

SCUOLA DOTTORALE

DIRITTO EUROPEO, STORIA E SISTEMI GIURIDICI DELL'EUROPA

(confluita nella Scuola "Tullio Ascarelli")

SEZIONE DIRITTO EUROPEO SU BASE STORICO COMPARATIVISTICA

XXV CICLO

TUTOR: Chiar.mo Prof. Paolo Maria Vecchi

Dottorando: Cavallari Chiara

ABSTRACT

“Il silenzio nella fase antecedente la conclusione del contratto: valore e conseguenze giuridiche”

L'attività di ricerca si propone di esaminare il valore giuridico del silenzio serbato dalle parti nell'ambito dell'esercizio dell'autonomia privata, circoscrivendo l'analisi alla materia contrattuale.

L'indagine è circoscritta alla fase precontrattuale, prendendo in considerazione tre momenti in cui il silenzio della parte può manifestarsi: le trattative, il procedimento di formazione del contratto, la conclusione dello stesso.

L'attività di ricerca mira ad individuare ed analizzare le varie realtà comprese nel fenomeno giuridico, ripercorrendone l'evoluzione storica.

Il tentativo è di inquadrare in modo compiuto il fenomeno del silenzio ove manifestato in fase precontrattuale, combinando nell'analisi aspetti solitamente esaminati dalla

dottrina in contesti separati: il silenzio pone, infatti, un conglomerato di problemi, non riducibili ad un'unica questione giuridica né tantomeno suscettibili di un inquadramento unitario.

L'indagine si propone di qualificare il silenzio nei singoli momenti della fase diretta alla conclusione del contratto, individuando le conseguenze suscettibili di derivazione nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti (l'autore del contegno silenzioso ed il destinatario del silenzio), apprezzando l'interesse di volta in volta ritenuto meritevole di protezione.

La tesi è articolata in tre capitoli.

Il punto di partenza è rappresentato dall'illustrazione della nozione di silenzio inteso come fatto naturalistico, ossia come fenomeno dell'esperienza: il silenzio indica il comportamento del soggetto che tace, omettendo di parlare; identifica, pertanto, non una generica ipotesi di inattività bensì una forma di inazione avente contenuto specifico, in cui il *non facere* si sostanzia nell'omissione verbale (o, più in generale, sonora); in tale prospettiva, può definirsi come fatto negativo.

La connotazione negativa non si estende, tuttavia, al piano semantico: il silenzio può assumere una pluralità di significati, riconducibili essenzialmente a quattro ipotesi. In particolare, l'inazione verbale può rappresentare: *a*) una mancata risposta; *b*) un'omessa reazione a fronte di un'ingerenza altrui; *c*) un'omessa comunicazione; *d*) un disinteresse.

L'esame del profilo semantico segna il punto di partenza dell'analisi giuridica: i molteplici significati del silenzio nell'esperienza comune possono infatti essere valutati in seno all'ordinamento giuridico, per verificare se il silenzio sia idoneo a produrre conseguenze giuridiche.

La valutazione del silenzio pone quindi in primo luogo un problema di qualificazione.

Il fenomeno del silenzio si mostra suscettibile di apprezzamento sotto svariati profili in seno al diritto civile.

Nella sua accezione di mancata risposta, il silenzio può essere valutato nell'ambito delle manifestazioni di volontà negoziale.

Nel suo significato di mancata reazione all'ingerenza altrui, il silenzio serbato dal soggetto che subisce l'ingerenza nella propria sfera giuridica può esprimere un contegno

di tolleranza o, viceversa, di acquiescenza, da intendersi come mancata reazione a fronte della violazione di un proprio diritto.

Nella sua accezione di omessa comunicazione, il silenzio può invece assumere rilevanza nell'ambito delle trattative (oltre che nell'esecuzione del rapporto negoziale nell'ambito dei contratti di durata): può assumere forma di reticenza, intesa come volontà di tacere circostanze ignorate dalla controparte, che quest'ultima avrebbe interesse a conoscere, integrando la violazione di un obbligo informativo, suscettibile di determinare la responsabilità dell'autore del silenzio, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. Il contegno reticente può altresì assumere rilevanza come fattore idoneo ad inficiare la volontà della controparte di addivenire alla stipula del contratto: occorre verificare, in particolare, se il silenzio possa integrare il dolo in forma omissiva, ove si ritenga in astratto configurabile, e per l'effetto determinare l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c.

Nella sua accezione di disinteresse il silenzio può assumere rilievo non soltanto nei rapporti tra le parti di una relazione (precontrattuale, contrattuale o più in generale obbligatoria): può venire in considerazione anche nei confronti dei consociati (*erga omnes*), quale fattore concorrente alla perdita di un diritto o di una facoltà spettante al soggetto. Il contegno silenzioso può infatti manifestare una forma specifica di inerzia del titolare del diritto o della facoltà, ove si manifesti in concorso con l'elemento temporale: il silenzio protratto per un periodo di tempo predeterminato può comportare la maturazione della prescrizione o della decadenza ai sensi degli artt. 2934 ss. c.c.

Il primo capitolo è quindi dedicato all'inquadramento del silenzio come fenomeno giuridico (muovendo dall'esame del fatto come dato della realtà materiale e, successivamente, dall'analisi del suo valore sotto il profilo semantico); prosegue con la ricostruzione del dibattito interpretativo sulla valenza giuridica del fenomeno, ripercorso nella sua genesi ed evoluzione storica; termina con la delimitazione dell'ambito di indagine, oggetto dell'attività di ricerca.

Il secondo capitolo è dedicato al silenzio manifestato nella fase di formazione del contratto, quale fatto idoneo a determinare il perfezionamento dell'accordo ed integrare la conclusione del contratto: il contegno silenzioso è serbato in un momento successivo

alla formulazione della proposta negoziale; è riconducibile alla persona dell'oblato o, in caso di accettazione non conforme alla proposta, al proponente originario; viene quindi a configurarsi come "mancata risposta" a fronte di un'iniziativa altrui.

L'efficacia giuridica del silenzio viene a sostanzarsi nella realizzazione degli effetti fissati nel programma negoziale (formulato dal proponente): il contegno inerte può determinare l'assunzione di diritti ed obblighi, con effetti vincolanti anche nei confronti del suo autore, ove sia accertata l'attitudine del silenzio a determinare il perfezionamento della fattispecie contrattuale.

L'analisi mira ad individuare le ipotesi di silenzio suscettibili di integrare manifestazione della volontà di accettare la proposta negoziale: il silenzio con valore legalmente determinato (tra cui l'ipotesi prevista dall'art. 1333 c.c.); il silenzio con significato certo attribuito dalle parti in virtù di apposita convenzione; il silenzio cd. circostanziato, quale figura elaborata in via giurisprudenziale, in cui il contegno inerte perde l'ambiguità normalmente ad esso connaturata, alla luce del complesso di circostanze che accompagnano il silenzio (ricorrenza di una consuetudine o di una pratica invalsa tra le parti, esistenza di situazioni fattuali di carattere oggettivo o soggettivo, sussistenza del dovere o onere di parlare).

L'analisi termina con la qualificazione giuridica delle ipotesi di silenzio con significato certo, concentrando l'attenzione sulla figura del silenzio circostanziato, distinguendola altresì dall'ipotesi della cd. esecuzione senza una preventiva risposta dell'accettante *ex art.* 1327 c.c.

Il terzo capitolo è dedicato all'esame del silenzio come omessa comunicazione di circostanze che la controparte avrebbe interesse a conoscere, manifestato nella fase delle trattative ovvero nel corso del procedimento di formazione del negozio: la problematica giuridica, in questo caso, consiste nella definizione dei rimedi invocabili dalla parte lesa per effetto del silenzio altrui.

L'efficacia giuridica del silenzio è quindi connessa al profilo della tutela invocabile dal destinatario del contegno silenzioso.

L'analisi muove dalla definizione delle ipotesi prospettabili, a seconda della connotazione soggettiva del contegno inerte.

Il silenzio può indicare l'intenzione di tacere circostanze ignorate dalla controparte, che questa avrebbe interesse a conoscere: l'omissione verbale viene, quindi, ad integrare un'ipotesi di reticenza, connotata da un atteggiamento volontario del soggetto che omette di parlare. Il contegno inerte si sostanzia in un silenzio intenzionale: la volontà di tacere presuppone la conoscenza della circostanza oggetto della mancata comunicazione.

La reticenza può, a sua volta, inserirsi in una fattispecie complessa, venendo ad integrare un vizio del consenso manifestato dalla controparte, che versa in uno stato di ignoranza per effetto della mancata comunicazione delle circostanze inerenti al contratto: il silenzio intenzionale, ove connotato da un'attitudine ingannatoria, può determinare nella controparte una falsa rappresentazione della realtà, venendo ad incidere sul processo di formazione della decisione negoziale. Il silenzio intenzionale può quindi concorrere al radicamento di una fattispecie di dolo, configurata in forma omissiva.

Il silenzio può altresì indicare l'omessa comunicazione di circostanze per difetto di conoscenza da parte del soggetto silente: questa ipotesi fuoriesce dall'ambito della reticenza, difettando la connotazione intenzionale della condotta di omissione verbale. Il silenzio assume carattere colposo ove la mancata conoscenza da parte del silente sia imputabile a sua negligenza: l'omessa comunicazione riguarda situazioni che la parte avrebbe dovuto conoscere, ed invece ha colpevolmente ignorato.

Il contegno inerte assume, invece, la fisionomia di silenzio semplice, qualora la mancata comunicazione derivi dal difetto di conoscenza non imputabile al soggetto silente.

Alle distinte forme di silenzio prospettabili nella fase precontrattuale corrisponde una diversa rilevanza del comportamento omissivo sul piano giuridico, che investe la natura del rimedio invocabile dalla controparte, pregiudicata per effetto dell'inerzia altrui.

Il silenzio può determinare la responsabilità del suo autore, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., e legittimare la controparte ad esperire il rimedio dell'annullamento del contratto per dolo omissivo, ai sensi dell'art. 1439 c.c.; qualora la circostanza taciuta consista nell'esistenza di vizi del bene, consente all'acquirente di invocare la garanzia

prevista agli artt. 1494 ss. c.c. Nel sistema di protezione del contraente debole si assiste altresì ad un tentativo (rigettato dalla giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione) di ricostruire la rilevanza giuridica della reticenza in chiave autonoma, valorizzando la portata degli obblighi informativi previsti dalla legge a carico del contraente forte: si prospetta la sua configurazione come causa di nullità virtuale del contratto, in particolare, nella materia dei servizi finanziari; la giurisprudenza, tuttavia, conferma la soluzione volta a circoscrivere al piano della responsabilità le ricadute del contegno reticente (salva l'ipotesi in cui risulti integrata la fattispecie del dolo, con conseguente annullabilità del contratto).

