato interessante della donna divorziata (al presumibile fine di favorire la condizione di figli legittimi degli infanti), questo *silere* era interpretato come riconoscimento della prole futura da parte del marito, il cui silenzio, da un lato, era equiparato all'assenso a titolo di sanzione per non avere quest'ultimo reagito e, dall'altro, generava un'obbligazione (D. 25.3.1.4). Conseguenza, quest'ultima, che si produceva anche in molti altri casi (come nel 'pegno tacito' di cui a D. 20.2.1 pr., 20.2.4 pr. e 20.2.7, nella 'rilocazione tacita' di cui a D. 19.2.13.11, 19.2.14 e 19.2.60.6 e nel 'mandato tacito' di cui a 17.1.6.2, 17.1.18 e 17.1.53).

Nella comproprietà (D. 8.2.27.1, 8.5.11, 10.3.28 e 12.2.26.4) il silenzio veniva interpretato come non-opposizione a causa del mancato esercizio del *ius prohibendi* e questo canone ermeneutico si fondava sull'argomento logico che, se il singolo comproprietario non si avvaleva di tale *ius*, se ne poteva arguire che egli acconsentiva a che si compisse ciò che, pur potendo farlo, non aveva impedito: l'atteggiamento inerte del comproprietario che ha l'onere di attivarsi (*prohibitio*) per evitare il compimento di un atto da parte dell'altro comproprietario rappresenta dunque un'inequivocabile espressione di una precisa volontà.

Invece, in altri casi concernenti ancora la proprietà (ma anche i fedecomessi, come in D. 22.3.6, e la dote, come in D. 23.3.69 pr.), il silenzio era interpretato ora come una rinuncia ad un diritto, ciò che si verificava, ad es., laddove il proprietario di un fondo tollerava la costruzione di un manufatto, da parte del vicino, che causasse un flusso di acque a lui nocivo, perdendo così il diritto alla specifica tutela processuale prevista in queste ipotesi (D. 39.3.19). Ora come acquisto di un diritto, come nell'usucapione, in cui l'uso di un bene da parte di un soggetto che non ne fosse proprietario poteva condurre all'acquisto del diritto di proprietà, a condizione che vi fosse l'acquiescente silenzio del proprietario, o, ancora, in materia di dote, laddove Tizio, donando ad una donna una cosa che crede sua ed è invece del marito, manifesta in tal modo l'animo di donare, cioè di volere che la donna acquisti la proprietà della cosa senza un valido titolo, astenendosi dal compimento dell'unico atto che rivelerebbe il suo non volere, cioè la rivendicazione della cosa (D. 24.1.44).

In altri casi, il silenzio poteva poi fare sorgere addirittura una responsabilità in capo al *tacens*, ciò che avveniva allorquando il *pater familias* autorizzava la conduzione di determinate attività commerciali da parte dei suoi sottoposti (figli e schiavi) non con un atto espresso, come pure poteva fare, bensì tacitamente:

qui la sua responsabilità per gli atti compiuti da tali soggetti nasceva dalla *patientia*, cioè dalla non esplicitata acquiescenza e dalla mancata espressione di una volontà contraria, sicché, in tali ipotesi, il *silentium* è interpretato come un *pati* (D. 14.1.1.5 e 14.4.1.3).

E ciò si verificava anche nei casi di atti illeciti compiuti dagli schiavi, che costituivano fonte di responsabilità per il loro proprietario, il quale, pur a conoscenza del proposito delittuoso del suo sottoposto, teneva un comportamento inerte. L'inerzia del *dominus*, che si era concretizzata nel *non prohibere*, quindi in un comportamento negativo, veniva dunque assimilata al comportamento positivo del *permittere*, sicché il silenzio del proprietario, che, pur sapendo, nulla faceva e non interveniva, veniva interpretato dalla giurisprudenza romana come connivenza, se non addirittura come un tacito *iussum*, sulla scorta della considerazione che la *scientia-patientia* fosse un atto giuridico rilevante e produttivo appunto di responsabilità (D. 9.4.2 e 9.4.4).

Né minore importanza, al fine di comprendere meglio la complessità del silenzio in ambito giuridico, hanno poi quei casi in cui si rinviene un silenzio bilaterale, come quello dell'ex-moglie e dell'ex-marito, che, risposandosi dopo lo scioglimento del primo matrimonio, nulla dispongono in ordine alla sorte della dote: il loro silenzio viene qui interpretato come tacita reintegrazione della dote iniziale (D. 23.3.30, 23.3.40 e 23.3.64).

Ma più che in ogni altro ambito del diritto, è in quello processuale che il silenzio si colora di particolari significati.

Così, uno dei più antichi schemi procedurali, la *legis actio sacramenti in personam*, prevedeva, dopo l'affermazione del proprio diritto di credito da parte di chi agiva in giudizio, la negazione del convenuto in giudizio oppure il suo silenzio: a questo *tacere* si conferiva dunque un significato giuridico predeterminato, trasformando il silenzio in un comportamento normativamente tipizzato, per cui il non parlare e il non negare erano equiparati alla *confessio*, ciò dipendendo dalla fatto che, in questo caso e anche in quello dell'*indefensio* del processo formulare, il convenuto rinunciava a difendersi. Pertanto, siamo qui di fronte non ad un generico comportamento omissivo del soggetto connotato dalla mera assenza di reazione alla pretesa avversaria, ma ad una cosciente dismissione della facoltà di contribuire alla formazione della decisione mediante un atto idoneo a determinarne una direzione *pro se* favorevole: qui il silenzio svolge una funzione di asseverazione definitiva delle affermazioni altrui consacrata dall'incontestabilità processuale.

Discorso in parte diverso va fatto per la *in iure cessio*, cioè per quel risalente processo fittizio, finalizzato a trasferire dei beni, in cui l'acquirente affermava, al cospetto del proprietario alienante, che la cosa era di sua proprietà. L'alienante, al quale il pretore chiedeva se volesse affermare a sua volta la proprietà

del bene, proprio perché d'accordo con l'acquirente, negava esplicitamente di volere *contravindicare* oppure semplicemente taceva, con la conseguenza che il pretore attribuiva la proprietà del bene all'acquirente (Gai 2.24).

Qui, l'esplicito rifiuto di procedere alla *contravindicatio* era dunque perfettamente equivalente al silenzio e veniva concepito come risposta alla domanda del magistrato, appalesandosi come manifestazione positiva di volontà, in quanto contegno significativo della *voluntas* di effettuare la *cessio*, i cui effetti avevano sì il loro *prius* nel *negare* o nel *tacere* dell'alienante, ma si producevano tuttavia solo a seguito del provvedimento magistratuale. In questo caso la negazione di volere *contravindicare* e il *tacere* dinanzi alla domanda del pretore vengono allora qualificati dalla giurisprudenza come 'volontà del ritiro' e 'manifestazione di non opposizione' che sortiscono l'effetto di attribuire al comportamento passivo del *tacens* il significato appunto di una *cessio*.

E lo stesso dicasi per la *manumissio vindicta*, cioè di quella particolare forma di liberazione del proprio schiavo da parte del proprietario che si realizzava attraverso un'*in iure cessio*, in virtù della quale il *dominus*, accordatosi con un amico compiacente che assumeva la veste di *adsertor libertatis*, davanti al magistrato giurisdicente non contestava la *vindicatio in libertatem* di quest'ultimo o rimaneva in silenzio, con la conseguenza che lo schiavo diveniva libero in seguito ad un apposito provvedimento del magistrato.

Al contrario, nel caso in cui un soggetto, interrogato in giudizio se fosse erede, fosse rimasto in silenzio di fronte alla domanda del magistrato, egli era equiparato a chi negava di essere erede (D. 11.1.12 pr. e 11.1.11.4), ciò che si verificava anche laddove l'interrogato avesse risposto in maniera confusa o inintelligibile, dal momento che non vi è alcuna differenza tra chi *taceat interrogatus* e chi *obscure respondeat* (D. 11.1.11.7).

In altri casi, il silenzio di chi, a fronte di una situazione giuridica tale da potere arrecargli un pregiudizio, non si avvaleva della tutela giudiziaria che gli avrebbe consentito di evitarlo, era poi interpretato come conferma o consolidamento del diritto del suo avversario in giudizio (D. 10.2.7).

5. Si può dunque affermare che la giurisprudenza romana, pur non ricorrendo a categorie dommatiche definite e, quindi, non procedendo ad alcuna classificazione dei casi in cui si riscontra il cosiddetto 'silenzio', ciò che dipese dalla precisa consapevolezza che gli esiti del silenzio in ambito giuridico dovessero ricavarsi in seguito ad un'interpretazione della sua genesi, del suo contesto e dei suoi attori, ebbe cura tuttavia di distinguere il *tacere*, inteso come atteggiamento di chi si astiene consapevolmente dal manifestare un'intenzione, dal *silentium*, cioè una situazione nella quale manca invece del tutto ogni elemento che possa consentire di attribuire al soggetto una volontà, il che equivale a dire che ri-

manere in silenzio significa in alcuni casi essere semplicemente muti e in altri rifiutare di parlare e, dunque, pur sempre parlare.

Pertanto, quando l'ordinamento giuridico romano prevedeva, a carico di un soggetto, un onere o, addirittura, un dovere di dichiararsi, in maniera completa e veritiera, su determinati fatti, il silenzio era sempre configurato dalla giurisprudenza in maniera autonoma rispetto tanto alla semplice inattività priva di effetti quanto al generico contegno di non reazione, con la conseguenza che, proprio per assicurare il rispetto di quell'onere o dovere gravante su determinati soggetti, nel diritto romano si fece ricorso ad un'assimilazione dei fatti non contestati ai fatti ammessi, ravvisandosi nel disinteressamento mostrato dai soggetti che rimangono in silenzio un tacito riconoscimento delle ragioni altrui e come una rinuncia al diritto di far valere le proprie ragioni.

E, da qui, la precisa convinzione che, nella generalità dei rapporti, si dovesse richiedere la *voluntas* manifestata nei modi rituali e, tuttavia, che, in alcuni ambiti giuridici e sulla base di alcune particolari considerazioni di opportunità, si potesse ammettere la ricerca dell'intima volizione tra le pieghe di un atteggiamento inerte e silente.