INDICE

Capitolo I

IL SILENZIO COME FENOMENO GIURIDICO: INQUADRAMENTO DOGMATICO ED EVOLUZIONE DEL DIBATTITO INTERPRETATIVO

1. Il silenzio come fatto naturalistico: nozione, significati
2. Il silenzio come fenomeno giuridico: quadro ricostruttivo, interessi coinvolti
3. Le singole accezioni
 - 3.1. *Manifestazione di volontà*
 - 3.2. *Violazione di un obbligo informativo*
 - 3.3. *Tolleranza e acquiescenza*
4. L'approccio dogmatico nell'evoluzione storica del dibattito interpretativo
5. Delimitazione dell'ambito di indagine

Capitolo II

IL SILENZIO COME MANIFESTAZIONE DI VOLONTÀ E MOMENTO DI CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

1. Il silenzio come fatto idoneo a determinare la conclusione del contratto: i termini della questione. Ipotesi astrattamente in rilievo
2. Il silenzio con significato certo
 - 2.1. *Il silenzio con valore legalmente determinato. La fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c.: il silenzio come mancato rifiuto*
 - 2.2. *Il silenzio con significato definito in virtù di espressa convenzione tra le parti*
3. L'elaborazione della figura del "silenzio circostanziato"
 - 3.1. *Delimitazione della fattispecie: nozione e ambito operativo*
 - 3.2. *Presupposti: concomitanze fattuali; onere o dovere di parlare*
 - 3.3. *Natura giuridica della fattispecie e distinzione dalla figura della cd. "esecuzione senza una preventiva risposta dell'accettante"*

Capitolo III

IL SILENZIO COME OMESSA COMUNICAZIONE DI CIRCOSTANZE NELLA FASE DIRETTA ALLA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO: QUALIFICAZIONE E CONSEGUENZE GIURIDICHE

1. Il silenzio come omessa comunicazione di circostanze: ipotesi in rilievo e prospettive di inquadramento.

- 1.1. *La portata del silenzio nella fase antecedente la conclusione del contratto. Definizione della problematica giuridica: gli strumenti di tutela della parte che subisce il silenzio altrui*
- 1.2. *La connotazione soggettiva del silenzio: ipotesi in rilievo*
2. Il silenzio come volontà di tacere circostanze sconosciute alla controparte
 - 2.1. *La reticenza: nozione e base normativa*
 - 2.2. *Qualificazione giuridica: violazione degli obblighi informativi*

Capitolo I

IL SILENZIO COME FENOMENO GIURIDICO: INQUADRAMENTO DOGMATICO ED EVOLUZIONE DEL DIBATTITO INTERPRETATIVO

6. Il silenzio come fatto naturalistico: nozione, significati

Il silenzio come fenomeno naturale è un comportamento di tipo omissivo definibile in negativo, alla luce del contegno positivo inverso, ad esso contrapposto.

In particolare, il silenzio indica il comportamento del soggetto che tace, ossia omette di parlare¹. Identifica, pertanto, non una generica ipotesi di inattività bensì una forma di inazione avente contenuto specifico, in cui il *non facere* si sostanzia nell'omissione verbale (o, più in generale, sonora).

In tale prospettiva il silenzio può definirsi come fatto “negativo”: il suo contenuto è infatti individuato mediante la contrapposizione all'inverso comportamento positivo, consistente nel parlare².

Il silenzio individua quindi il contegno del soggetto che si astiene dal pronunciare parole o, più in generale, dall'emettere suoni: il carattere negativo si riferisce, pertanto, all'oggetto del contegno³.

¹ Una parte della dottrina distingue i concetti di “tacere” e “non parlare”, assegnando al contegno di chi tace una connotazione specifica rispetto al comportamento consistente nel non-parlare: il “tacere”, in particolare, “presuppone una domanda o quantomeno un’attesa”; implica altresì “la volontà d’inerzia”, quale dato valorizzato per giustificare l’ascrizione di responsabilità in capo al soggetto silente (ed il conseguente riconoscimento dell’attitudine del silenzio alla produzione di conseguenze giuridiche). Tale orientamento è riportato da BISCARDI A. *Prefazione* in GORETTI M.S. *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982.

² Al riguardo, cfr. BONFANTE P. *Il silenzio nella conclusione dei contratti* in *Scritti giuridici vari*, Torino, 1926, III, 176: l’Autore, nell’evidenziare il carattere negativo del silenzio, osserva che questo «è chiaro dal non poterne assolutamente definire il contenuto, se non ricorrendo al concetto positivo di cui essa è la negazione». In senso analogo, cfr. PACCHIONI G. *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, 29. L’Autore, in particolare, si sofferma sul carattere negativo del silenzio, dal punto di vista materiale, per contrapporgli il connotato positivo che viceversa può assumere lo stesso sul piano giuridico: dal punto di vista puramente fisico, certo è che chi tace non parla: cioè non fa nulla. Ma dal punto di vista giuridico, la cosa può essere giudicata altrimenti: poiché il silenzio in date circostanze che lo qualificano potrebbe anche essere definito come un atto positivo».

Tale definizione descrive il silenzio inteso come dato della realtà esteriore: l'inazione verbale corrisponde, infatti, all'accezione naturalistica del termine, evocante il silenzio come fenomeno dell'esperienza⁴.

La nozione considerata non investe, viceversa, il piano semantico, concernente il significato che può assumere l'inazione verbale riferibile al soggetto⁵.

Il silenzio può, infatti, rappresentare vari atteggiamenti della persona che omette di parlare, assumendo valori diversi.

La connotazione negativa del fenomeno, infatti, si riferisce al piano materiale, risolvendosi il silenzio in un non-atto, ed assume una valenza meramente descrittiva: vale ad illustrare il fenomeno come dato della realtà esterna; non denota, viceversa, un'assenza di significato, riferibile al valore che l'inazione verbale può assumere nei singoli casi.

In tale prospettiva si evidenzia l'esigenza di distinguere due piani, che sovente tendono a confondersi nelle trattazioni in ambito dottrinale: la forma dell'atteggiamento silente, effettivamente connotata in termini negativi (consistendo in un "non-fare"); il suo contenuto, viceversa riferito al valore significante che l'atteggiamento silente può assumere⁶. La distinzione evocata vale ad escludere che il connotato negativo della forma debba necessariamente trasmettersi al contenuto del comportamento in oggetto.

La semantica del termine "silenzio" si articola in una pluralità di significati, riconducibili essenzialmente a quattro ipotesi.

In particolare, l'inazione verbale può rappresentare: *a*) una mancata risposta; *b*) un'omessa reazione a fronte di un'ingerenza altrui; *c*) un'omessa comunicazione; *d*) un disinteresse.

³ In tal senso, cfr. GORETTI M.S. *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982, 19: l'Autrice evidenzia il carattere negativo dell'oggetto (non-fare) per contrapporlo al carattere positivo del fatto (identificato nella volontà di tacere riconducibile al soggetto silente).

⁴ Al riguardo, cfr. SOLIDORO MARUOTTI L. *Gli obblighi di informazione a carico del venditore: origini storiche ed attuali*, Napoli, 2007, 10: l'Autore osserva che «il fenomeno del 'tacere' (non dire, non contraddire, non fare), prima ancora di appartenere alla sfera giuridica, è un fatto dell'esperienza comune».

⁵ In ordine al valore semantico del silenzio, cfr. LA TORRE A. *Silenzio (diritto privato)* in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XIII, 543 ss.

⁶ In merito all'esigenza di distinguere tra forma e contenuto in riferimento al silenzio, cfr. GORETTI M.S. *op. cit.*, 15.

La mancata risposta e l'omessa reazione si riferiscono al silenzio serbato dal soggetto a fronte di un'iniziativa altrui (domanda o ingerenza materiale): l'atteggiamento silente rappresenta una mancata presa di posizione del soggetto destinatario della domanda o del fatto materiale di ingerenza.

Viceversa, l'omessa comunicazione non implica necessariamente una domanda altrui: postula comunque una relazione tra due persone, nel cui ambito il silenzio serbato da uno dei soggetti si sostanzia nella mancata menzione di fatti storici (accadimenti) o critici (valutazioni), o più in generale nell'omessa comunicazione di circostanze che la controparte avrebbe interesse a conoscere. Il contegno silente si traduce, pertanto, in un'astensione dall'atto di informare la parte con cui si è entrati in contatto⁷.

Diversamente, il silenzio come espressione di disinteresse non presuppone necessariamente una relazione tra soggetti: denota la carenza di interesse del titolare all'esercizio di situazioni di vantaggio a questi spettanti⁸.

7. Il silenzio come fenomeno giuridico: quadro ricostruttivo, interessi coinvolti

L'esame del profilo semantico segna il punto di partenza dell'analisi giuridica⁹.

⁷ La centralità dell'elemento relazionale nell'ambito della fenomenologia del silenzio è evidenziato in GORETTI M.S. *Il problema giuridico del silenzio*, cit., 16: «... il silenzio ha un significato, e cioè esiste come silenzio quando si pone in un contesto di relazione, quando diviene il fatto di una persona con la quale si può stabilire un certo rapporto. Vi è quindi una persona che tace e un'altra nei riguardi della quale tale silenzio ha un significato, cioè *verso* la quale o *contro* la quale il silenzio funziona da 'risposta'. La relazione sociale rappresenta, quindi, un elemento idoneo ad attribuire significato al silenzio serbato da una delle parti: l'aspetto è valorizzato dall'Autrice nell'ambito dell'indagine in merito alla ricostruzione del silenzio come manifestazione di volontà negoziale. In tale contesto, infatti, si sostiene che «... tanto più vago e imprecisato è l'ambito relazionale, tanto più difficile diviene l'interpretazione, riducendosi nei casi limite alla vanificazione (chi tace non dice nulla); e di riflesso, quanto più l'ambito relazionale è delimitato, tanto più sicura diviene l'interpretazione» (p. 18).

⁸ Il concetto di inerzia è sovente contrapposto a quello di tolleranza, per segnalare il carattere passivo in senso assoluto, consistendo nel completo disinteresse del titolare del diritto all'esercizio della situazione di vantaggio ad esso spettante: in tal senso, cfr. BISEGNA U. *Tolleranza (Atti di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 403.

⁹ L'esigenza di valutare il fenomeno sul piano dell'esperienza comune, ancor prima che su quello giuridico, emerge in GORETTI M.S. *op. cit.*, 27 ss.: l'Autrice evidenzia i modi opposti in cui la coscienza sociale interpreta il silenzio, riportando i detti diffusi in materia («chi tace non dice nulla»; «chi tace acconsente»). La prima espressione denota la valutazione del silenzio come fatto incolore, non significativo; viceversa, la

I molteplici significati del silenzio nell'esperienza comune possono infatti essere valutati in seno all'ordinamento giuridico, per verificare se il silenzio sia idoneo a produrre conseguenze giuridiche.

La valutazione del silenzio pone quindi in primo luogo un problema di qualificazione giuridica.

Il fenomeno del silenzio si mostra suscettibile di apprezzamento sotto svariati profili in seno al diritto civile¹⁰.

Nella sua accezione di mancata risposta, il silenzio può essere valutato nell'ambito delle manifestazioni di volontà negoziale: rimanda essenzialmente a due ipotesi.

In primo luogo, il silenzio può presentarsi nella fase di conclusione del contratto: in tale caso, si pone la questione se il contegno inerte del soggetto possa valere come accettazione della proposta negoziale formulata dalla controparte, idonea ad integrare l'accordo quale momento di perfezionamento del contratto (artt. 1326, 1333 c.c.).