Il che non vuol dire però che i giuristi romani non cercassero ed eventualmente ritrovassero una volontà anche nel *tacens*, ciò che avveniva quando chi, pur rimanendo in silenzio, assumeva degli atteggiamenti inequivocabili attraverso il compimento di 'atti concludenti' (come, ad es., nella *pro herede gestio*, cioè nell'accettazione tacita dell'eredità), ma, più semplicemente, che essi avessero ben presente che da questi casi andavano tenuti distinti quelli in cui il silenzio di chi non poneva in essere alcun tipo di attività per svelare il suo volere era del tutto neutro, inerte, omissivo e, quindi, passibile di essere riempito di significato giuridico (positivo o negativo) solo in via interpretativa.

L'interpretazione del silenzio, che nell'esperienza giuridica romana non è dunque retta da principii ermeneutici generali, finisce allora per chiudere ogni via di uscita a chi, per il solo fatto di tacere, potrebbe presentare il suo silenzio come un 'nulla', assumendo così una funzione sanzionatoria di tale comportamento in quanto inchioda il silente alle sue responsabilità morali e giuridiche, ciò che conferma, ove mai ce ne fosse bisogno, l'ambiguità e le plurime valenze del fenomeno del silenzio in generale e, soprattutto, la difficoltà di inquadrare e interpretare correttamente il profilo giuridico del silenzio a causa delle sue contraddittorietà e del suo stretto legame con l'utile e l'etico.

6. La conclusione alla quale si è giunti in seguito all'esame di alcune attestazioni ciceroniane e al richiamo di alcuni casi giurisprudenziali romani in ordine al fenomeno del silenzio, e cioè che al comportamento silente poteva essere attribuito un significato giuridico positivo o negativo solamente in via interpre-

tativa, ci fa dunque capire che, nell'esperienza giuridica romana, fosse vigente il principio secondo cui 'Chi tace non dice nulla'.

E quanto ciò sia vero è dimostrato da un testo di Paolo, che riporta l'icastico giudizio della giurisprudenza romana sull'atteggiamento di chi rimanesse appunto in silenzio:

D. 50.17.142 (Paul. 56 *ad ed.*): *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare.*

Paolo afferma dunque chiaramente che colui il quale tace certo non confessa (*Qui tacet, non utique fatetur*)⁷, ma è tuttavia vero che non nega (*sed tamen verum est eum non negare*).

Appare importante sottolineare preliminarmente come il principio di cui al testo di Paolo, ritenuto già dal Dernburg⁸ «zweideutig wie ein Orakelspruch» e formulato in termini generali ed al contempo in maniera apparentemente sibillina dal momento che, affermando che il tacente non confessa ma neppure nega, non fornisce alcuna risposta al significato da dare al silenzio⁹, nel contesto originario di provenienza, cioè il libro 56 *ad edictum*, si riferisse, in realtà, alla *confessio in iure*¹⁰, quindi ad un istituto processualistico.

Se si tiene presente perciò il riferirsi del testo al processo, l'affermazione paolina¹¹ secondo cui, in buona sostanza, chi tace non parla, ma nemmeno nega,

⁷ Sul «Qui», come soggetto astratto, v. C. Lázaro Guillamón, *El silencio del demandado en el proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo 'quien calla, otorga'*, in *RIDA*. 63, 2016, 183.

⁸ *Pandekten* 1, Berlin 1896, 231 nt. 14.

⁹ In questo senso v. B. Biondi, *Contratto e 'stipulatio'. Corso di lezioni*, Milano 1953, 182. Ciò non deve però recare alcuna meraviglia, dal momento che – come è stato rimarcato dalla Castresana, *La relevancia jurídica del silencio (a propósito de ciertos deberes de información del vendedor)*, in *Index* 40, 2012, 701 s. – «lo cierto es que el examen de las fuentes romanas, tanto literarias como jurídicas, revela la inexistencia de principios generales sobre la interpretación del silencio en el campo del derecho».

¹⁰ P.F. Girard, *Nouvelles observations sur la date de la loi 'Aebutia'*, in *ZSS*. 29, 1908, 143 s. e nt. 2 e P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale* 5.1, 1907, 109. Cfr. M. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS*. 25, 1904, 152 nt. 3; A. Wacke, *Zur Lehre vom 'pactum tacitum' und zur Aushilfsfunktion der 'exceptio doli'. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht I*, in *ZSS*. 90, 1973, 251 nt. 141; C. Lázaro Guillamón, *Il 'silenzio' sulla base della gl. 'Qui tacet, ad' D. 50.17.142*, in *Studia Prawnowstrojowe* 27, 2015, 5; Ead., *El silencio* cit. 183; F. Alarcón Rojas, *Silencio y contrato. Del iusnaturalismo al derecho contemporáneo*, Bogotá 2020, 9 s. Sul punto v. anche S. Tondo, *La semantica di 'sacramentum' nella sfera giudiziale*, in *SDHI*. 35, 1969, 329 nt. 103.

¹¹ Ripresa da non pochi autori, in passato e più di recente, in un'ottica comparatistica: J.G.B. Härlin, *Rechtliche Abhandlung von der stillschweigenden Einwilligung*, Tübingen 1814, 37 ss.; R. de Castro-Camero, «Regula iuris», in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 16, 1994, 31;

semberebbe invece intelligibile giacché può essere intesa nel senso che «vi sono dei casi in cui il diritto vi impone di parlare o vi addossa in caso di silenzio determinate conseguenze. Tale è precisamente il giudizio. Il magistrato vi interroga: per lui parla la legge; voi siete tenuto a rispondere, o altrimenti siete reo confesso. Non si tratta di stabilire un accordo tra le parti: si tratta di sapere la verità, voi siete tenuto a dirla, e all'uopo il magistrato ha il diritto di arguire anche dalle vostre reticenze»¹².

A ben vedere, però, il principio enunciato da Paolo, assunto a vero e proprio brocardo romano¹³ ed aforisma nel diritto canonico¹⁴, sembrerebbe dire tutt'altro.

F. Ferrari, *Formation of Contracts in South American Legal Systems*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 16.3, 1994, 644 e nt. 121; Á. Muñoz García, *La física de Suárez: de Urbina (1758) ¿El que calla, otorga?*, in *Escritura y Pensamiento* 4.8, 2001, 156 ss.; P.D. Clarke, *The Interdict in the Thirteenth Century: A Question of Collective Guilt*, Oxford 2007, 38 e nt. 84; R. Panero, 'Cupida legum iuventus', in *Revista Internacional de Derecho Romano* 7, 2011, 75 s. e nt. 142; M.B. Álvarez Mallona, *D. 50, 17, 142: 'Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare'*. *El valor del silencio como regla de derecho. Diversas hipótesis. ¿El silencio reemplaza a la voluntad manifestada?*, in P. Resina Sola (a c. di), 'Fundamenta Iuris'. *Terminología, principios e 'interpretatio'*, Almería 2012, 239 ss.; J.A. Martínez Vela, *Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio*, in *Revista de Derecho Uned* 10, 2012, 406 s.; E. Vera-Cruz Pinto, 'Quem cala não declara nada': a regra do silêncio negocial do 'ius Romanum' (D. 50.17.142) nos artigos 217° e 218° do Código Civil Português, in *Interpretatio Prudentium* 1.2, 2016, 235 ss.; Lázaro Guillamón, *El silencio* cit. 178 ss.; G. V. Sreenivasan, *Speaking Nothing to Power in Early Modern Germany: Making Sense of Peasant Silence in the 'Ius commune'*, in C. Zwielerlein (a c. di), *The Dark Side of Knowledge. Histories of Ignorance, 1440 to 1800*, Leiden 2016, 101 s. e nt. 52-53; A.D. Busso, *El silencio en el derecho*, in *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 26, 2020-2021, 257 e nt. 5.

¹² P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 4, *Le obbligazioni (dalle lezioni)*, Milano 1979, 304. Cfr. M. Kaser – K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996², 270 e nt. 3 (ivi altra letteratura citata).

¹³ Sulla rilevanza dei brocardi romani nell'esperienza giuridica contemporanea e sul loro utilizzo nella dialettica processuale v. D. Velo Dalbrenta, *L'uso dei brocardi nel discorso forense*, in F. Cavalla (a c. di), *Retorica, processo, verità*, Padova 2005, 337 ss.

¹⁴ G. Tomás, *Fuentes jurídicas del principio 'qui tacet, consentire videtur'*. *Realidad jurídica 'versus' difusión social*, in *RIDA*. 50, 2003, 384 ss., 387 ss. e 397 ss.; H. Corral Talciani, 'Qui tacet consentire videtur'. *La importancia de una antigua regla canónica en el juicio contra Tomás Moro*, in *Ius Canonicum* 51, 2011, 137 ss.; M.D.P. Pérez Álvarez, *El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico*, in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 28.2, 2013, 286 ss.; Lázaro Guillamón, *El silencio* cit. 193 ss.; F. Alarcón Rojas, *La incidencia del silencio en los contratos. Génesis y aplicación de la regla 'Qui tacet, consentire videtur'*, Bogotá 2016, *passim*; M.D.P. Pérez Álvarez, *Influencia del principio canónico 'Qui tacet, consentire videtur' en la doctrina del silencio*, in *Actas del Congreso 'Incidencias del lenguaje en los negocios jurídicos a lo largo de la historia' celebrado en la Universidad Carlos III de Getafe, Madrid, los días 14 y 15 de abril de 2015*, Madrid 2017, 7 ss.

E, invero, laddove il giurista specifica che al silenzio non può attribuirsi alcuna valenza positiva o negativa¹⁵, cioè confessoria o negatoria, la massima che se ne ricava è quella secondo cui ‘Chi tace non dice nulla’¹⁶, dalla quale fare discendere allora la conseguenza che – contrariamente a quanto affermato da Seneca, secondo cui «*silentium videtur confessio*» (Contr. 10.2.6)¹⁷ – il *tacens* non dovesse essere considerato *confessus*¹⁸. Lo scopo ultimo di Paolo sarebbe stato allora quello di evitare che il silenzio potesse essere interpretato come ‘consenso’¹⁹, cioè come *ficta confessio*, limitandosi così a rappresentare la situazione di

¹⁵ Secondo il Maiuri, *La polisemia del silenzio nel mondo latino tra politica, diritto e religione*, in *Silenzio e Parola nella patristica. XXXIX Incontro di Studiosi dell'Antichità Cristiana (Roma, 6-8 maggio 2010)*, Roma 2012, 480, nel diritto romano «la questione del silenzio non si risolve nella mera opposizione tra una valenza affermativa e un'attitudine omissiva. Entrano in gioco, infatti, tonalità molto più sfumate, che consentono di apprezzare una sua specifica polisemia anche se si limita l'indagine al contesto giuridico».

¹⁶ Così M.S. Goretta, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano 1982, 30 s., secondo cui nel testo paolino «si pone una distinzione tra una volontà, il cui ‘oggetto’ è oggettivamente riconoscibile come oggetto di quella volontà (consenso o dissenso), e una volontà, il cui oggetto essendo interno e tutto chiuso nel soggettivo non sarebbe e non è oggettivamente riconoscibile (ed ecco l'affermazione di Paolo), ma la cui oggettività si palesa attraverso un ragionamento induttivo-deduttivo» (p. 95). Ma v., in precedenza, G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, in E. Albertario, P. Ciapessoni, P. De Francisci (a c. di), *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* 4, Milano 1930, 465 e nt. 27 e, più di recente, Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit. 701, che richiama il detto popolare secondo cui ‘El que calla, no dice nada’.

¹⁷ Contra T. Nótári, ‘*Summum Ius Summa Iniuria*’ – *Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation*, in *Acta Juridica Hungarica* 45.1-2, 2004, 306 e ntt. 46-47, secondo cui Seneca e Paolo esprimerebbero la medesima opinione. Il Mayer i Olivé, ‘*Qui tacet nihil dicit*’. *El ambiguo valor de ‘silentium’*, in A. Campus, A. Chahoud, G. Lusini, S. Marchesini (a c. di), ‘*Tempus tacendi*’. *Quando il silenzio comunica. Miscellanea internazionale e multidisciplinare*, Verona 2023, 119, si limita ad osservare che siamo di fronte al «*silentium* con valor negativo y equivalente a *confessio*, un tema recurrente en las disquisiciones romanas con fondo jurídico». Ma v. pure M. Cipriani, ‘*Homo homini deus*’: *la malinconica sentenziosità di Cecilio Stazio*, in *Philologia Antiqua* 3, 2010, 148 s.

¹⁸ Contra Lázaro Guillamón, *Il ‘silenzio’* cit. 6 e 10 ed *El silencio* cit. 184, secondo cui Paolo avrebbe detto che il silenzio si dovesse considerare come se il convenuto avesse confessato, fissando così un principio generale di diritto processuale, appunto quello secondo cui chi tace o non si difende è tenuto come *confessus*. Conclusione, questa, alla quale era già pervenuto, agli inizi del XIX secolo, Carlo Alberici: L. Garlati, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in M.N. Miletti (a c. di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006)*, Milano 2006, 280 s. e nt. 45.

¹⁹ Secondo la Nocchi, ‘*Sermo tacitus*’ ed ‘*eloquentia corporis*’, ovvero *l'efficacia retorica del silenzio*, in *Silenzio e Parola nella patristica. XXXIX Incontro di Studiosi dell'Antichità Cristiana (Roma, 6-8 maggio 2010)*, Roma 2012, 55 ss., la retorica romana, tra i suoi strumenti di comunicazione, avrebbe presentato anche l'uso consapevole del silenzio come forma comunicativa.

chi, tacendo, manifestava la precisa volontà di non assumere alcuna iniziativa né in senso affermativo né in senso negativo²⁰, sicché tra il «*non fateri*» ed il «*non negare*» *tertium non datur*²¹.

E questo è facilmente comprensibile ove si tenga conto che, nell'ordinamento giuridico romano, il principio della formalizzazione verbale è centrale, nel senso che la parola, a differenza del silenzio, ha un rilievo definitorio, di entità caratterizzante e identificativa²², sicché «l'aveu devait être formulé, il supposait un énoncé verbal et en cela il se distinguait du mutisme»²³.

Pertanto, se questo è l'*identikit* del *tacens*, che non dice né 'sì' né 'no', non è ammissibile un 'ni', giacché chi tace vuole offrire una prospettiva tale per cui il suo comportamento possa essere tradotto indifferentemente come un 'sì' o come un 'no' al fine di ingenerare nell'interprete del suo silenzio un'ambiguità e perplessità che finisce per indurlo a concludere che tacere è uguale a non parlare e, quindi, a formulare il principio paolino 'Chi tace non dice nulla', che non è dunque in alcun modo assimilabile all'altra *regula iuris* di origine canonistica, secondo la quale 'Chi tace acconsente', per il semplice motivo che tacere è proprio l'opposto di consentire, in quanto omettere di palesare la propria volontà significa non compiere l'atto positivo di manifestare con parole o gesti la propria intenzione.

In questo senso il testo di Paolo, proprio nella misura in cui si limita a constatare l'ambiguità primordiale del silenzio senza pretendere però di interpretarlo, rivela tutta la sua importanza laddove mette in chiaro che non si può interpretare il silenzio di chi è interrogato come una confessione (assenso) né come un'opposizione (dissenso), giacché chi rimane in silenzio esprime la propria volontà nel non volerla manifestare né in un senso né in un altro opposto, innalzando così fra sé e gli altri una vera e propria 'barriera' del silenzio, che pone certo il problema della sua responsabilità, la quale va quindi ricercata nella stessa *voluntas tacendi*.

Anche se con ciò non si vuole dire certo che il principio 'Chi tace non dice nulla' finisce per dissolversi nell'altro, appena ricordato, 'Chi tace acconsente', dal momento che è solo quest'ultimo che indica l'esigenza di 'svelare' chi si nasconde nell'ombra del silenzio e, quindi, di consegnare chi tace alla respon-

²⁰ Secondo il Maiuri, *La polisemia del silenzio* cit. 465 ss., nel mondo latino il silenzio può essere inteso come un'esperienza polisemica, variegata e multiforme, sia dal punto di vista sincronico che diacronico, caratterizzandosi così per una spiccata pluridimensionalità.

²¹ In questo senso v. le condivisibili affermazioni della Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 159 e 203.

²² Così, giustamente, Maiuri, *La polisemia del silenzio* cit. 478.

²³ S. Kerneis, *La justice en vérité. Une histoire romaine du dire-vrai*, Paris 2022, 64.

sabilità del suo silenzio, mentre la regola paolina qualifica il silenzio come un 'fatto incolore' e indica la norma della prudenza: questi due principii segnano perciò i due punti estremi tra i quali oscilla, senza trovare un centro di gravità, il pendolo del silenzio, giacché il primo nega ogni significato al silenzio e il secondo lo parifica invece all'assenso.

Nel passo di Paolo veniva definito l'atteggiamento di colui che esprimeva la propria 'volontà' nel non volerla manifestare né in un modo né in un altro opposto, sicché la sibillinità del testo e la sua contraddittorietà sono dunque soltanto apparenti, in quanto entrambe non vanno ricercate nella lettera e nello spirito di questa fonte testuale, bensì nella rappresentazione che il frammento di Paolo ci offre del comportamento di chi tace²⁴.

Il giurista, nell'affermare che chi tace non parla ma nemmeno nega e, quindi, non manifesta alcuna volontà, esprime, in definitiva, due concetti: a) il silenzio è un non parlare e, quindi, non può essere qualificato come risposta o manifestazione di volontà; b) l'intervento del magistrato è perciò necessario al fine di rendere concreto il non detto del silenzio.

Pertanto, se è indubbio che il tacente finisce per offrire la possibilità di interpretare il suo comportamento come positivo o negativo (ciò che si verificava appunto nella *confessio in iure*, nella quale l'intervento del magistrato 'concretizzava' il silenzio per ovvie ragioni giuridiche di certezza del diritto), ingenerando così non di rado un'ermeneutica perplessa ed ambigua (ciò che spesso era il fine ultimo del tacente)²⁵, è altrettanto incontestabile che Paolo metteva in guardia l'interprete, e quindi in primo luogo il magistrato, dal rinvenire nel silenzio di chi era interrogato una confessione (cioè un assenso) oppure un'opposizione (cioè un dissenso), arguendo l'una o l'altra dalla reticenza dell'*interrogatus*.

E che questo fosse il significato da dare al silenzio²⁶, e cioè, in definitiva, che l'interprete dovesse necessariamente esaminare il contesto in cui, caso per caso, si colloca il silenzio²⁷, sembra essere comprovato dalla circostanza che i compilatori giustiniani, inserendo il testo di Paolo nel diciassettesimo titolo dell'ultimo libro del Digesto (*De diversis regulis iuris antiqui*)²⁸ e, quindi, tra le *regulae*

²⁴ Così Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 159.

²⁵ Così, giustamente, Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 160 s.

²⁶ Sul valore ed il significato del silenzio nelle fonti letterarie latine e greche v. J.A. Martínez Vela, *El valor del silencio en las fuentes literarias antiguas*, Madrid 2012, *passim*.

²⁷ In questo senso v. anche Lázaro Guillamón, *Il 'silenzio'* cit. 6 ss. ed *El silencio* cit. 184 ss., che richiama l'interpretazione del passo paolino da parte dei Glossatori, secondo i quali il significato del silenzio sarebbe dipeso dal singolo caso ed istituto. Ma v. pure Tomás, *Fuentes jurídicas del principio 'qui tacet, consentire videtur'* cit. 389 ss. e 394 ss.

²⁸ Sul quale v., ampiamente, A. Soubie, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes 1960, 163 ss.

iuris, ne avessero favorito l'astratta generalizzazione²⁹ ed estensione a fattispecie diverse da quella originaria processuale³⁰ e, quindi, la valenza precettistica al di là del caso concreto per il quale la *regula* paolina era stata enunciata³¹.

Nella collocazione che il brano ha ottenuto all'interno del *Corpus iuris civilis* si evidenzia inoltre come Paolo, esaminando il comportamento di colui che, interrogato in giudizio, tace, intendesse precisare i contorni e le conseguenze di due diverse situazioni: da un lato quella di chi confessa (*confessus*), in un certo senso condannandosi da solo³², dall'altro lato quella del *tacens*, il quale, con il suo mutismo, tenta di evitare ogni responsabilità (sia quella del *confessus*, sia quella dell'obiettore). Così il giurista, se per un verso contestava che il

²⁹ In argomento v. i condivisibili rilievi del Carcaterra, '*Ius summum saepe summa malitia*', in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 4, Milano 1971, 663 s., il quale, oltre alla *regula iuris* di cui al testo paolino, richiama anche quelle contenute in D. 50.17.144 pr. (Paul. 62 *ad ed.*: *Non omne quod licet honestum est*) ancora di Paolo e D. 50.17.206 (Pomp. 9 *ex var. lect.*: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*) di Pomponio. Sembra invece essere incappato in un completo travisamento del testo il Longo, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI*. 45, 1979, 119, secondo cui il testo in esame conterrebbe la «*regula iuris* giustiniana *'qui tacet consentire videtur'*», sulla quale v. F. Reduzzi Merola, *Oreste Ranelletti: dal diritto romano alla scienza del diritto pubblico*, in *Index* 24, 1996, 412.