In secondo luogo, il silenzio può manifestarsi nella fase di esecuzione del rapporto negoziale, a fronte di una proposta di modifica del regolamento contrattuale formulata dalla controparte: occorre valutare se il silenzio serbato dal destinatario della proposta possa valere come accettazione della modifica negoziale.

Nel suo significato di mancata reazione all'ingerenza altrui, il silenzio serbato dal soggetto che subisce l'ingerenza nella propria sfera giuridica può esprimere un contegno di tolleranza o, viceversa, di acquiescenza, da intendersi come mancata reazione a fronte della violazione di un proprio diritto.

seconda locuzione postula un giudizio di tipo positivo, in cui l'omissione verbale si configura come espressione di consenso. Si evidenzia, in particolare, l'utilità di un'analisi dei significati assunti dal fenomeno nell'esperienza sociale in considerazione dell'incidenza sui termini del dibattito sul valore giuridico del silenzio: «questa indagine sulla normativa del silenzio nell'esperienza sociale non avrebbe uno scopo teoretico utile, se le posizioni ora individuate non si riflettessero, poi, puntualmente, nel campo del diritto e dell'etica, anche se arricchite, ovviamente, della specifica problematica etico-giuridica».

¹⁰ Per un'efficace ricostruzione delle molteplici prospettive in cui il silenzio può assumere rilevanza in ambito civile, cfr. ROLLI R. *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà* in *Contratto e impresa*, 2000, 1, 207 s.: «il silenzio può costituire la fonte della responsabilità precontrattuale, laddove integri violazione del dovere di informazione gravante sui contraenti (artt. 1337 e 1338 c.c.), può dar luogo alla reticenza propria del dolo omissivo (art. 1439 c.c.), legittimando la domanda di annullamento del contratto; accompagnato da inerzia prolungata nel tempo, comporta la prescrizione o la decadenza un diritto (artt. 2934 e 2964). Può ... valere come tacita manifestazione di volontà».

Il tema è affrontato in primo luogo nell'ambito dei diritti reali, in cui l'istituto della tolleranza è espressamente previsto in seno alla disciplina del possesso (art. 1144 c.c.): il contegno inerte preso in considerazione è rappresentato dal comportamento omissivo tenuto dal titolare del diritto reale sul bene, a fronte dell'intromissione di un terzo nel suo rapporto (immediato e diretto) con il bene stesso.

La questione è altresì affrontata in tema di rapporti obbligatori, qualora l'omessa reazione sia manifestata dal creditore a fronte di un mancato o inesatto adempimento.

In tale contesto, la mancata opposizione dell'avente diritto è valutata per stabilirne l'attitudine alla produzione di conseguenze giuridiche nelle sfere soggettive delle parti del rapporto obbligatorio.

Le tesi prospettate in via interpretativa sono plurime ed esprimono posizioni variegate.

Il silenzio del creditore è apprezzato per verificarne la configurabilità come assenso alla modifica del termine di adempimento o del contenuto della prestazione dedotta in obbligazione, ovvero come contegno diretto ad escludere il carattere di non scarsa importanza dell'inadempimento ai fini della risoluzione del contratto o addirittura come fattore escludente l'esistenza stessa dell'inadempimento (o meglio, del suo carattere illecito ai fini dell'addebito di responsabilità *ex art. 1218 c.c.*).

La qualificazione giuridica del silenzio del creditore a fronte del mancato o inesatto adempimento evoca altresì la distinzione tra il concetto di tolleranza e la nozione di acquiescenza, viceversa mutuata dal diritto processuale: l'acquiescenza esprime, infatti, l'adesione volontaristica all'iniziativa altrui, configurabile in termini di assenso; diversamente, la tolleranza non esprime alcuna volontà di accettazione.

Il silenzio di per sé non vale, tuttavia, ad esprimere un atteggiamento di tolleranza o di acquiescenza: deve, infatti, essere accompagnato necessariamente dalla conoscenza del fatto integrante l'ingerenza altrui (la cd. *scientia*).

Nella sua accezione di omessa comunicazione, il silenzio può invece assumere rilevanza nell'ambito delle trattative.

Due sono, in particolare, le prospettive in cui il silenzio può essere apprezzato.

Qualora sussista un obbligo di informazione nella fase precontrattuale, il contegno inerte della parte esprime l'omessa comunicazione di circostanze che la controparte avrebbe interesse a conoscere: l'interesse alla conoscenza nasce dalla rilevanza delle circostanze per la parte ai fini della determinazione alla conclusione del contratto o della definizione del contenuto del programma negoziale.

In tale prospettiva, il silenzio risulta un comportamento idoneo ad integrare la violazione di un obbligo informativo, che realizza la lesione dell'interesse della controparte alla libera autodeterminazione negoziale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.

Il silenzio viene a configurarsi come reticenza, che esprime la volontà del soggetto di tacere circostanze note, non conosciute dalla controparte, cui è equiparata, in determinati casi, l'ipotesi del silenzio determinato dall'ignoranza colpevole, da parte del soggetto silente, delle circostanze che dovrebbero essere oggetto di comunicazione.

Il contegno reticente può altresì assumere rilevanza come fattore idoneo ad inficiare la volontà della controparte di addivenire alla stipula del contratto: occorre verificare, in particolare, se il silenzio possa integrare il dolo in forma omissiva, ove si ritenga in astratto configurabile, e per l'effetto determinare l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c.

L'omessa informazione assume una rilevanza specifica ove il fatto taciuto sia rappresentato da un vizio occulto del bene nell'ambito di un contratto di compravendita, oppure dall'altruità del bene o dall'esistenza di un diritto o onere sul bene inteso a comprimerne la proprietà.

In tale ambito, il silenzio dell'alienante viene a configurarsi come presupposto di operatività della garanzia prevista a tutela della parte acquirente ai sensi degli artt. 1490-1495 c.c.

In tale contesto la rilevanza giuridica dell'inazione verbale prescinde dalla connotazione soggettiva del contegno inerte: comprende anche il silenzio incolpevole, che si ravvisa qualora l'omessa comunicazione alla controparte della circostanza rilevante (nella specie, il vizio del bene compravenduto) risulti determinata dall'ignoranza del soggetto silente, non imputabile a sua negligenza.

La reticenza non produce effetti giuridici soltanto nella fase delle trattative; acquista infatti rilevanza anche nella fase di esecuzione del contratto.

L'informazione può infatti costituire oggetto di obbligazione, di carattere principale o accessorio, riveniente la sua fonte nel contratto o direttamente nella legge (a titolo esemplificativo, si richiama la disciplina in materia di servizi finanziari).

In tale contesto, il silenzio inteso come omessa comunicazione di dati o notizie integra un inadempimento, con conseguente responsabilità (a titolo contrattuale) del soggetto silente ai sensi dell'art. 1218 c.c. ed eventuale risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c.

Da ultimo, nella sua accezione di disinteresse il silenzio può assumere rilievo non soltanto nei rapporti tra le parti di una relazione (precontrattuale, contrattuale o più in generale obbligatoria): può venire in considerazione anche nei confronti dei consociati (*erga omnes*), quale fattore concorrente alla perdita di un diritto o di una facoltà spettante al soggetto.

Il contegno silenzioso può infatti manifestare una forma specifica di inerzia del titolare del diritto o della facoltà, ove si manifesti in concorso con l'elemento temporale: il silenzio protratto per un periodo di tempo predeterminato può comportare la maturazione della prescrizione o della decadenza ai sensi degli artt. 2934 ss. c.c. L'efficacia del contegno omissivo si traduce, quindi, nell'estinzione del diritto o nella perdita della facoltà spettante al soggetto inerte¹¹.

Tale conclusione esige tuttavia una precisazione: il silenzio non coincide con la nozione di inerzia che presenta un contenuto più ampio, corrispondente all'inazione in generale¹².

L'effetto estintivo deriva in generale dal mancato esercizio del diritto (art. 2934 c.c.) o dal mancato compimento dell'atto prescritto dalla legge o dal contratto (art. 2966 c.c.)¹³. Il

¹¹ In ordine alla riconducibilità del silenzio, inteso come condotta di non fare, alle figure della prescrizione e della decadenza, cfr. CASTIGLIA G. *Silenzio (dir. priv.)* in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 1.

¹² I due concetti risultano, invece, sovrapposti (o meglio, racchiusi in un'unica nozione, quella del silenzio) da parte di autorevole dottrina: al riguardo, cfr. VIVANTE C. *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1926, 31; l'Autore accoglie, infatti, un'accezione ampia di silenzio, inteso come «silenzio nelle parole e nei fatti», che quindi ricomprende non solo l'omissione verbale ma anche l'inazione.

silenzio serbato dal titolare pertanto non rileva qualora questi abbia compiuto un atto materiale di esercizio del diritto.

Viceversa, l'efficacia preclusiva è riferibile esclusivamente al contegno silenzioso ove il comportamento imposto dalla legge al soggetto per la realizzazione di un suo interesse consista in un onere di reazione, al cui inadempimento è ricollegata una statuizione di decadenza dell'interessato: il silenzio, configurandosi come mancata contestazione entro un termine predefinito, preclude al soggetto di manifestare in via successiva la sua opposizione¹⁴. La fattispecie di silenzio in considerazione assume, quindi, la fisionomia dell'omessa dichiarazione entro un termine avente natura decadenziale. L'effetto preclusivo discendente dal silenzio serbato dal soggetto, ricollegandosi dall'inutile decorso di un termine di decadenza previsto dal legislatore per un'esigenza di semplificazione e di certezza giuridica, viene pertanto a realizzarsi indipendentemente

¹³ In merito al silenzio inteso come "inosservanza di un onere di iniziativa, in particolare di reazione esplicita rinveniente la propria fonte in una disposizione legislativa, cfr. BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 2° rist., 146 s.

¹⁴ Tale ipotesi ricorre, ad esempio, nel caso previsto dall'art. 1712 c.c. in materia di mandato, in cui la legge stabilisce che «il ritardo del mandante a rispondere» dopo la ricezione della comunicazione dell'esecuzione del mandato, per un tempo superiore a quello richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi, «importa approvazione, anche se il mandatario si è discostato dalle istruzioni o ha ecceduto i limiti del mandato», oppure nell'ipotesi prevista dall'art. 1832 c.c. in tema di contratto di conto corrente, in cui si prevede che l'estratto conto trasmesso al correntista «si intende approvato, se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze».