³⁰ Sulla problematica del silenzio in materia contrattuale v. S. Perozzi, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale* 4.1, 1906, 509 ss.; G. Pacchioni, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale* 4.2, 1906, 23 ss.; P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Rivista di diritto commerciale* 4.2, 1906, 222 ss. Sulla totale divergenza di opinioni di tali autori – che, in buona sostanza, trova il suo fondamento nel rilievo dato dal primo all'elemento logico-filosofico, dal secondo a quello etico e dal terzo a quello storico-giuridico – v. P.P. Zanzucchi, *Rivista della letteratura romanistica italiana 1907-1908*, in *ZSS*. 29, 1908, 452 s. e Donatuti, *Il silenzio* cit. 459 ss. Più recentemente, tale problematica è stata affrontata, anche mediante l'illustrazione degli itinerari attraverso i quali la tradizione romanistica ha influito sulla dottrina civilistica moderna e sulla disciplina codicistica in vigore, dalla Solidoro Maruotti, *La rilevanza giuridica del silenzio in diritto romano*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze* 2.8-9, 2005, 23 ss.; Ead., *La reticenza del venditore in Cic., 'de off'*. 3.12-17, in *Studi per Giovanni Nicosia* 7, Milano 2007, 471 ss.; Ead., '*Aliud est celare, aliud tacere*' (Cic., '*de off'*'. 3.12.52). *Proiezioni attuali di un antico dibattito sulla reticenza del venditore*, in *AG*. 227, 2007, 187 ss.; Ead., '*... Si vero sciens reticuit et emptorem decepit ...*' (D.19.1.13 pr.): '*vizi di fatto*', '*vizi di diritto*' e *reticenza del venditore*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a c. di), '*Fides Humanitas Ius*'. *Studi in onore di Luigi Labruna* 8, Napoli 2007, 5269 ss.; Ead., *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007, *passim.*; Ead., *La violazione degli obblighi d'informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica*, in *Studi in onore di Remo Martini* 3, Milano 2009, 609 ss. Ma v. pure, in esclusivo riferimento alla *relocatio tacita*, P. Pichonnaz, *Quelques remarques sur la 'relocatio tacita'*, in *RIDA*. 49, 2002, 149, 155 e 158.

³¹ Cfr. Goretta, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 159 s.

³² Così anche Kerneis, *La justice en vérité* cit. 64, secondo la quale «*celui qui avoue s'institue juge de lui-même et s'auto-condamne*».

tacens dovesse essere immancabilmente considerato *confessus*, in quanto una sbrigativa interpretazione del silenzio come 'assenso' avrebbe potuto dare luogo ad una finzione giuridica ('parla, altrimenti sei considerato reo confesso'), per altro verso ammetteva che l'*indefensus* (cioè colui che restava inerte di fronte all'azione dell'avversario), con il suo silenzio, avrebbe dimostrato di non volere assumere alcuna iniziativa, divenendo perciò meritevole di sanzione³³.

Ed è proprio questo che è avvenuto nelle esperienze processuali civili odierne, come quella italiana, nella quale esiste il 'principio di non contestazione', secondo cui i fatti allegati da una parte e non espressamente contestati dall'altra non hanno bisogno di essere provati, dovendo così essere considerati come esistenti dal giudice. La non contestazione si qualifica dunque non come generico comportamento omissivo della parte connotato dalla mera assenza di reazione alla pretesa avversaria, ma come cosciente dismissione della facoltà spettante alla parte di contribuire alla formazione della decisione mediante un atto idoneo a determinarne una direzione *pro se* favorevole. Con la conseguenza dell'implicito riconoscimento in fatto delle allegazioni avversarie (*facta confessio*) e, quindi, di fare ritenere esplicitamente ammesso o confessato quello che nella realtà del processo risulta soltanto 'non contestato': un'equiparazione tra 'non contestazione' e *confessio*, che trova allora la sua ragion d'essere nella presunzione che la parte, la quale si disinteressa del processo e non si difende, ammette le ragioni di fatto dell'avversario. E che era già ammessa nelle *legis actiones in rem*, dove non vi era un vero e proprio obbligo di difendersi, giacché di fronte alla *vindicatio* dell'attore, il convenuto poteva compiere la *contravindicatio* oppure confessare espressamente che la pretesa dell'attore era fondata oppure ancora tenere un comportamento meramente passivo, abbandonando il possesso della *res* a favore dell'altra parte: non siamo dunque di fronte ad un'ipotesi di non contestazione intesa come comportamento processuale che non implica né adesione alla pretesa attorea né attiva resistenza ad essa, bensì ad un atteggiamento del convenuto di implicito riconoscimento dell'altrui *vindicatio* comportante gli stessi effetti dell'espressa *confessio in iure*.

Se quindi il silenzio può essere identificato nel processo civile romano, pur nella sua possibile valutazione di comportamento moralmente ambiguo e tatticamente ostruzionistico finalizzato a non manifestare una volontà di ammissione o di negazione³⁴, come la «rinuncia ad assumere una qualsiasi responsabilità per il sì e per il no»³⁵, se ne ricava allora che, al di là dell'impossibilità di indivi-

³³ Così Solidoro Maruotti, *Gli obblighi di informazione* cit. 17.

³⁴ Sul punto v. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 138 s.

³⁵ Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit. 165. Cfr. L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi di informazione* cit. 22 ss. e 37.

duare un'origine storica romanistica del principio – sottoposto ad analisi critica dal Gradi³⁶ – ‘*Nemo tenetur edere contra se*’³⁷, fosse pienamente ammesso il *ius tacendi*, cioè non solo la facoltà, ma anche il diritto di astenersi dal rispondere, tanto delle parti in causa quanto dei loro avvocati, il cui comportamento silente in ordine a fatti od atti dei quali fossero venuti a conoscenza nell'esercizio del proprio mandato era ritenuto perfettamente lecito e non lesivo di alcun ‘dovere di verità’³⁸.

In definitiva, il passo di Paolo induce a ritenere che viene garantita alle parti in causa la più ampia libertà di sottrarsi a qualsiasi contributo dichiarativo, con la conseguenza che il diritto al silenzio presidia nel modo più robusto la loro autodifesa, rendendola immune da obblighi di collaborazione, così da far pensare che la difesa tecnica non possa essere regolata da principii che si pongono in conflitto con la tutela garantita alla parte in giudizio.

Come ben si vede, il fenomeno del silenzio in ambito giudiziario è dunque strettamente collegato con la dimensione della verità, ciò avvenendo però attraverso il dipanarsi di una trama, a volte scoperta e altre volte invisibile, che lega l'uno all'altra in maniera spesso inscindibile. Tra silenzio e verità vi è allora una solidarietà che, anche nell'ambito del processo, fa sì che la verità venga resa percepibile e valorizzata anche dal silenzio, con la conseguenza che, ove il silenzio non svolgesse questa peculiare e delicata funzione propiziatoria della verità, nessuna verità giudiziaria potrebbe manifestarsi in modo compiuto.

E ciò comporta, come corollario, che il silenzio finalizzato a tacere la verità, ne costituirebbe un occultamento o, meglio, al pari della menzogna, un mascheramento, dando luogo così ad una controfigura della verità, a tal punto deformata da trasformarsi nel suo esatto contrario, cioè la contraffazione: insomma, nel silenzio la verità sta nel non detto, in ciò che si tace, sicché chi tace custodisce una verità negata a chi interroga, mentre la parola esprime spesso dissimulazione e produce sovente inganni.

7. Ed è allora certo che, secondo la giurisprudenza romana, il silenzio non pregiudica la ricerca e il raggiungimento della verità giudiziaria, che non viene vista però come una meta ideale e inarrivabile e inafferrabile e, quindi, come un feticcio dotato di un carisma primitivo e insuperabile, bensì come il fine pri-

³⁶ *L'obbligo di verità delle parti*, Torino 2018, 621 ss.

³⁷ G. Pugliese, *Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano 'per formulas'*, in *Studi in onore di Giuseppe Menotti De Francesco* 1, Milano 1957, 545.

³⁸ In generale, sulla non lesività del ‘dovere di verità’ ad opera del *ius tacendi* v. le condivisibili considerazioni del Vitale, *Verità, diritto e persona. Studi sull'esperienza giuridica processuale*, Catania 1984, 31 ss.

mario e ineludibile del processo in virtù di un gemellaggio, significativamente eterozigoto, con la giustizia, sul quale si fonda la consapevole tendenza all'acclaramento della verità giudiziaria.

Ciò che mi sembra potersi evincere con chiarezza da un testo di Ulpiano, nel quale si insiste sul fatto che l'assenza in giudizio del convenuto non doveva impedire la prosecuzione del processo fino all'emanazione della sentenza:

D. 5.1.73 pr. (Ulp. 4 *de omn. trib.*): *Et post edictum peremptorium impetratum, cum dies eius supervenerit, tunc absens citari debet: et sive responderit sive non responderit, agetur causa et pronuntiabitur, non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet.*

Il giurista afferma infatti che, dopo avere ottenuto l'*edictum peremptorium* (*Et ... impetratum*) e scaduto il termine ultimo per la comparizione in giudizio (*cum ... supervenerit*), l'assente deve essere citato in giudizio (*tunc ... debet*)³⁹ e, sia che egli avrà o non avrà risposto a questa ultima chiamata (*et ... responderit*), la causa sarà trattata e si pronuncerà la sentenza (*agetur ... pronuntiabitur*), non necessariamente a favore della parte presente (*non ... praesentem*), ma talvolta vincerà anche l'assente, se ha avuto delle valide ragioni (*sed ... vincet*).

Premesso che il principio enunciato da Ulpiano avesse un carattere generale e fosse quindi riferibile tanto alle *actiones in rem* quanto a quelle *in personam*⁴⁰ e fors'anche al processo formulare⁴¹ e, ancora, che qui il termine «*absens*» è usato tecnicamente in evidente contrapposizione a chi invece si è recato in giudizio e deve quindi essere inteso come comprensivo sia dell'*absens* in senso stretto e sia del *contumax*, sicché, dall'angolo visuale dello svolgimento del processo in via unilaterale e della sua conclusione in seguito alla pronuncia della sentenza non in ogni caso di condanna, contumacia ed assenza non differiscono⁴², particolare

³⁹ Sul significato del verbo «*citari*», che compare in questa frase, v. L.M. Coenraad, *Het beginsel van hoor en wederhoor in de Romeinse verstekprocedures*, in C.H. van Rhee, F. Stevens, E. Persoons (a c. di), *Voortschrijdend procesrecht. Een historische verkenning*, Louvain 2001, 123.