In merito alla distinzione di tale ipotesi di silenzio rispetto alla figura riconducibile alla fattispecie negoziale, cfr. BETTI E. *op. cit.*, 146 s.: l'Autore, in particolare, critica l'orientamento inteso a configurare il silenzio in questione come "presunzione o finzione di acquiescenza" in quanto «formula non felice perché equivoca» che si presta ad inevitabili confusioni con il piano negoziale; non si tratta, infatti, di una manifestazione di volontà, bensì di un'ipotesi di decadenza derivante dall'inadempimento ad un onere di reazione previsto dalla legge (ad avviso dell'Autore, può accettarsi, al limite, la definizione del silenzio in esame come finzione legale di acquiescenza o di rinuncia, che nasconde una statuizione di decadenza). In senso analogo, cfr. SEGNI M. *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 336 s.: l'Autore, nell'evidenziare l'esigenza di distinguere i casi di silenzio con valore di consenso dalle ipotesi di decadenza conseguente all'omissione di una dichiarazione entro un termine fissato, richiama la disposizione contenuta nell'art. 1399, comma 4, c.c., che in materia di rappresentanza disciplina l'ipotesi in cui il terzo inviti il *dominus* a pronunciarsi, entro un termine determinato, circa l'eventuale ratifica di un contratto concluso a suo nome da un rappresentante senza poteri, stabilendo che «scaduto il termine, nel silenzio, la ratifica si intende negata»; l'Autore, nell'aderire all'opinione prevalente volta a configurare la fattispecie in oggetto come ipotesi di decadenza, osserva che il tenore letterale della previsione normativa sembrerebbe interpretare il silenzio del rappresentato come manifestazione tacita di rifiuto, ammettendo quindi l'evenienza che risulti in qualsiasi modo una diversa volontà del *de cuius*, in grado di superare l'interpretazione del silenzio fondata sulla previsione in esame; viceversa, la sua configurazione come ipotesi di decadenza attesta l'esigenza di non limitare l'indagine al solo tenore letterale delle norme in merito a ipotesi specifiche di silenzio.

dalla volontà del soggetto stesso¹⁵. L'efficacia giuridica del silenzio manifestato dal soggetto prescinde, quindi, dal suo carattere intenzionale.

Il silenzio può altresì assumere rilievo come fattore escludente l'interruzione della prescrizione, nell'ambito di un rapporto obbligatorio, ai sensi dell'art. 2943 c.c.: l'atteggiamento silenzioso del creditore esprime l'astensione da un' intimazione o richiesta verbale diretta al debitore, idonea alla costituzione in mora dello stesso.

La coincidenza meramente parziale con il fenomeno dell'"inerzia" giustifica la tendenza, manifestata nell'ambito degli studi dedicati al "silenzio", a negare che l'aspetto inerente alla perdita dei diritti debba ricondursi al tema dell'omissione verbale.

Sgombrando il campo dagli aspetti invero riconducibili all'inerzia, il silenzio nella prospettiva giuridica è apprezzabile, a seconda dei casi, come reticenza, tolleranza ovvero manifestazione di volontà (in termini di assenso o di rifiuto).

Tali accezioni risultano accomunate da un dato: implicano una relazione tra due soggetti; questa, inoltre, si connota generalmente in termini dialogici, in quanto caratterizzata da uno o più atti di comunicazione verbale.

Il silenzio come fenomeno giuridico riguarda, infatti, sia l'atteggiamento manifestato a fronte di una proposta altrui, sia il contegno serbato nell'ambito delle trattative negoziali o nell'esecuzione del contratto: nella prima ipotesi, la relazione dialogica è instaurata dal

¹⁵ Questo aspetto, che rimanda alla distinzione tra l'ipotesi di silenzio in oggetto e quella di silenzio riconducibile alla fattispecie negoziale, è evidenziato in TRIMARCHI P. *Istituzioni di diritto privato*, XVII ed., Milano, 2007, 162. L'Autore richiama, come esempio di silenzio inteso in chiave di "pura e semplice omissione di una dichiarazione" entro un termine di decadenza, la previsione di legge che, in tema di successioni, consente a qualsiasi interessato di chiedere al giudice la fissazione di un termine entro il quale il chiamato all'eredità dichiara se accetta o rinuncia all'eredità: «trascorso questo termine senza che abbia fatto la dichiarazione, il chiamato perde il diritto» (art. 481 c.c.). Al riguardo, l'Autore evidenzia l'analogia di risultato tra questa ipotesi di silenzio e quella di silenzio con valore negoziale di rinuncia, sottolineando che si tratta, tuttavia, di fattispecie diverse: «il silenzio produce un risultato analogo alla rinuncia. Ma la somiglianza del risultato non consente di concludere che qui il silenzio costituisca manifestazione di una volontà negoziale di rinuncia». Tale considerazione è valorizzata per evidenziarne la relativa conseguenza sul piano applicativo, concernente la mancata dipendenza del risultato giuridico (nel caso in esame, perdita del diritto di accettare l'eredità) dal carattere intenzionale del silenzio (o meglio, dell'omessa dichiarazione): «... ne segue che il silenzio produrrà l'effetto previsto dalla legge anche se sia dovuto a forza maggiore, a dimenticanza, o all'incapacità di intendere o volere; trattandosi infatti di termine di decadenza ... l'inutile decorso di esso determina la preclusione indipendentemente dalla volontà dell'interessato. Né importa rilevare che il silenzio potrebbe essere anche intenzionale: resta il fatto che esso produce i medesimi effetti anche quando non corrisponda a una volontà di rinuncia».

proponente ed il silenzio del destinatario si configura come mancata risposta; viceversa, nel secondo caso il silenzio si inserisce nel contesto di un rapporto dialogico in corso (trattative negoziali) o pregresso (conclusione del contratto oggetto di esecuzione).

In tali ipotesi, la relazione (dialogica) tra le parti presenta anche carattere giuridico, in quanto instaurata per effetto dell'avvio di trattative o *a fortiori* della stipula di un contratto.

Viceversa, la relazione tra i soggetti coinvolti non presenta carattere dialogico né tantomeno giuridico (in termini contrattuali, precontrattuali o più in generale obbligatori) qualora il silenzio manifesti la mancata reazione all'ingerenza altrui realizzata da un soggetto estraneo, ossia non legato da alcun rapporto giuridico con la persona che subisce l'ingerenza. L'atto di ingerenza è, infatti, un atto materiale, non di comunicazione verbale; instaura tra i soggetti coinvolti una relazione di tipo fattuale, se pure idonea a determinare alcune conseguenze sul piano giuridico (tra cui, a titolo esemplificativo, la responsabilità per fatto illecito *ex art. 2043 c.c.*).

Venendo necessariamente in rilievo nell'ambito di una relazione soggettiva, il silenzio come fenomeno giuridico implica la valutazione degli interessi in gioco.

L'attribuzione di effetti giuridici al silenzio e la definizione degli stessi sono infatti necessariamente correlati all'apprezzamento degli interessi facenti capo alle persone coinvolte: il soggetto che assume un contegno di inazione verbale; il soggetto nei cui confronti è rivolto il silenzio.

L'eventuale riconoscimento di effetti in danno al soggetto silente appare giustificato dall'esigenza di assicurare prevalenza alle ragioni del destinatario del contegno inerte, riconducibili essenzialmente ad un interesse di tipo conoscitivo, funzionale ad un'esigenza di certezza nei rapporti giuridici.

Viceversa, la tesi dell'irrelevanza giuridica del silenzio o l'attribuzione di effetti non pregiudizievoli per il suo autore sono giustificate dall'esigenza di assicurare la libertà di scelta del soggetto, ossia l'intenzione di non prendere posizione a fronte dell'altrui iniziativa (proposta o ingerenza) oppure di non condividere con la controparte nella fase delle trattative informazioni sulla convenienza dell'affare.

Il breve *excursus* sulle plurime configurazioni del silenzio nella prospettiva giuridica ne denota il carattere eterogeneo nel campo del diritto civile.

Nonostante la complessità del fenomeno sul piano semantico e giuridico, il tema del silenzio è da sempre esaminato nel dibattito interpretativo in un'ottica parziale, con l'attenzione rivolta a specifici aspetti.

Le questioni maggiormente studiate riguardano, in particolare, due profili: l'attitudine del silenzio a manifestare una volontà negoziale o, più in generale, a costituire un mezzo idoneo alla conclusione del contratto (o alla modifica del programma negoziale); gli effetti della reticenza nella fase delle trattative.

8. Le singole accezioni

8.1 Manifestazione di volontà

Il silenzio manifestato nell'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti rimanda alla questione, ampiamente dibattuta negli studi della dottrina tradizionale, in ordine alla possibilità di attribuire al silenzio un significato in chiave negoziale, quale espressione di volontà positiva del soggetto silente, idoneo ad integrare accettazione della proposta negoziale, ove manifestato nella fase di formazione del contratto, o viceversa di accettazione della modifica al contenuto del programma negoziale, ove intervenuto nella fase di esecuzione del contratto¹⁶.

Due sono le questioni destinate ad imporsi all'attenzione degli interpreti: la definizione delle ipotesi in cui il silenzio può assumere valore di assenso, ossia di manifestazione di

¹⁶ Tra i contributi dottrinali che si sono occupati del silenzio come manifestazione di volontà, in questa sede si segnalano: RANELLETTI O. *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XIII, 1892, 3 ss.; BONFANTE P. *op. cit.*, 150 ss.; DE MARTINI A. *In tema di silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Foro italiano*, 1950, I, 582; DONATUTI G. *Il silenzio come manifestazione di volontà*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, a cura di G. GROSSO, Milano, 1930, IV, 459 ss.; GABBA C. F. *Del silenzio nel diritto civile in Nuove questioni di diritto civile*, I, Torino, 1912, 89; GORETTI M.S. *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982; OSILIA E. *Sul silenzio come dichiarazione di volontà* in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 1 ss.; PACCHIONI G. *op. cit.*, 23; PATTI S. *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Il contratto: silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, I, 227; PEROZZI S. *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, 509; ADDIS F. *Lettera di conferma e silenzio*, Napoli, 1999.

una volontà positiva; la qualificazione giuridica del silenzio suscettibile di rilevanza in chiave negoziale (se accettazione in forma tacita o viceversa comportamento concludente).

L'analisi deve prendere le mosse dalla considerazione delle ipotesi in cui il silenzio può manifestarsi nel procedimento di formazione del contratto, a seconda dell'atto destinato a precedere il contegno inerte del soggetto.

Il silenzio può, infatti, ricorrere a fronte di: *a)* una proposta, *b)* un'accettazione non conforme alla proposta iniziale, *c)* una fornitura di beni non richiesta. Si aggiunge un'ulteriore ipotesi, in cui il silenzio non è preceduto da alcun atto della controparte, bensì integra la mancata disdetta entro il termine previsto dalle parti nell'ambito di un contratto di durata, idoneo a determinare il rinnovo dell'atto negoziale (da intendersi come conclusione di un nuovo contratto avente contenuto identico al precedente).

L'attitudine del silenzio a manifestare una volontà positiva su base negoziale è riconducibile essenzialmente a tre ipotesi. In particolare, il silenzio può valere come accettazione della proposta altrui quando il suo valore significativo sia predeterminato dalla legge (ad esempio, nella fattispecie *ex* art. 1333 c.c., ove si aderisca alla tesi ricostruttiva in termini di contratto con consenso bilaterale), nonché nell'ipotesi in cui tale significato sia attribuito al silenzio stesso in base ad una convezione tra le parti (ad esempio, nel caso della previsione del rinnovo per mancata disdetta entro un termine predeterminato). Diversamente, il valore concludente del silenzio non può discendere dalla volontà unilaterale della controparte: in assenza di un accordo tra le parti, è irrilevante la volontà del soggetto intesa a stabilire che il silenzio serbato dalla controparte a fronte della sua proposta negoziale debba valere come accettazione della proposta stessa.