⁴⁰ L. Aru, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma 1934, 166.

⁴¹ Così L. d'Amati, '*Litem deserere*', in L. Garofalo (a c. di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese 2*, Padova 2012, 207 e *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, Napoli 2016, 173 s.

⁴² Così A. Bellodi Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia nelle 'cognitiones extra ordinem'* 1, Milano 1998, 63 s. e 117, secondo cui il verbo «*agetur*», che ricorre nel testo (*agetur causa*), indica verosimilmente tutte quelle attività processuali che permettono di giungere alla pronuncia della sentenza, tra le quali, logicamente, anche la cognizione della controversia. Nel medesimo senso v. d'Amati, '*Litem deserere*' cit. 206 nt. 103 e *L'inattività del convenuto* cit. 172. Sull'espressione «*agetur causa*» v. anche H. Krüger, *Das 'summatim cognoscere' und das klassische Recht*, in ZSS. 45, 1925, 82 e D. Simon, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München 1969, 194 s. e nt. 182.

rilievo assume il verbo «*respondere*» (*sive responderit sive non responderit*), che può essere interpretato in senso ampio⁴³, cioè come facente riferimento non solo ad una opposizione più o meno formale da parte del convenuto nei confronti della pretesa dell'attore, ma anche a qualsiasi atteggiamento concreto, anche informale, che rendesse manifesta e indubbia l'intenzione di non comparire in giudizio⁴⁴ e, al limite, anche al «semplice fatto di non presentarsi, senza risposta alcuna, formale o informale»⁴⁵ e, quindi, pure rimanendo silente.

Ora, quel che qui interessa sottolineare è il concetto nitidamente espresso da Ulpiano nella parte finale del testo, cioè che potrà uscire vincitore della lite anche l'assente «*si bonam causam habuit*».

Infatti, il giurista – ricollegando il concetto di '*bona causa*' del convenuto, come rovescio della medaglia, a quello di '*mala causa*' dell'attore⁴⁶ – richiama l'attenzione sul fatto che, per quanto la contumacia consentisse l'instaurazione e la trattazione di una causa unilateralmente, il giudice avrebbe dovuto comunque procedere ad un esame attento e diligente della controversia⁴⁷ che non fosse vincolato alla pronuncia di una sentenza predeterminata nella sostanza sol perché vi era stata l'assenza di una delle due parti⁴⁸ e, quindi, finalizzata a sanzionare questo suo comportamento non collaborativo, ma, al contrario, di una sentenza

⁴³ O, come ritiene l'Obarrio Moreno, *El proceso por contumacia. Origen, pervivencia y recepción*, Madrid 2009, 60, «genérico».

⁴⁴ In questo senso v., sulla base dell'interpretazione dell'espressione «*in iure non respondere*» nel senso tecnico appunto di 'non comparire in giudizio', F.J. Bruna, '*Lex Rubria*'. *Caesars Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in 'Gallia Cisalpina'*. *Text, Übersetzung und Kommentar mit Einleitungen, historischen Anhängen und Indizes*, Leiden 1972, 173 e L. Mainino, *Studi sul 'caput' XXI della 'Lex Rubria de Gallia Cisalpina'*, Milano 2012, 91 s. Ma v. pure E. Pendón Meléndez, *Las 'interrogationes in iure'*, Madrid 2013, 165, secondo cui dal testo in esame «se desprende que el demandado podía contestar al llamamiento oficial con una respuesta no particularizada, incluso meramente formal de modo que se ofrecía testimonio del conocimiento del litigio que había sido iniciado».

⁴⁵ Bellodi Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia* 1 cit. 85.

⁴⁶ Così d'Amati, '*Litem deserere*' cit. 205 e *L'inattività del convenuto* cit. 172.

⁴⁷ E non certo, come pure ha ritenuto il Perrot, *L'appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum*, Paris 1907, 101, ad «un examen sommaire de la cause».

⁴⁸ Sul punto v. anche I. Buti, *La 'cognitio extra ordinem': da Augusto a Diocleziano*, in H. Temporini (a c. di), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* 2.14, Berlin-New York 1982, 45, il quale osserva giustamente che «la sentenza non era però in ogni caso e di necessità in favore della parte presente: comunque il magistrato procedeva ad un esame – seppure non approfondito – della questione e poteva quindi riconoscere anche le ragioni dell'assente. Ovviamente, però, quest'ultima eventualità era piuttosto remota se non altro perché la controparte aveva evidentemente maggior agio di illustrare e valorizzare la propria posizione». Nel medesimo senso v., più recentemente, I. Jaramaz Reskušić – T. Medančić, '*Cognitio extra ordinem*' u rimskom pravu, in *Pravnik* 40.1, 2006, 80 e nt. 54.

di merito conforme ad equità e, in ultima analisi, tendente all'accertamento della *veritas rei*⁴⁹.

E ciò, all'evidente scopo di evitare che la mancata comparizione del convenuto fosse considerata come una scelta deliberata e non dettata da necessità od inconsapevolezza e, quindi, percepita a tal punto come un'implicita ammissione del torto da condurre alla condanna dell'assente in maniera automatica⁵⁰. Anche se è stato opportunamente sottolineato⁵¹ che la possibilità che l'assente uscisse vincitore dalla lite si sarebbe concretizzata solamente «wenn eine über die Glaubhaftmachung hinausreichende genauere Untersuchung des geltend gemachten Anspruchs stattfindet».

Il che consente di rigettare la tesi dell'Aru⁵², che, rilevandone l'anomalo andamento sintattico, ha ritenuto la frase «*sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet*»⁵³ un'aggiunta compilatoria e, quindi, inaccettabile la pro-

⁴⁹ Così, giustamente, anche Bellodi Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia* 1 cit. 245 s. Ma v. pure Obarrio Moreno, *El proceso por contumacia* cit. 57.

⁵⁰ Ciò che valeva, a maggior ragione, per il processo penale: A. Bonandini, 'Inaudita altera parte'. Il giudizio in assenza dell'imputato da prassi giuridica a strumento retorico, in *Athenaeum* 102, 2014, 89 e nt. 50.

⁵¹ Simon, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess* cit. 195.

⁵² Aru, *Il processo civile contumaciale* cit. 170 s.

⁵³ Sulla quale v. A. Wacke, «*Bonam sive malam causam habere*». La prospettiva di successo nel processo civile romano, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di Arnaldo Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001*, Milano 2011, 270 s., secondo cui da tale frase si ricava che «prevale talvolta il convenuto assente, 'se il diritto è dalla sua parte' ... Sono dunque nettamente da distinguere 'concludenza' e 'fondatezza' ('Schlüssigkeit' e 'Begründetheit') della pretesa, nella procedura per *formulas* addirittura visibilmente distribuite a due organi distinti: *praetor* e *iudex*. Un pretore era tenuto doverosamente a denegare un'azione inammissibile o non concludente nel senso descritto. Il frammento D. 5.1.73 pr., tratto dall'opera di Ulpiano '*de omnibus tribunalibus*', riguarda però il processo *extra ordinem*. Il giudice competente doveva quindi rigettare l'azione, dove il pretore nel processo ordinario per *formulas* doveva denegarla come immeritevole di tutela. Il convenuto assente aveva '*bona causa*', nel caso in cui anche se presente, in seguito ad un'azione inammissibile o non concludente, avrebbe vinto il processo senza assunzione di prove. In tali casi a ragione un convenuto rifiutava la chiamata in giudizio: effettivamente non era da considerare come *contumax*. Tramite provvedimenti di *coërcitio* la sua comparizione non avrebbe dovuto essere imposta», e *Vom Wert der 'inscriptiones' für die Quellen-Interpretation und zur Beweiskraft der paläogenetischen Arguments für den Textinhalt*, in P. Mach, V. Vladár (a c. di), '*Historia et interpretatio Digestorum seu Pandectarum*'. *Zborník z 18. konferencie právnych romanistov Slovenskej republiky a Českej republiky, uskutočnenej v dňoch 27.-28. mája 2016 na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave*, Praha 2016, 97: «*Bonam causam* hat ein Verklagter insbesondere bei einer unzulässigen oder einer unschlüssigen Klage. Unschlüssig ist etwa die Klage gegen den Geldverwahrer auf Herausgabe des von ihm durch Rechtsgeschäft erlangten Surrogats im Falle Gordians C. 3,32,6. Auf eine solche Klage braucht ein Verklagter sich nicht einzulassen und im Termin nicht zu erscheinen. Im Falle seines Ausbleibens ergeht das Urteil nicht gegen ihn,

spettazione della possibilità di vittoria della parte assente in quanto aberrante per la mentalità dei giuristi classici, dovendosi così immaginare che, nel testo originario, si accennasse piuttosto al fatto che per la parte presente era necessario addurre valide ragioni per ottenere una sentenza a proprio favore e, su questa via, supporre addirittura che i commissari giustinianeî avrebbero inserito l'inciso «*interdum vel absens*», il verbo «*vincet*» e l'alternativa «*sive responderit sive non responderit*», per cui il tenore del frammento sarebbe stato «*Et post edictum peremptorium impetratum, cum dies eius supervenerit, tunc absens citari debet: et si non responderit, agetur causa et pronuntiabitur, non utique secundum praesentem, sed si bonam causam habuit*».

Ma a tale ricostruzione del testo si può obiettare quanto questo stesso autore⁵⁴ onestamente riconosce, e cioè che, «se si considera che il paragrafo si riferisce al convenuto, apparirà subito che in questo caso particolare l'intervento dei compilatori può considerarsi di carattere meramente formale. Infatti se l'attore presente non adduce prove sufficienti a provocare nel giudice la convinzione del suo diritto, il convenuto veniva assolto; né è possibile configurarsi altrimenti la vittoria del convenuto se non nella assoluzione. Quindi nei riguardi di lui poteva a ragione parlarsi precisamente di vittoria».

8. Come bene è stato rimarcato dal Ferri⁵⁵, «nella cultura civilistica, l'interrogativo se il silenzio possa essere, o meno considerato, alla stregua di una dichiarazione tacita di volontà è stato sempre di difficile soluzione, per la sua valenza ambigualmente anche polisemica».