Al di fuori delle ipotesi citate, il silenzio non può valere di per sé come manifestazione di volontà, secondo quanto efficacemente evidenziato dagli interpreti nel brocardo "chi tace non dice nulla": il silenzio è infatti un fatto ambiguo, equivoco, insuscettibile di interpretazione in senso univoco. Il silenzio può assumere valore negoziale ove sia accompagnato da determinate circostanze, idonee ad attribuirgli un significato univoco

(cd. silenzio circostanziato, quale figura elaborata dalla giurisprudenza): la questione che si impone all'attenzione degli interpreti diventa una questione di interpretazione del fatto. Tra le circostanze elaborate in via giurisprudenziale, assumono particolare rilievo la qualità soggettiva delle parti e la sussistenza di pregressi rapporti intercorrenti tra le stesse: il riconoscimento di un valore concludente in termini di accettazione della proposta altrui è correlato all'esigenza di garantire la speditezza dei traffici giuridici negli scambi commerciali, tutelando il soggetto che subisce il contegno inerte della controparte. Tale considerazione assume rilievo, in particolare, nel caso in cui il silenzio sia manifestato a fronte di un'accettazione non conforme alla proposta.

Al di fuori di queste ipotesi, il silenzio della parte non può valere come fatto idoneo a determinare la conclusione del contratto. Tale soluzione risponde ad un'esigenza di tutela dell'autore del contegno silenzioso, avvertita soprattutto in riferimento al contraente debole (in particolare, il consumatore nell'ambito delle contrattazioni con il professionista): il soggetto che si ingerisce nella sfera altrui con l'iniziativa di una proposta negoziale o di una fornitura non richiesta deve subire le conseguenze di un'iniziativa non stimolata dal destinatario, che resta libero di mantenere un contegno silenzioso, senza essere gravato da un onere di risposta (per un'applicazione di tale principio v. art. 57 cod. cons.).

Per una trattazione diffusa del silenzio come manifestazione di volontà si rinvia al capitolo II.

8.2 Violazione di un obbligo informativo

Il silenzio può assumere altresì il valore di omessa comunicazione di circostanze che la controparte avrebbe interesse a conoscere¹⁷.

¹⁷ Tra i contributi dottrinali che si sono occupati del silenzio come violazione di un dovere di informativa, in questa sede si segnalano: CARRESI E. *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Studi in onore di Antonino Cicu*, Milano, 1951, I, 171; DE POLI M. *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza: da Alberto Trabucchi alla stagione della "trasparenza contrattuale"* in *Riv. dir. civ.*, 2011, 5, 647 ss.; GRISI G. *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; MUSY A.M. *Il dovere di*

La questione relativa all'identificazione degli effetti giuridici del silenzio si traduce, in tale ipotesi, nell'individuazione dei rimedi a tutela del soggetto che subisce il silenzio altrui. La rilevanza giuridica del silenzio discende, in particolare, dalla sua configurazione come violazione di un obbligo informativo.

La questione investe l'individuazione della fonte idonea ad imporre alla parte un dovere di informativa: l'ambito operativo della fattispecie è destinato ad estendersi ove si ammetta l'attitudine della clausola generale di buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. a determinare la nascita di un obbligo di informazione a carico della parte.

In tale contesto, assume altresì rilievo la connotazione soggettiva del contegno silenzioso serbato dalla parte: *a*) il silenzio intenzionale (o reticenza), da intendersi come silenzio sorretto dalla volontà di tacere una circostanza nota al soggetto silente e sconosciuta alla controparte, che quest'ultima avrebbe interesse a conoscere; *b*) il silenzio colposo, da intendersi come omessa comunicazione di circostanze dovuta ad un difetto di conoscenza del soggetto silente, imputabile a sua negligenza (equiparabile, quanto agli effetti giuridici, alla reticenza, ad esempio nel caso previsto dall'art. 1338 c.c.); *c*) il silenzio incolpevole, da intendersi come omessa comunicazione di circostanze per difetto di conoscenza, non imputabile a negligenza della parte (ad esempio, nell'ambito della garanzia dei vizi del bene compravenduto). A queste deve aggiungersi un'ulteriore ipotesi, ossia il silenzio intenzionale connotato da un'attitudine ingannatoria (dolo negativo, ove sia ammessa la sua configurabilità in astratto).

Per una trattazione diffusa del fenomeno del silenzio come violazione di un obbligo informativo si rinvia al capitolo III.

8.3 Tolleranza e acquiescenza

L'analisi dei rapporti tra il silenzio, da una parte, e la tolleranza o l'acquiescenza, dall'altra, muove dalla notazione del dato unificante le figure considerate.

informazione, Trento, 1999; PARRELLA A. *La reticenza nei negozi giuridici*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, 371; SOLIDORO MARUOTTI L. *Gli obblighi di informazione a carico del venditore: origini storiche ed attuali*, cit.

Il silenzio, la tolleranza e l'acquiescenza sono, infatti, accomunati dal contenuto passivo del comportamento manifestato: dal punto di vista naturalistico si traducono, infatti, in un'inattività, ossia in un *non facere*.

A fronte del dato comune alle figure in esame, si impone l'esigenza di ricostruirne i tratti distintivi, al fine di evidenziare le circostanze in cui il silenzio serbato dal soggetto può valere come manifestazione di tolleranza o acquiescenza¹⁸.

In tale ottica, è opportuno richiamare brevemente la nozione di tolleranza ed evidenziarne i tratti distintivi rispetto alla figura dell'acquiescenza, nonché riportare le posizioni espresse in via interpretativa in merito alla ricostruzione delle relative conseguenze giuridiche.

Il fenomeno della tolleranza è regolato in seno alla disciplina in materia di proprietà ed altri diritti reali, nella parte dedicata al possesso: individua l'atteggiamento serbato dal proprietario a fronte del comportamento di un terzo che, nell'intento di perseguire un proprio vantaggio, instauri di fatto una situazione di godimento del bene oggetto del diritto in capo al proprietario, ingerendosi nella sfera giuridica del titolare stesso (art. 1144 c.c.).

Il concetto di tolleranza è richiamato anche al di fuori della disciplina sul possesso in cui risulta menzionato: è infatti invocato dagli interpreti nell'ambito dei rapporti obbligatori, al fine di valutare la rilevanza giuridica della tolleranza manifestata dal creditore a fronte del comportamento del debitore integrante violazione del diritto di credito.

Il termine "tolleranza" è altresì utilizzato dal legislatore in un'ulteriore accezione: denota una valutazione oggettiva dell'ordinamento giuridico in riferimento a determinati comportamenti subiti dal soggetto, per imporre allo stesso l'accettazione delle conseguenze derivate nella sua sfera giuridica¹⁹.

¹⁸ La tendenza dominante negli studi dottrinali si mostra, tuttavia, sensibile all'esigenza di ricostruire i rapporti tra tolleranza ed acquiescenza, da un lato, rispetto alla figura dell'inerzia, anziché del silenzio. In senso opposto risulta invece SALIS A. *In tema di "patientia" del creditore* in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 177 ss.: l'Autore analizza i rapporti tra tolleranza e silenzio.

¹⁹ In ordine alla duplice accezione del concetto di tolleranza nel linguaggio giuridico, cfr. SICCHIERO G. *Tolleranza* in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1992, 372.

A questa seconda accezione è riconducibile la menzione contenuta nelle norme in tema di immissioni, previste nell'ambito della disciplina in materia di proprietà. In tale contesto, «*la normale tollerabilità*» delle immissioni provenienti dal fondo vicino è invocata come limite che segna l'ambito in cui il proprietario di un fondo è tenuto a sopportare le immissioni derivanti dal fondo del vicino (art. 844, co. 1, c.c.).

In senso analogo opera il riferimento al concetto di tolleranza insito nella nozione di «*scarsa importanza*» dell'inadempimento, che esclude l'invocabilità del rimedio della risoluzione del contratto (art. 1455 c.c.), nonché il richiamo implicito nella locuzione utilizzata per segnare il limite di rilevanza dei vizi della cosa venduta nella disciplina in tema di garanzia nella compravendita *ex art. 1490 c.c.* (vizi che *rendano* la cosa *inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore*)²⁰.

Tale accezione ricorre altresì nelle applicazioni giurisprudenziali in materia di responsabilità, con specifico riguardo ai limiti di risarcibilità del danno di natura non patrimoniale. In tale contesto, il concetto di tolleranza è invocato come valore da contemperare con il principio di solidarietà sociale, fondando l'esigenza di delimitare l'area di ristorabilità dei pregiudizi non patrimoniali in base ad una logica di significatività del danno, che giustifica l'elaborazione del duplice requisito della serietà e gravità, riferito sia all'evento dannoso sia alle conseguenze pregiudizievoli²¹. Nel bilanciamento tra valori contrapposti, la tolleranza è invocata come principio operante nel contesto dei rapporti

²⁰ In merito all'incidenza della tolleranza sulla valutazione della «non scarsa importanza» dell'inadempimento, cfr. *ex multis* Cass., sez. III, 20 novembre 2012, nn. 20305 e 20306, in *Banca dati Pluris*: «Va ricordato a tal proposito che anche il giudizio sull'importanza dell'inadempimento deve tenere conto dei doveri di correttezza e di buona fede a cui entrambe le parti sono tenute, nel corso dell'esecuzione del contratto: doveri che includono anche un minimo di tolleranza, a fronte dei comportamenti altrui che, pur se non del tutto ortodossi, risultino tuttavia non gravi ed oggettivamente spiegabili, quale il lieve ritardo del conduttore cessionario del contratto nel corrispondere il canone al locatore, a causa della difficoltà di mettersi in contatto con lui» (sent. n. 20305/2012); «... anche quando la legge detta criteri rigidi di valutazione dell'importanza dell'inadempimento, come in tema di locazione, le parti sono tenute a comportarsi secondo correttezza e buona fede, nell'esecuzione del contratto, il che significa anche dimostrare un minimo di tolleranza rispetto ad eventuali negligenze altrui che obiettivamente risultino di scarso rilievo, dal punto di vista economico e sotto ogni altro profilo» (sent. n. 20306/2012, cit.).

²¹ In tal senso, cfr. Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Banca dati Pluris*.

sociali, che impone ai consociati di sopportare l'altrui ingerenza, ove non superi una soglia minima di apprezzabilità²².

Il concetto di tolleranza in questa accezione rimanda quindi ad una valutazione di tipo oggettivo, operata dal legislatore o desumibile in via interpretativa dai principi generali dell'ordinamento giuridico.

Viceversa, la nozione di tolleranza evocata in tema di possesso si riferisce al contegno soggettivo serbato dal titolare del diritto.

Ai fini della ricostruzione dei rapporti con la figura del silenzio, il significato di tolleranza che interessa riguarda l'accezione inerente all'atteggiamento tenuto in concreto dal titolare del diritto a fronte del comportamento altrui.

In primo luogo è opportuno muovere dal dato positivo, richiamando l'apposita disposizione in materia di possesso.

L'art. 1144 c.c., rubricato «atti di tolleranza», regola gli effetti della mancata reazione del titolare di un diritto reale sul bene a fronte dell'ingerenza di un terzo, il quale instauri un rapporto materiale con il bene stesso in difetto di un titolo di legittimazione (quale l'attribuzione di un diritto reale o personale di godimento sulla *res*).

Il disposto normativo non contiene alcuna definizione del concetto di tolleranza; si limita a disciplinarne un aspetto specifico, in particolare l'effetto determinato dalla tolleranza del titolare sull'acquisto del possesso da parte del terzo²³.

L'intervento del legislatore mira ad impedire che l'atteggiamento di tolleranza possa determinare conseguenze in danno della sfera giuridica del soggetto inerte: in base all'art. 1144 c.c., la tolleranza si configura come fatto impeditivo all'acquisto del possesso da

²² Il richiamo al concetto di tolleranza giustifica, in particolare, l'esigenza di delimitare l'ambito di meritevolezza della tutela risarcitoria in relazione al danno c.d. esistenziale: in tale ottica, si esclude la risarcibilità di «pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie e ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale» (Cass., S.U., n. 26972/2008, cit.).

²³ L'intenzione legislativa sottesa all'introduzione della disposizione si ricollega all'esigenza pratica, evidenziata nella Relazione della Commissione Reale, di risolvere la questione inerente al trattamento giuridico da riservare alle diffuse ipotesi di servitù esercitate per mera tolleranza del proprietario del fondo. Tale circostanza è sottolineata nella pronuncia Cass., sez. II, 8 marzo 1984, n. 1620 in *Foro it.*, 1984, I, 1575 ss.

parte del terzo che abbia posto in essere la situazione di fatto ingerendosi nel rapporto del titolare con il bene oggetto del suo diritto²⁴.

L'istituto è quindi disciplinato in termini favorevoli al soggetto inerte: la tolleranza del titolare esclude l'instaurazione di una situazione possessoria sul bene da parte del terzo; di conseguenza, impedisce l'acquisto in capo al terzo della proprietà (o di altro diritto reale di godimento) sul bene per effetto della maturazione dell'usucapione.

Il dibattito in sede interpretativa investe, in particolare, la rilevanza da attribuire alla volontà dell'autore degli atti tollerati ai fini del funzionamento del meccanismo impeditivo *ex art. 1144 c.c.*: la questione involge la portata da riconoscere alla norma e la *ratio* sottesa alla sua previsione.

La discussione trae origine dalla circostanza relativa alla mancata coincidenza tra la rubrica della disposizione normativa, che richiama il concetto di "atti di tolleranza", ed il testo dell'articolo, che viceversa evoca "gli atti compiuti con l'altrui tolleranza".

Il testo della disposizione normativa prende in considerazione il comportamento del terzo, autore dell'ingerenza materiale; viceversa, la rubrica invoca l'atteggiamento serbato dal titolare del diritto²⁵.

Valorizzando il riferimento contenuto nel testo dell'articolo, è emersa la tesi diretta ad identificare nel terzo la sfera soggettiva cui attribuire rilevanza ai fini dell'operatività della regola contenuta nell'art. 1144 c.c.; di conseguenza, lo stato soggettivo dell'autore degli atti tollerati acquista la consistenza di presupposto della fattispecie normativa. La coscienza dell'altrui tolleranza esclude pertanto la sussistenza in capo al terzo dell'*animus possidendi*, da intendersi come volontà di realizzare sul bene un'attività corrispondente all'esercizio di un diritto reale, e per l'effetto impedisce la configurazione di una

²⁴ In merito all'applicazione dell'art. 1144 c.c., cfr. BISEGNA U., *op. cit.*, 401, nt. 8: l'Autore osserva che, nelle applicazioni giurisprudenziali, la norma in questione appare richiamata con maggiore frequenza in materia di servitù, con specifico riguardo a quelle di passaggio, laddove l'attraversamento del fondo vicino altrui, esercitato senza titolo, appare di norma riconducibile alla tolleranza del proprietario.

²⁵ In merito all'incongruenza della rubrica rispetto al testo della disposizione, cfr. SICCHIERO G. *op. cit.*, 372: l'Autore osserva, infatti, che «... *scientia e patientia* attengono alla sfera del *dominus* e non dell'intruso, il cui comportamento ne costituisce invece l'oggetto. Peraltro dalla lettura del testo della disposizione emerge un corretto uso del concetto...».

situazione possessoria, attesa la ricorrenza del solo elemento materiale rappresentato dalla disponibilità della cosa.

In conseguenza dell'accoglimento di tale opzione ricostruttiva, l'eventuale difetto di conoscenza della tolleranza altrui escluderebbe l'applicabilità della regola contenuta nell'art. 1144 c.c., pertanto verrebbe a configurarsi l'acquisto del possesso in capo al terzo.

Alla tesi in esame vengono mosse diverse contestazioni nell'ambito del dibattito interpretativo maturato in sede dottrinale.

In primo luogo, si osserva che il riferimento all'*altrui* tolleranza contenuto nel testo della disposizione, in combinato disposto con la locuzione in rubrica («atti di tolleranza»), denota l'intenzione legislativa di attribuire rilevanza alla sfera soggettiva del titolare del diritto, autore del contegno di tolleranza.

In tale prospettiva, la volontà del terzo non assume alcun rilievo ai fini dell'applicabilità della regola contenuta nell'art. 1144 c.c.

Conseguentemente, l'impedimento dell'effetto acquisitivo del possesso non discende dall'incidenza della tolleranza sugli elementi costitutivi della fattispecie possessoria: la tolleranza opera come elemento esterno, potendo intervenire anche a fronte di una situazione di godimento connotata dalla ricorrenza dei presupposti tipici del possesso ai sensi dell'art. 1140 c.c., in cui risultino sussistenti i presupposti del possesso, quali il requisito materiale (potere sulla cosa) e l'elemento soggettivo (*animus possidendi*)²⁶.

Tale opzione interpretativa consente di attribuire alla disposizione in esame un'effettiva portata normativa, che viceversa verrebbe a mancare ove fosse accolta la prima delle tesi riportate: seguendo l'impostazione diretta a configurare la coscienza della tolleranza altrui come causa di esclusione dell'*animus possidendi* in capo al terzo, la regola prevista dall'art. 1144 c.c. risulterebbe una mera applicazione dei principi generali stabiliti in materia di possesso *ex art. 1140 c.c.*²⁷

²⁶ In merito al dibattito maturato in dottrina circa l'identificazione della volontà rilevante ai fini del funzionamento del meccanismo previsto nell'art. 1144 c.c., cfr. SICCHIERO G. *op. cit.*, 375 s.

²⁷ In merito all'esigenza di accogliere un'interpretazione della regola contenuta nell'art. 1144 c.c. che consenta di riconoscere alla disposizione in esame un *effettivo contenuto normativo*, cfr. PATI S. *Tolleranza (atti*

La giurisprudenza assume una posizione intermedia tra le tesi sostenute in dottrina. Muove dalla considerazione della tolleranza altrui come causa di esclusione dell'*animus possidendi* in capo al terzo: evidenzia, infatti, l'incidenza del contegno del titolare nella sfera soggettiva del terzo, attesa l'idoneità a determinare «l'affidamento nella condiscendenza del *dominus*» ed al contempo la percezione della «immanenza di una sempre consentita *prohibitio*»²⁸. Nei fatti, tuttavia, adotta la soluzione della tesi in senso opposto, volta a negare che l'ignoranza del terzo in merito all'altrui tolleranza possa impedire l'applicazione della regola contenuta nell'art. 1144 c.c.

Tale conclusione discende dal meccanismo accolto in materia probatoria: muovendo dalla regola contenuta nell'art. 1141 c.c., consistente nella presunzione di possesso in favore del soggetto che eserciti un potere di fatto sulla cosa, l'applicabilità dell'effetto impeditivo *ex art. 1144 c.c.* viene ancorata alla prova della tolleranza incombente sul titolare del diritto²⁹. Di conseguenza, l'operatività dell'effetto previsto nell'art. 1144 c.c.

di), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 703. In senso analogo, cfr. RUFFOLO U. *Tutela possessoria delle servitù non apparenti ed «atti di tolleranza» nel quadro delle teoriche (e ideologie) del possesso*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 368: «...se con l'art. 1144 il legislatore si è preoccupato di escludere, per un certo genere di atti, la loro idoneità a costituire possesso, ciò significa che non può non trattarsi di atti altrimenti idonei, ove la norma mancasse, a costituire possesso *ex art. 1140*. Se ne deduce che l'art. 1144 contempla ipotesi di attività oggettivamente e soggettivamente qualificabile come «possesso» (*ex art. 1140*), impedito solo dalla circostanza «tolleranza» altrui ...».

²⁸ In tal senso, cfr. Cass. n. 1620/1984, cit. La tesi che, mossa dall'intento di giustificare la regola contenuta nell'art. 1144 c.c., ravvisa nella tolleranza una causa di esclusione dell'*animus possidendi* in capo al terzo, comporta la necessità della percezione nel terzo del contegno di pazienza serbato dal titolare del diritto. Tale circostanza giustifica l'orientamento volto ad includere, nell'ambito degli elementi costitutivi della nozione di tolleranza, la percepibilità all'esterno dell'atteggiamento del titolare: al riguardo, cfr. Cass., sez. II, 21 ottobre 1991, n. 11118 in *Banca dati Pluris*, in cui si evidenzia che «la tolleranza è caratterizzata, in rapporto al godimento consentito di un bene, dalla accondiscendenza del *dominus* dello stesso... manifestata in modo da essere nota al destinatario». In senso analogo cfr. in dottrina SICCHIERO G. *op. cit.*, 373 s.: l'Autore evidenzia la necessità della «percepibilità esterna» dell'atteggiamento di tolleranza, da intendersi non come conoscenza effettiva da parte del terzo ma come manifestazione all'esterno del contegno stesso. In ordine all'affermazione della tolleranza come causa di esclusione dell'*animus possidendi*, v. la recente pronuncia Cass., sez. II, 19.10.2012, n. 18053.

²⁹ Tale orientamento trova conferma, di recente, nella pronuncia Cass., sez. II, 11.5.2012, n. 7412: «... poiché, a norma dell'art. 1141 c.c., deve presumersi il possesso da parte di colui che eserciti un potere di fatto sulla cosa, spetta a chi contesti il possesso medesimo l'onere di provare che esso derivi da atti di tolleranza ...». In senso analogo, cfr. Cass., sez. II, 17.2.2004, n. 2994, Cass., sez. II, 25.3.1997, n. 2598, Cass., sez. II, 16.10.1995, n. 10771, in *Banca dati Pluris*. L'orientamento in esame risulta consolidato nel tempo: con riferimento a pronunce più risalenti, cfr. *ex multis* Cass., 16 novembre 1968, n. 3749, in *Foro it.*, 1969, I, 920. In dottrina, cfr. DE MARTINO F. *Del possesso* in *Commentario del Codice Civile*, diretto da SCIALOJA A. –BRANCA G., Bologna-Roma, 1955, 541.

viene configurata in chiave oggettiva: la dimostrazione della tolleranza determina il mancato acquisto del possesso in capo al terzo, a prescindere dal suo stato soggettivo³⁰.

Il meccanismo probatorio applicato dalla giurisprudenza viene quindi a determinare l'assunzione sul piano sostanziale dell'equazione "tolleranza-mancanza di *animus possidendi*"³¹.