In questa prospettiva, vale la pena ricordare, seppure brevemente, che, nell'esperienza giuridica tedesca e, in particolare nel BGB, vi sono ipotesi in cui il silenzio è equiparato al rifiuto ed altre, invece, nelle quali il silenzio si

sondern ausnahmsweise gegen den anwesenden Kläger. Diese Verfahrensweise mutet modern an. Sie gehört auch erst dem Kognitionsprozess an, wie sich aus dem in der inscription angegebenen Werk Ulpian's ergibt, einer vorwiegend dem außerordentlichen Verfahrensrecht gewidmeten Schrift. Im zweigeteilten klassischen Formularprozess musste der Prätor einen unzulässigen oder unschlüssigen Klageantrag denegieren. Das unechte Versäumnisurteil im Kognitionsprozess ersetzte die im Formularprozess vom Prätor zu treffende *denegatio actionis*, und im Unterschied zu ihr erwuchs das Urteil in Rechtskraft». Ma v. pure M.A. Fino, 'Recte agere potes'. *Contributo allo studio e al recupero di una prospettiva dei giuristi romani in tema di processo*, in L. Garofalo (a c. di), 'Actio in rem' e 'actio in personam'. *In ricordo di Mario Talamanca* 1, Padova 2011, 335 nt. 1 e 343 ed A. Angelosanto, *Prevedibilità degli esiti giudiziari e 'ius controversum'*. *Tecniche di 'calcolo' attraverso le 'formulae': tracce nel pensiero dei giuristi romani*, Napoli 2020, 56 s. e nt. 69.

⁵⁴ Aru, *Il processo civile contumaciale* cit. 171.

⁵⁵ *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, in A. Palma, 'Civitas et civilitas'. *Studi in onore di Francesco Guizzi* 1, Torino 2013, 335.

configura come tacita accettazione, mentre nell'esperienza francese dottrinale e giurisprudenziale è attualmente unanime il rigetto del principio '*Qui tacet consentire videtur*' e, quindi, la convinzione che il silenzio non possa valere come accettazione innanzitutto perché il silenzio, nella pienezza del termine, è equivoco, potendosi, tutt'al più, ammettere che un 'silenzio circostanziato' possa avere un qualche rilievo⁵⁶.

Quest'ultima notazione appare importante al fine della presente indagine, dal momento che, secondo la maggior parte della dottrina italiana, anche nel nostro diritto civile è pressoché dominante il principio del 'silenzio circostanziato', ciò che, in effetti, sembra potersi desumere dal secondo comma dell'art. 1333 del nostro Codice civile in riferimento al mancato rifiuto del destinatario della proposta contrattuale: «*Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso*». Quindi, il mancato rifiuto del destinatario della proposta contrattuale configura un'ipotesi di accettazione tacita della proposta stessa, conferendo così al silenzio il valore significativo di una 'dichiarazione tacita'.

Ora, non è senza significato che, in ordine alla valutazione del significato del silenzio operata dal Codice civile italiano del 1865 (che dal Code Napoléon era derivato nella sostanza ed anche in molte e decisive soluzioni tecniche), la giurisprudenza e la dottrina dell'epoca (in particolare Nicola Coviello, Roberto de Ruggiero, Pietro Bonfante, Francesco Ferrara e Salvatore Pugliatti) fossero giunte a conclusioni non prive di vaghezze ed ambiguità simili a quelle alle quali era pervenuta l'esperienza francese, prospettando ben tre soluzioni alternative che si riassumevano nei contrapposti principii '*Qui tacet consentire videtur*' e '*Qui tacet neque negat, neque utique fatetur*' ed in quello conciliativo intermedio '*Qui tacet, cum loqui potuit et debuit, consentire videtur*'⁵⁷, e, soprattutto, che il Codice civile italiano del 1942 «non sembra avere introdotto, per i civili-
sti, in tema di valenza semantica del silenzio, significative novità»⁵⁸.

E quanto ciò sia vero è dimostrato dalla disparità di opinioni di due grandi giuristi, come Emilio Betti e Giuseppe Stolfi, che ebbero modo di esprimere il proprio pensiero in ordine al significato del silenzio praticamente all'indomani dell'entrata in vigore della codificazione del 1942.

Infatti, secondo il Betti⁵⁹, inesatto è il principio di matrice canonistica '*Qui*

⁵⁶ Sul silenzio in queste due esperienze giuridiche v., per tutti, Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 335 ss.

⁵⁷ Sul punto v. Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 340 ss.

⁵⁸ Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 345.

⁵⁹ *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. Vassalli (a c. di), *Trattato di diritto civile* 15.2, Torino 1943, 93 ss.

tacet consentire videtur se non lo si completa aggiungendo la restrizione *'si loqui debuisset ac potuisset'*, con la conseguenza che chiunque, avendo la concreta possibilità, l'interesse e l'onere di parlare, in particolare di contraddire, omette consapevolmente di farlo nei confronti di coloro ai quali dovrebbe dichiarare la propria opposizione, o rende una dichiarazione silenziosa di consenso (si pensi al silenzio dell'alienante nella *mancipatio* o nell'*iure cessio* romana) o manifesta indirettamente il proprio assentimento all'altrui iniziativa per quel che concerne i propri interessi. E, in questa prospettiva, l'insigne giurista chiarisce che il silenzio acquista il significato di consenso in seguito ad una valutazione che è contingente e variabile non solo secondo l'ambiente storico, il costume e la coscienza sociale, ma anche secondo la qualità delle persone (ad esempio, commercianti adusi ad un determinato genere di contrattazioni) e le circostanze obiettive del traffico commerciale in cui esse operano. Pertanto, il silenzio viene reso significativo, oggettivamente, da consuetudini prevalenti in una determinata cerchia sociale-economica oppure, soggettivamente, da pratiche invalse (si pensi ai cosiddetti 'usi interpretativi') oppure ancora da accordi intercorsi tra gli interessati: consuetudini, pratiche ed accordi di tal fatta che hanno ragion d'essere soprattutto in materia contrattuale, nella quale il contegno del destinatario di una proposta, che ad essa non risponde negativamente, è 'talvolta' equiparato all'accettazione.

Il che, a ben vedere, costituiva una ripresa ed un ampliamento di quanto già previsto dal Codice di commercio italiano del 1882, che, come bene è stato evidenziato⁶⁰, a fronte del fatto che, «in realtà, il silenzio non è *sempre e per sé preso* una manifestazione di volontà», prevedeva che esso potesse valere sia come manifestazione espressa, se tra due soggetti sia stato convenuto che il tacere, per un dato tempo, significhi consentire, e sia come manifestazione tacita, se, insieme ad altre circostanze, lascia presumere una determinata volontà dell'agente, il cui comportamento sarebbe incompatibile con l'intenzione di manifestare una volontà contraria o di attenersi ad un contegno semplicemente passivo.

Al contrario, lo Stolfi⁶¹ riteneva che la manifestazione tacita non deve essere confusa con il semplice silenzio poiché questo, non essendo né affermazione né negazione, non si può considerare come una manifestazione del volere, con la conseguenza che il noto principio *'Chi tace non dice nulla'* non solo è dettato dalla comune esperienza, ma finisce per costituire l'unico criterio esatto per fugare gli eventuali dubbi che possono nascere dal caso concreto. E, invero, come si può argomentare dal primo comma dell'art. 1326 del nostro Codice civile, se-

⁶⁰ Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 345.

⁶¹ *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, 167 ss.

condo cui «*Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte*», la volontà deve essere palesata e di regola deve essere inoltre portata a conoscenza del destinatario. Pertanto, nessun credito merita il principio '*Chi tace acconsente*', e ciò perché tacere è proprio l'opposto di consentire: omettere di palesare la propria volontà significa dunque non compiere l'atto positivo di manifestare con parole o gesti la propria intenzione. E, invero, se la parte poteva parlare, con ciò stesso si ammette che essa aveva la facoltà di scegliere tra l'annuire e, al contrario, il rifiutare, sicché bisogna chiedersi a quale titolo il suo silenzio possa essere inteso come adesione e non come rifiuto o, almeno, come astensione. E se è indiscutibile quanto evidenziato dal Betti, cioè che vi siano norme, come, ad es., l'art. 481 del nostro Codice civile, secondo cui «*Chiunque vi ha interesse può chiedere che l'autorità giudiziaria fissi un termine entro il quale il chiamato dichiari se accetta o rinuncia all'eredità. Trascorso questo termine senza che abbia fatto la dichiarazione, il chiamato perde il diritto di accettare*», che deducono dal silenzio una manifestazione di volontà, sarebbe però errato, secondo lo Stolfi, fare discendere da tali norme il principio generale che il silenzio di chi, potendo o dovendo parlare, abbia taciuto possa valere come manifestazione di volontà, dal momento che, come si evince dall'art. 14 delle Disposizioni preliminari al Codice civile italiano («*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*»), le norme eccezionali non si possono estendere oltre i casi in esse previsti.

Ora, a me sembra che questa divergenza di opinioni meriti di essere sottolineata in specifico riferimento al diritto romano, dal momento che, come ben si vede, mentre il Betti è sulla stessa linea di quanto si è detto, nel primo paragrafo, in ordine alla necessità di una 'decodificazione' del silenzio che ne ricostruisca il suo significato e di una 'decifrazione' delle soluzioni polivalenti in esso insite in relazione ad esigenze pratiche, lo Stolfi, al contrario, si muove nella stessa direzione, illustrata nel sesto paragrafo, del testo di Paolo (D. 50.17.142), il quale esprimeva in termini teorici la convinzione che chi tace non confessa e non nega, cioè che 'Chi tace non dice nulla'.

E, da qui, l'ineludibile domanda: ha ragione il Betti o lo Stolfi?

Rispondere a tale quesito non è affatto semplice, ciò che va detto non solo perché, come è stato sottolineato⁶², pure nel diritto civile l'area semantica del termine 'silenzio' è molto ampia e sicuramente più varia ed articolata del semplice fatto di chi si astiene dal parlare o dall'emettere suoni, ma anche perché alcune disposizioni normative, che sembrano *prima facie* chiarissime, in realtà

⁶² A. La Torre, voce *Silenzio (dir. priv.)*, in *ED*. 42, Milano 1990, 543 ss.

poi non lo sono affatto, potendo essere interpretate in un senso diverso da quello che risulta dalla loro semplice lettura.

In questa sede basterà fare un solo esempio.

Il primo comma dell'art. 18 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci, ratificata dall'Italia con la Legge 765 del 1985, così recita: «*Una dichiarazione o altro comportamento del destinatario che indicano il consenso ad un'offerta, costituiscono accettazione. Il silenzio o l'inazione, da soli, non possono valere come accettazione*».

Il principio ivi espresso sembra, in effetti, inequivocabile: 'il silenzio e l'inerzia, da soli, non equivalgono ad una accettazione'.

Ma, in senso contrario, si è osservato⁶³ che proprio quest'articolo costituisce una sorta di precipitato normativo della dottrina del silenzio circostanziato, del quale peraltro dimostra il generale accoglimento nelle più diverse culture giuridiche. Infatti, negando che il silenzio o l'inerzia 'di per sé' equivalgono ad accettazione, si afferma, in realtà, che, ove ricorrono determinate circostanze, anche un comportamento meramente omissivo può valere come accettazione, sicché tutto si risolve nell'individuare quali siano queste circostanze.

Pertanto, per stabilire se un silenzio circostanziato sia idoneo a stipulare un contratto, occorre verificare innanzitutto se il silenzio o l'inerzia non costituiscano di per sé accettazione e, poi, individuare se le situazioni concrete possano fare assumere al silenzio stesso il significato di accettazione, occorrendo valutare, in particolare, se non sussista errore nel comportamento della parte ovvero se la sua violazione dell'obbligo di parola comporti la stipula di un contratto⁶⁴.

Ecco allora che il silenzio può avere una *valenza significativa*, che consente di potere utilizzare l'espressione, un vero e proprio ossimoro, 'parlare in silenzio'⁶⁵, e, quindi, che, in determinati contesti, «ci si trova di fronte a *linguaggi* i cui *significati* non si affidano alla forza e alla suggestiva immediatezza delle parole, ma a gesti, comportamenti ed anche a silenzi»⁶⁶, sicché può ben dirsi che «lo scambio senza parole può anche dar luogo ad un sorta di *diritto muto*»⁶⁷.

⁶³ F. Addis, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano 1999, 301 s. e nt. 104.

⁶⁴ Sul punto v. F. Rossi, *Silenzio e contratto. Silenzio dell'oblato e costituzione del rapporto contrattuale*, Torino 2001, *passim*. Ma v. pure, in precedenza, A. Sraffa, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Giurisprudenza Italiana* 4, 1893, 353 ss.; V. Simoncelli, *Il silenzio nel diritto civile*, in *RIL*. 30, 1897, 253 ss.; G. Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici*, Cagliari 1901, *passim*; R. Cognetti de Martiis, *La traslazione di volontà e il silenzio nella conclusione dei contratti*, Roma 1907, *passim*. E, più di recente, C. Marchetti, *Il silenzio nel contratto. Gli 'implied terms' nel diritto inglese*, Torino 2013, *passim*.

⁶⁵ Così Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 352.

⁶⁶ Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 354.

⁶⁷ Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 354.

Ma, a ben vedere⁶⁸, la verità è che, nella cultura giuridica civilistica, non soltanto il silenzio, ma anche le 'parole' hanno una loro intrinseca, anche se forse meno fascinosa, polisemica ambiguità. Basti pensare ai quei parametri sociali ai quali spesso rinviano le norme italiane: diligenza, buon costume, buona fede, correttezza. Parametri, tutti questi, che sono legati ad una realtà, quella socio-economica, complessa e, soprattutto, particolarmente soggetta a frequenti mutamenti, in relazione alle continue variazioni che si determinano nel contesto sociale e mercantile che esprime tali parametri. Pertanto, come è stato evidenziato dal Sacco⁶⁹, ogni mutamento del parametro determina, per contraccolpo, un mutamento e, quindi, una vicenda dei rapporti giuridici il cui contenuto è basato su quel parametro, con la conseguenza che, se cambia la misura della diligenza, muta in modo coordinato la misura dell'adempimento e dell'inadempimento dell'obbligazione, modificandosi dunque il contenuto dei rapporti obbligatori pendenti.

Alla luce di quanto ora detto, si comprende allora benissimo che, in ordine al silenzio e come era stato già intuito dalla giurisprudenza romana, ad essere chiamata a dovere svolgere un ruolo fondamentale sia l' 'interpretazione', la quale, in ultima analisi, è il 'momento' a tal punto qualificante del lavoro del giurista da potersi concludere che, come ci hanno insegnato i giuristi romani, anche oggi il diritto diviene tale, cioè regola, sentenza, ordinamento «mediante la parola ermeneutica»⁷⁰, la quale finisce così per bollare l'appena ricordato 'diritto muto' come una contraddizione in termini, dal momento che il fatto bruto del silenzio, di per sé, rimane tale ed è veramente 'muto' perché non riesce a dire nulla oltre sé stesso, se ad esso l'interpretazione non attribuisce un senso.

9. Nel diritto amministrativo italiano il silenzio della pubblica amministrazione⁷¹ presenta tuttora profili di interesse per la riflessione giuridica sia per la

⁶⁸ Ferri, *Il silenzio e le parole* cit. 356.

⁶⁹ *La Parte Generale del Diritto Civile*, 1, *Il Fatto, L'Atto, Il Negozio*, con la collaborazione di P. Cisiano, in R. Sacco (a c. di), *Trattato di Diritto Civile*, Torino 2005, 45 s.

⁷⁰ G. Benedetti, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul 'diritto muto'*, in *Europa e diritto privato* 1, 1999, 151.

⁷¹ Sul quale v., senza pretesa di esaustività, F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971, *passim*; A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova 1985, *passim*; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano 1996, *passim*; Ead., *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, Milano 2002, *passim*; N. Centofanti, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione e i procedimenti sostitutivi*, Padova 2002², *passim*; G. Falzea, *Alcuni comportamenti omissivi della pubblica amministrazione. Spunti ricostruttivi*, Milano 2004, *passim*; R. Giovagnoli, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n.*

rilevanza dei temi implicati e sia per la reiterata e continua ricerca legislativa di una disciplina sostanziale e processuale del silenzio atta a ‘semplificare’ l’attività delle amministrazioni pubbliche nel dichiarato interesse al rapido ed efficace esercizio della funzione amministrativa a vantaggio di cittadini. E, tuttavia, esso è un istituto enigmatico ed ambiguo perché, da un lato, si concretizza in una lesione di un interesse del privato cittadino non già per un atto amministrativo, ma per l’inerzia silenziosa del pubblico amministratore, e, dall’altro, provoca un’innaturale sproporzione determinata dall’asimmetria del rapporto pubblico/privato.

Infatti, il silenzio della pubblica amministrazione è una condotta anomala del soggetto pubblico che, pur essendo una mera inerzia, viene sostanzialmente configurata come una modalità dell’agire amministrativo, sicché, come bene è stato evidenziato⁷², di fronte a questo fenomeno giuridico si può assumere un atteggiamento, di volta in volta, pragmatico, che individua nelle costruzioni legislative e giurisprudenziali del silenzio la via per garantire nei modi migliori il privato nei confronti di un apparato che lo sovrasta anche e, forse, principalmente quando tace, oppure moralista, se ci si scandalizza dell’inerzia pervicace e persistente di chi è deputato ad operare per il bene dei singoli e della collettività e solo in questo trova la sua legittimazione giuridica e sociale, oppure ancora ironico laddove si assiste in maniera perplessa e sorpresa alla nascita di un castello concettuale che finisce per conferire consistenza positiva a quello che sembra essere inconsistente come il negativo.

80/2005, Milano 2005, *passim*; N. Centofanti, *Il silenzio nel procedimento e nel ricorso amministrativo*, Milano 2005, *passim*; E. Quadri, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Milano 2007, *passim*; E. Pulici, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Questioni processuali*, Milano 2007, *passim*; R. Giovagnoli, *Il silenzio e la nuova SCIA. Obbligo di provvedere, danno da ritardo e nuove forme di liberalizzazione e semplificazione*, Milano 2011, *passim*; N. Centofanti – P. Centofanti, *La nuova disciplina del silenzio della P.A.*, Santarcangelo di Romagna 2011, *passim*; C. Guacci, *La tutela avverso l’inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino 2012, *passim*; F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 6, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Roma 2015, *passim*; F. D’Alessandri – E. Scatola, *Il silenzio inadempimento. Profili sostanziali e processuali*, Milano 2016, *passim*; P. Otranto, *Silenzio e interesse pubblico nell’attività amministrativa*, Bari 2018, *passim*; S. Florian, *L’azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell’amministrazione*, Torino 2022, *passim*, cui *adde* gli articoli che compongono i volumi *Il silenzio della pubblica amministrazione. Tradizione e riforme. Atti del Seminario 23-24 aprile 1976 Teramo*, Teramo 1977, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali. Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione promosso dalla Amministrazione Provinciale di Como. Varenna - Villa Monastero 23-25 settembre 1982*, Milano 1985, e V. Parisio (a c. di), *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Milano 2006.

⁷² A. Cerri, *Presentazione*, in R. Rolli, *La ‘voce’ del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano 2012, 1.

Ma, in realtà, consistendo il silenzio in un fatto di per sé imperscrutabile, appare un vero e proprio artificio equipararlo ad un provvedimento amministrativo, come invece si sforzano di fare dottrina, giurisprudenza e legislazione, che, nel tentativo di salvare il cittadino dall'ignavia della pubblica amministrazione e di incrementare le garanzie nei confronti di un'inerzia dell'organo amministrativo competente, inevitabilmente dannosa per gli interessi dei cittadini non meno che per il buon andamento dell'amministrazione, gli attribuiscono un significato, di volta in volta qualificandolo come 'silenzio-rigetto', 'silenzio-diniego', 'silenzio-rifiuto', 'silenzio-assenso', 'silenzio-devolutivo' e 'silenzio-facoltativo' e 'silenzio-inadempimento', giungendo a rinvenire le origini storiche di quest'ultima tipologia di silenzio addirittura nel più sopra⁷³ esaminato D. 50.17.142 di Paolo⁷⁴.

In tutti questi casi, la pubblica amministrazione, per mezzo appunto del silenzio, potrà perciò continuare a dare vita a fattispecie produttive degli stessi effetti sostanziali di un provvedimento, ma che, a differenza di quest'ultimo impedimento, non rispettano i principii generali previsti dalla legge stessa, quali l'obbligo di provvedere⁷⁵, di motivare i provvedimenti e di fare partecipare il singolo al procedimento anche attraverso i principii della trasparenza e del diritto di accesso al procedimento amministrativo. Infatti, queste fattispecie di silenzio non sono frutto di un procedimento che garantisca il privato dell'avvenuta corretta, perché dialettica, individuazione del giusto equilibrio tra i vari interessi in conflitto, non sono motivate, ciò che renderebbe possibile un controllo immediato al singolo, e, infine, non permettono al privato di partecipare alla formazione del provvedimento stesso, condividendo con la pubblica amministrazione, almeno in parte, l'attività amministrativa e facendo valere, in tale sede, i propri interessi. Con la conseguenza che, attraverso il silenzio e grazie al silenzio, la pubblica amministrazione potrà continuare ad agire come finora ha sempre agito, cioè con la massima discrezionalità, cioè nei tradizionali termini di una sovranità che ridurrebbe i cittadini a meri amministrati⁷⁶, il che, nei casi più gravi, potrebbe anche indurre l'amministrazione a ricorrere al silenzio per

⁷³ Paragrafo sesto.