Nonostante l'assunto di partenza sia rappresentato dalla configurazione della tolleranza come causa di esclusione dell'*animus possidendi*, la regola contenuta nell'art. 1144 c.c. viene ad essere applicata in senso oggettivo, per effetto del meccanismo accolto in sede probatoria.

In disparte il dibattito dianzi riportato in merito ai presupposti di applicazione della disposizione contenuta nell'art. 1144 c.c., si impone l'esigenza di definire in via interpretativa la nozione di tolleranza, muovendo innanzitutto dal valore semantico della locuzione.

La tolleranza esprime un atteggiamento di sopportazione (cd. *patti*) a fronte di un comportamento altrui destinato ad incidere in termini sfavorevoli sulla propria sfera giuridica.

³⁰ In senso critico, cfr. SICCHIERO G. *op. cit.*, 375: l'Autore, evidenziando la necessità che la tolleranza sia manifestata inequivocabilmente, identifica come elemento strutturale la forma, da intendersi come percepibilità all'esterno dell'atteggiamento di tolleranza. Tale requisito varrebbe a distinguere la tolleranza dal concetto di inerzia, nonché identificherebbe il presupposto necessario per il funzionamento del meccanismo di impedimento dell'acquisto del possesso in capo al terzo ex art. 1144 c.c. e la condizione per l'esclusione del carattere antigiuridico dell'ingerenza. In tale ottica, l'Autore conclude: «...una volta ammesso che l'atteggiamento tollerante debba essere percepito all'esterno, è chiaro infatti che presupposto indefettibile per il funzionamento della regola contenuta nell'art. 1144 c.c. è che il titolare del diritto manifesti in qualche modo la propria tolleranza, anche se tacitamente, purché inequivocabilmente. Una diversa opzione, infatti, attribuirebbe rilievo anche ai comportamenti del *dominus* rimasti del tutto ignoti e probabilmente percepibili come mera inerzia...». In senso analogo, accogliendo la soluzione intesa a riconoscere alla tolleranza del proprietario l'idoneità ad escludere il carattere illecito dell'ingerenza del terzo, l'Autore ne ricava, come corollario applicativo, l'esigenza di una percepibilità all'esterno dell'atteggiamento di sopportazione: «...sembra allora che anche nel caso regolato dall'art. 1144 c.c. l'intruso benefici del medesimo effetto prodotto dal consenso dell'avente diritto: quello cioè di veder esclusa l'illiceità del proprio comportamento. Da qui anzi la miglior conferma della necessità che un'apparente inerzia del *dominus*, ove qualificabile come tolleranza in presenza dei ricordati requisiti, debba essere percepita all'esterno, appunto perché possa valere ad escludere l'antigiuridicità del comportamento dell'estraneo» (374 s.).

³¹ Cfr. PATTI S. *Tolleranza (atti di)*, cit., 703: «l'equazione tolleranza-mancanza di *animus* determina tuttavia una finzione, perché non può escludersi che il terzo agisca senza conoscere la tolleranza del titolare o non tenendone conto».

La tolleranza evocata dall'art. 1144 c.c. indica pertanto un atteggiamento di pazienza del titolare del diritto a fronte dell'intromissione materiale, realizzata dal terzo, nel rapporto con il bene oggetto del suo diritto³².

Il contegno di pazienza si manifesta nella mancata reazione da parte del titolare, il quale omette di esercitare il suo diritto ovvero di attivare i rimedi previsti dall'ordinamento giuridico a fronte della violazione del diritto realizzata dal terzo³³.

L'atteggiamento di sopportazione, espresso nella mancata reazione a fronte dell'ingerenza altrui, postula non solo la legittimazione a reagire, correlata alla titolarità del diritto sul bene, ma anche la possibilità di opporsi al comportamento tenuto dal terzo³⁴.

La tolleranza non può dunque configurarsi nell'ipotesi in cui la mancata reazione del titolare sia riconducibile ad un impedimento di carattere temporaneo³⁵.

La pazienza presuppone altresì la coscienza dell'atto di intromissione: l'atteggiamento di *pati* postula la rappresentazione della violazione subita dal titolare³⁶.

La tolleranza si compone pertanto di due elementi facenti capo al soggetto inerte: la conoscenza della situazione di fatto realizzata dal terzo che abbia instaurato un rapporto

³² Nel contrapporre il concetto di tolleranza a quello di inerzia, accomunati dal carattere negativo del comportamento, si evidenzia che la mancata reazione insita nell'atteggiamento di tolleranza non esprime l'indifferenza del titolare: in tal senso, cfr. BISEGNA U. *op. cit.*, 403. L'Autore qualifica la tolleranza come «comportamento passivo in senso relativo», in contrapposizione all'inerzia, definita come «comportamento passivo in senso assoluto»; la tolleranza, infatti, «implica un concetto positivo di concessione e condiscendenza».

³³ Il contegno di pazienza è viceversa escluso qualora ricorra un contrasto tra il titolare del diritto ed il terzo: in tal senso, cfr. Cass., n. 17876/2003, cit.

³⁴ In merito alla configurazione della tolleranza come atteggiamento di chi abbia la facoltà o possibilità di impedire l'altrui ingerenza, cfr. Cass., sez. II, 4 dicembre 1995, n. 12493, in *Banca dati Pluris*.

³⁵ In ordine alla possibilità di manifestare l'opposizione all'ingerenza altrui, quale presupposto di configurazione della tolleranza, cfr. SICCHIERO G. *op. cit.*, 373 s.; l'Autore aggiunge altresì la spontaneità del contegno di mancata reazione, quale carattere strutturale della tolleranza (375).

³⁶ La conoscenza della situazione di fatto da parte del proprietario costituisce il presupposto della configurabilità dell'atteggiamento passivo in termini di tolleranza, anziché di mera inerzia: in tal senso, cfr. in dottrina: SALIS A. *op. cit.*, 177; PATTI S. *Atti di passaggio su fondo altrui e tolleranza del proprietario* in *Giur. it.*, 1978, I, 2, 500.

materiale con il bene (cd. *scientia*)³⁷; la pazienza espressa nell'omessa reazione all'ingerenza integrante una violazione del suo diritto (cd. *patientia*)³⁸.

L'atteggiamento di tolleranza rinviene la sua giustificazione in svariati motivi: può derivare da uno spirito di condiscendenza in virtù di rapporti di parentela, amicizia o buon vicinato sussistenti tra il titolare ed il terzo, ovvero essere giustificato da ragioni di opportunità³⁹.

³⁷ In ordine al requisito della *scientia*, intesa come conoscenza del fatto da parte dell'autore del contegno omissivo, quale presupposto necessario per la configurazione del silenzio come manifestazione di tolleranza, cfr. DONATUTI G. *op. cit.*, 468.

³⁸ In merito al concetto di tolleranza *ex art.* 1144 c.c. ed ai suoi requisiti costitutivi, la giurisprudenza è univoca nel suo orientamento, ormai consolidato: cfr. Cass., 6 marzo 1950, n. 572, in *Rep. Foro it.*, 1950, voce cit., n. 55; Cass., 27 agosto 1953, n. 2904, *ivi*, 1953, voce cit., n. 24; Cass., 3 dicembre 1959, n. 3495, *ivi*, 1959, voce cit., n. 42; Cass., 6 luglio 1968, n. 2306, in *Mass. Foro it.*, 1968; Cass., 17 maggio 1972, n. 1495, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce cit., 30; Cass., 6 giugno 1981, n. 3655, *ivi*, 1981, voce cit., n. 11; Cass., 8 marzo 1984, n. 1620, in *Foro it.*, 1984, I, 1573; Cass., 3 febbraio 1998, n. 1042, in *Mass. Foro it.*, 1988; Cass., sez. II, 18 giugno 2001, n. 8194, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 387. Si esprime in senso critico verso le applicazioni giurisprudenziali (e le trattazioni dottrinali) della tolleranza nel campo dei diritti reali BISEGNA U., *op. cit.*, 401, nt. 8. L'Autore osserva: «... la letteratura giurisprudenziale e dottrina ha molto spesso il torto di non riprodurre la casistica dei fatti accolti o respinti per verificare se dalla nozione e dal significato della norma dell'art. 1144 c.c. si sia fatta e quale applicazione pratica. Le massime spesso non sono che mere petizioni di principio inconferenti e inconseguenti. Non meraviglia quindi se la norma in questione appaia a molti costantemente disapplicata con la conseguenza di una crescente litigiosità per fatti che, se indagati e decisi in coerenza ai presupposti del dettato legislativo, avrebbe finito con il ridurre al minimo i casi controversi da sottoporre al giudizio definitivo della Corte di Cassazione...». In senso analogo, cfr. Cass. n. 1620/1984, cit., con nota adesiva di MACARIO F. in *Foro it.*, 1984, I, 1573 s., in cui traspare la difficoltà di ricostruire con esattezza la nozione e la portata della tolleranza *ex art.* 1144 c.c. in ragione del carattere stereotipato delle massime giurisprudenziali in materia, che raramente rispecchiano le peculiarità dei singoli casi decisi.

³⁹ In merito alle ragioni da cui trae origine l'atteggiamento di tolleranza, cfr. GRECO P., *Della proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, III, Torino, 1968, 295. L'Autore ne evidenzia il carattere non economico, individuandole in gentilezza, familiarità, ovvero buon vicinato, quali ragioni riconducibili ad una sfera estranea al diritto, inerente al piano etico; tale considerazione è richiamata per segnalare la *ratio* sottesa alla scelta dell'ordinamento di non riconnettere alla tolleranza la perdita e l'acquisto di diritti. La giurisprudenza tende a circoscrivere le ragioni dell'atteggiamento di *pati* ai rapporti familiari, amichevoli o di buon vicinato tra il titolare del diritto e l'autore degli atti di ingerenza (cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 19 ottobre 2012, n. 18053 e Cass., sez. II, 23 luglio 2005, n. 17339, entrambe in *Banca dati Pluris*). Osserva, invece, che la tolleranza può essere motivata anche da diverse circostanze BIANCA C.M. *Diritto civile 6, La proprietà*, Milano, 1999, 748. L'Autore evidenzia che il tipo di ragione in concreto giustificante la *patientia* del titolare è destinato ad influire sul regime di prova della tolleranza: nel caso di relazioni familiari, amichevoli o di buon vicinato, l'onere della prova risulta agevolato poiché il titolare può avvalersi di presunzioni, legate alla consistenza del rapporto tra le parti; diversamente, «al di fuori di queste circostanze occorre provare un'esplicita o tacita manifestazione di accondiscendenza, come, ad es., l'aver dato un permesso verbale». Evidenzia che la condiscendenza del *dominus* può derivare anche da ragioni di opportunità SICCHIERO G. *op. cit.*, 380.

La pazienza non manifesta, tuttavia, la volontà del titolare di accettare gli effetti a sé sfavorevoli determinati dall'intromissione altrui.

Questo aspetto vale a distinguere la nozione di tolleranza dal concetto di acquiescenza, che viceversa esprime l'intenzione del titolare di assentire ad una limitazione del suo diritto in conseguenza del comportamento tenuto dal terzo.