⁷⁴ Così, ad esempio, G.A. Tomelin, *Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro*, in *Revista de Direito Administrativo* 226, 2001, 283 e nt. 12.

⁷⁵ Sull'origine e sulla definizione del 'dovere di provvedere' della pubblica amministrazione, considerato 'potere-dovere' e 'presupposto' dell'inerzia dell'amministrazione, nonché sul 'quando' esista e su 'cosa' sia v. A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano 2005, *passim*, cui *adde*, più limitatamente ed in specifico riferimento ai principii dell'etica pubblica, Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 209 ss.

⁷⁶ Così T.G. Tasso, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Il paradosso del silenzio come forma di comunicazione tra privato e pubblico*, Napoli 2004, 260.

avvantaggiarli o svantaggiarli, a seconda che essi siano amici oppure nemici del titolare del potere.

A ciò si aggiunge poi che l'art. 19 della Legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, consentendo al cittadino la possibilità di iniziare un'attività di pubblica rilevanza senza che questa venga subordinata ad un intervento di tipo autorizzativo da parte della pubblica amministrazione, ma semplicemente a seguito di una denuncia fatta dall'interessato, configura un'altra forma di silenzio giuridicamente rilevante – a tal punto di problematica interpretazione e classificazione da essere definito un «ibrido paradossale»⁷⁷ paragonabile addirittura ad un «minotauro»⁷⁸ – che, per quanto legittimi il fenomeno dell'autoamministrazione in quanto consente al singolo di predisporre da sé il regolamento dei propri interessi, appare tuttavia suscettibile di distorcere fino ad impedire l'oggettivazione dell'attività amministrativa, che pur il legislatore si era prefisso di realizzare, facendo leva sul contraddittorio tra amministrazione procedente e cittadini coinvolti dalle decisioni che essa va ad assumere⁷⁹.

Ma, in realtà, tale silenzio, lungi dall'essere il riconoscimento dell'autonomia del singolo, si appalesa come una contraddizione interna del sistema amministrativo, basato sulla nozione di procedimento finalizzato all'emanazione di provvedimenti necessariamente espressi, sicché deve riconoscersi nel silenzio il frutto di una disfunzione della macchina amministrativa, non in grado di dare risposte certe al cittadino, alla quale il legislatore cerca di porre un rimedio normativo, con una qualificazione appunto legislativa del silenzio, altrimenti privo, per sua natura, di significato. E non è un caso, allora, che, in tutta Europa, lad-

⁷⁷ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 156.

⁷⁸ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 156.

⁷⁹ Il Franzese, *Il silenzio amministrativo: sovranità o sussidiarietà delle istituzioni? A proposito del libro di Torquato G. Tasso*, in *L'Ircocervo* 4.1, 2005, 2, osserva però che, spettando alle istituzioni il compito di valutarne la rispondenza alle effettive esigenze organizzative del consorzio civile, in caso negativo «l'amministrazione romperà il silenzio per disporre il divieto di prosecuzione dell'attività intrapresa dal singolo a seguito della denuncia dell'inizio della stessa, ovvero l'annullamento dell'atto di assenso illegittimamente formatosi nei confronti della richiesta dell'interessato, oltre all'applicazione della sanzione penale da parte dell'autorità giudiziaria qualora gli autoamministrati siano ricorsi a delle dichiarazioni mendaci». Pertanto, «il legislatore sembra configurare le istituzioni come sussidiarie nei confronti dell'operato autonomo dei soggetti, per cui l'azione degli organismi amministrativi si esplica solo se e quando l'autoregolamento individuale contrasti o sia insufficiente alla cura degli interessi gestionali dell'associazione societaria». Ma v. pure, ampiamente, Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 156 ss. e 162 ss, il quale mette in luce il fatto che la denuncia di inizio attività, in buona sostanza, trasforma l'attività di accertamento, di controllo e di assentimento di competenza della Pubblica Amministrazione da preventiva, cioè anteriore all'espletamento dell'attività medesima, in successiva, cioè posteriore all'inizio dell'attività (p. 159).

dove si è messo mano al procedimento amministrativo, si è anche vietato l'istituto del silenzio, prevedendosi gli strumenti necessari per la sua eliminazione in quanto evidente manifestazione di un limite e di una contraddizione sistematica.

Il che dimostra in maniera lampante «quanto sia difficile modificare lo *status quo* dell'amministrazione»⁸⁰, rivelandosi così l'istituto del silenzio della pubblica amministrazione – che non è mai stato il frutto di una libera scelta del legislatore volta a configurarlo come un istituto, degno di essere tale, che prevedesse e regolamentasse l'autonomia privata – come il «cavallo di Troia con cui il pubblico reagisce alla inaccettata rivoluzione»⁸¹ prefigurata dal tale legge, dando così una risposta positiva all'importante interrogativo – posto dal Rolli⁸² – se si possa, o meno, 'amministrare senza provvedimento'.

E, da qui, la sconsolata conclusione che, nel diritto amministrativo italiano, il silenzio, da fenomeno patologico – in quanto pura inerzia del soggetto pubblico espressione dello storico riconoscimento della macchina amministrativa della propria incapacità di dare sempre una risposta al cittadino che richiedesse il suo intervento e, quindi, delle disfunzioni della pubblica amministrazione – sia divenuto, paradossalmente, una forma fisiologica, cioè ordinaria, del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino e, dunque, della comunicazione del privato con il pubblico, continuando così a configurare l'agire amministrativo quale attività propria ed esclusiva dell'organo pubblico e non invece, superando questa idea tradizionale del *modus procedendi* della pubblica amministrazione, come il risultato del confronto tra la posizione dell'amministrazione agente e quella dei cittadini coinvolti dall'esercizio del potere.

In tal modo, insomma, il silenzio impedisce il delinearsi e l'affermarsi di un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, improntato alla parità delle parti, nel senso che entrambi sono posti, dal legislatore del procedimento, sullo stesso piano nello svolgimento dell'attività amministrativa, sicché il cittadino, lungi dall'apparire come il mero destinatario dell'agire unilaterale, autoritativo ed esecutivo del soggetto pubblico, dovrebbe essere considerato 'soggetto coamministrante', potendo così contribuire alla soluzione dei problemi gestionali della comunità di appartenenza allorquando la questione trattata incida direttamente sulla sua sfera giuridica.

Ed è proprio alla luce di questi rilievi che affiora e prende corpo il convincimento secondo il quale non è sostituendo con il silenzio la 'voce' di chi deve curare l'interesse pubblico che può realizzarsi l'obiettivo di un'amministrazione

⁸⁰ Tasso, *Il silenzio* cit. 15.

⁸¹ Tasso, *Il silenzio* cit. 208.

⁸² La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi cit. 256.

pronta ad assolvere alla sua funzione istituzionale, a garanzia del buon andamento nell'attività di tutti gli uffici che la strutturano (art. 97, comma 2 Cost.) nell'interesse della comunità.

10. Da quanto detto nei paragrafi che precedono emerge allora un interrogativo, che consiste nel chiedersi, innanzitutto, se le diversità presenti nell'esperienza giuridica romana e, in particolare, nel diritto italiano devono essere riconosciute come aporie o, al contrario, come razionale attribuzione di una differente valenza del fatto-silenzio all'interno dei vari istituti giuridici. E, in stretta correlazione a ciò, si pone il quesito se le diverse interpretazioni del silenzio di cui si è detto siano indice di un'assenza di coordinamento tra le diverse branche del nostro sistema giuridico – alle quali può aggiungersi anche il diritto penale, al cui interno è riconosciuta ad una serie di soggetti (indagati, imputati, loro familiari, difensori che si appellino al segreto professionale, etc.) la facoltà di non rispondere alle domande dei magistrati o delle altre parti interessate – o, invece, siano generate da un'adeguata differenziazione delle regole interpretative che tengono in debito conto le specificità degli istituti, dei rapporti e degli interessi in campo⁸³.

La risposta a queste due domande non è affatto semplice e, tuttavia, quel che sembrerebbe potersi dire⁸⁴ è che, stante l'incontestabile fatto che le diverse tipologie di silenzio prima ricordate presentino un elemento comune rappresentato dal comportamento inerte, sia il legislatore a distinguere, nelle diverse ipotesi previste, le tipologie di silenzio, attribuendo effetti differenti a seconda dei casi, sicché è «attraverso il silenzio che l'ordinamento, nella attuale fase di crisi e di evoluzione, trova e aggiunge formule attraverso le quali comporsi a sistema; un sistema, appunto, composito, i cui equilibri appaiono sempre più delicati»⁸⁵.

Tuttavia, occorre ribadire⁸⁶ quanto si è già avuto modo di dire in precedenza⁸⁷, cioè che, stante la 'policontestualità' del silenzio, risulta comunque necessario che agisca l'interprete, il quale deduca il senso del silenzio mediante appropriati strumenti di decodificazione e, inoltre, insieme alla legge, riconosca nel *tacens* una responsabilità.

E, invero, spesso si discorre di «'diritto' a tacere, trascurando che lo stesso, può essere considerato soltanto come bilanciamento ad un dovere: sussiste il diritto a tacere, nel caso in cui il soggetto che interroga abbia il dovere di non

⁸³ Sul punto v. Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 5.

⁸⁴ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 6.

⁸⁵ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 22 s.

⁸⁶ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 251 ss.

⁸⁷ Paragrafo ottavo, in fine.

interrogare. La situazione cambia, invece, ove la domanda oppure l'attesa, idonea in termini giuridici, rappresenti un 'diritto'. In tal caso, la risposta che si pretende, diventa un 'dovere'; ed allora la responsabilità di tale silenzio emerge in relazione a esso, e la sanzione che ne consegue si estrinseca attraverso l'interpretazione del silenzio, determinata dalla razionalità della logica sociale»⁸⁸.

Francesco Arcaria
Università di Catania
farcaria@lex.unict.it

⁸⁸ Rolli, *La 'voce' del diritto attraverso i suoi silenzi* cit. 254.