L'elemento dell'assenso compare nondimeno in alcune definizioni elaborate in via giurisprudenziale, laddove si configura la tolleranza come *permissio* manifestata in forma tacita, rinveniente il suo fondamento nell'esistenza di rapporti di amicizia, familiarità o buon vicinato tra i soggetti coinvolti, che giustificano la condiscendenza manifestata dal titolare⁴⁰.

La *permissio* esprime tuttavia un assenso limitato alla situazione di fatto instaurata dal terzo che consegue la disponibilità materiale ed il godimento del bene, non esteso al consolidamento di una pretesa sul bene stesso da parte del terzo⁴¹.

L'assenso invocato come elemento concorrente alla descrizione del fenomeno non è inteso, pertanto, come accettazione delle limitazioni al proprio diritto per effetto del godimento instaurato di fatto dal terzo⁴².

⁴⁰ In giurisprudenza, cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 22 maggio 1990, n. 4631; Cass., sez. II, 10 aprile 1986, n. 2497; Cass., sez. II, 5 ottobre 1985, n. 4820; Cass., sez. II, 25 gennaio 1983, n. 697, in *Banca dati Pluris*: «gli atti di tolleranza, che secondo l'art. 1444 c.c. non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso, sono quelli che...traggono la loro origine da rapporti di amicizia o familiarità (o da rapporti di buon vicinato sanzionati dalla consuetudine), i quali, mentre *a priori* ingenerano e giustificano la *permissio*, conducono per converso ad escludere nella valutazione *a posteriori* la presenza di una pretesa possessoria sottostante al godimento derivatone». In senso analogo, cfr. in dottrina BISEGNA U. *op. cit.*, 401. L'Autore, richiamandosi all'opinione consolidata in sede interpretativa, evidenzia l'elemento della *permissio* insito nel concetto di tolleranza, sottolineandone il carattere tuttavia precario, inidoneo a determinare il consolidamento della pretesa sul bene in capo al terzo: « [gli] atti di tolleranza ..., come risulta dalla rassegna delle opinioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza in modo concorde, suppongono un permesso tacito del proprietario, che si induce a sopportarne l'altrui esercizio per amicizia o altre simili relazioni, con libertà assoluta di farli cessare quando gli piaccia».

⁴¹ In merito all'inidoneità della tolleranza a consolidare una pretesa del terzo sul bene stesso, cfr. SICCHIERO G. *op. cit.*, 373: «...essendo pacifico che la tolleranza non comporta rinuncia alla successiva *prohibitio* o riconoscimenti a favore dell'intruso».

⁴² Permane, infatti, l'eventualità (e legittimità) del sopravveniente divieto ad opera del titolare: in tal senso, cfr. *ex multis* Cass., 1 dicembre 1997, n. 12133, in *Banca dati Pluris*.

La mancata opposizione insita nel concetto di tolleranza non vale quindi ad attribuire al terzo alcuna pretesa in ordine al consolidamento della situazione materiale sul bene né alcun diritto sul bene stesso⁴³.

Il titolare può infatti, in qualsiasi momento, attivarsi per far valere il suo diritto, ponendo termine al contegno omissivo⁴⁴.

Tale circostanza incide sulla portata del godimento esercitato dal terzo, che viene ad assumere carattere transitorio e saltuario, segnalando la consistenza assai modesta del godimento instaurato sulla *res* per effetto della tolleranza altrui e, di conseguenza, la scarsa incidenza dell'ingerenza sulla sfera giuridica del titolare, quale dato idoneo a giustificare l'opzione legislativa intesa ad escludere il radicamento di una pretesa possessoria in capo al terzo.

Le modalità di utilizzo della *res* da parte del terzo sono quindi evocate come circostanza inerente alla *ratio* dell'esclusione del possesso e come segnale dell'atteggiamento di condiscendenza manifestato dal titolare.

In particolare, il carattere transitorio e saltuario del godimento esercitato dal terzo viene invocato come circostanza idonea a fondare una presunzione di tolleranza in capo al titolare, agevolando l'assolvimento dell'onere probatorio su di esso incombente⁴⁵.

⁴³ In tal senso, cfr. BISEGNA U. *op. cit.*, 402: «... il titolare del diritto sopporta l'invasione di fatto del suo potere da parte di un estraneo solo per compiacenza e con la riserva che non rimanga pregiudicata in nessun modo la pienezza del medesimo potere proprio».

⁴⁴ La tolleranza non preclude al titolare di manifestare successivamente una volontà in senso contrario, intesa ad esprimere la sua opposizione: in tale ipotesi, il comportamento del terzo che persista nel godimento di fatto del bene, nonostante la *prohibitio domini* che rimuove il precedente atteggiamento di tolleranza, è configurabile come spoglio, con conseguente legittimazione del titolare ad avvalersi della tutela possessoria (cfr. Cass., sez. II, 19 maggio 1988, n. 3486 in *Giust. civ. Mass.* 1988, fasc. 5). In dottrina, cfr.: PROTETTI E. *Le azioni possessorie*, Milano, 1989, 58. In senso analogo, cfr. SICCHIERO G. *op. cit.*, 373. L'Autore, evidenziando che «la tolleranza non comporta rinuncia alla successiva *prohibitio*», identifica la cessazione del contegno di pazienza come «interruzione», anziché come «revoca», in ragione della natura giuridica della fattispecie: «varie decisioni, seguite anche dagli autori, dicono inoltre che la tolleranza sarebbe sempre revocabile, ma più correttamente altra letteratura parla di interruzione della medesima: poiché la tolleranza è un fatto giuridico umano, come tale non è modificabile in base ad un atto giuridico ma può solo cessare di essere» (376).

⁴⁵ In tal senso, cfr. Cass., 23 marzo 1965, n. 469, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce cit., n. 31; Cass., 11 novembre 1986, n. 6591, *ivi*, 1986, voce cit., nn. 12, 13, 15: nelle pronunce citate, la Cassazione sostiene il carattere temporaneo, di norma, del potere di fatto esercitato dal terzo sul bene in virtù della tolleranza del proprietario. Esclude, tuttavia, che il carattere temporaneo e saltuario del godimento possa fondare una presunzione di tolleranza nel caso in cui il godimento del bene corrisponda all'esercizio di una servitù

In conseguenza di tale ricostruzione, la tolleranza del titolare non si ritiene di norma compatibile con l'uso prolungato nel tempo di un bene da parte del terzo⁴⁶.

L'elemento di transitorietà e saltuarietà segnala, infatti, la modesta portata del godimento e di conseguenza l'incidenza in termini assai deboli sul diritto del titolare, che motiva lo spirito di compiacenza sotteso al contegno di tolleranza: il godimento in cui si sostanzia il comportamento tollerato non rappresenta per il titolare un pregiudizio apprezzabile, giustificando pertanto l'atteggiamento di condiscendenza a fronte dell'ingerenza altrui⁴⁷.

La presunzione di tolleranza in base al carattere transitorio ed occasionale del godimento è superata dalla stessa giurisprudenza nel caso in cui venga in rilievo una specifica ragione a giustificazione dello spirito di condiscendenza del titolare, identificata nella sussistenza di rapporti di familiarità tra il titolare ed il terzo⁴⁸. La natura peculiare della relazione tra i soggetti coinvolti, consistente nel legame di parentela, si connota infatti in termini di maggiore stabilità nel tempo rispetto ai rapporti di amicizia o di buon vicinato, che parimenti possono giustificare l'atteggiamento di tolleranza da parte del titolare del

discontinua, in cui le modalità di utilizzo della cosa rispondono all'interesse del soggetto, come nel caso di passaggio su fondo altrui non richiedente una frequente utilizzazione del transito, cfr. Cass., sez. II, 25 marzo 1997, n. 2598, in *Banca dati Pluris*.

⁴⁶ In tal senso, cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 17 luglio 2012, n. 12273. In senso opposto, cfr. in dottrina SICCHIERO G. *op. cit.*, 376: l'Autore aderisce alla tesi che ammette la compatibilità della tolleranza con un uso prolungato del bene, argomentando dal tenore letterale dell'art. 1144 c.c., che non contiene alcun elemento idoneo a giustificare la limitazione dell'ambito operativo della tolleranza in base al carattere transitorio e saltuario del godimento; individua, viceversa, come elemento decisivo «l'immanenza di una sempre consentita *prohibitio*, escludendosi quindi una rinuncia tacita in virtù della tolleranza» (381).

⁴⁷ In merito alla portata modesta del godimento esercitato mediante gli atti tollerati, cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 25 febbraio 1986, n. 1185, in *Banca dati Pluris*. In dottrina, cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile 6, La proprietà*, cit., 747, che correla al carattere limitato del godimento la *ratio* della regola contenuta nell'art. 1144 c.c.: «le ingerenze limitate e saltuarie compiute con l'altrui tolleranza non danno luogo ad una situazione possessoria in quanto non sono socialmente valutabili quali affermazione di un potere sulla cosa in contrasto col diritto del proprietario».

⁴⁸ Le circostanze indicate (contenuto modesto del godimento e durata transitoria dello stesso) conservano un ruolo limitato al piano probatorio, valendo come presunzione semplice in favore del titolare del diritto onerato della dimostrazione del contegno di pazienza; non investono, viceversa, la base strutturale del concetto di tolleranza, che resta ancorata allo spirito di condiscendenza ed all'elemento della *permissio*. In tal senso, cfr. Cass., sez. II, 19.4.1994, n. 3712, in *Banca dati Pluris*: «...ai fini della definizione del concetto di atto di tolleranza, più che sugli elementi della transitorietà, saltuarietà, brevità del godimento e della modestia del contenuto di questo, bisogna porre l'accento sulla origine degli atti in questione, che va ravvisata nei rapporti di amicizia, familiarità, buon vicinato, sanzionati dalla consuetudine, e nello spirito di condiscendenza del proprietario o possessore, che si manifesta nella cosiddetta "permissio domini", espressa o tacita, la quale è un atto unilaterale».

diritto (reale) sul bene⁴⁹. I rapporti di amicizia e di buon vicinato appaiono, infatti, labili e mutevoli nel tempo, a differenza dei vincoli di parentela, che viceversa giustificano il mantenimento di un atteggiamento di tolleranza per un lungo arco temporale⁵⁰. Nel contesto dei rapporti di parentela, è la natura stessa del rapporto a fondare la presunzione di tolleranza, rendendo altresì plausibile il mantenimento di un atteggiamento tollerante per un prolungato periodo di tempo⁵¹.

Di conseguenza, il carattere transitorio ed occasionale del godimento vale a radicare la presunzione di tolleranza del titolare nelle ipotesi in cui i soggetti coinvolti siano legati da rapporti di amicizia o di buon vicinato⁵²; viceversa, perde la sua valenza presuntiva nel caso di relazioni di parentela o familiarità⁵³.

L'elaborazione in via giurisprudenziale degli elementi idonei a fondare la presunzione di tolleranza assume particolare rilievo in ragione della distribuzione dell'onere della prova nelle controversie tra il titolare ed il terzo, che investono essenzialmente due aspetti: la pretesa del terzo all'acquisto del diritto sul bene per effetto dell'usucapione ovvero l'invocazione della tutela possessoria a fronte dell'intervento del titolare che ponga termine al suo contegno inerte⁵⁴.

⁴⁹ In tal senso, cfr. Cass. n. 12273/2012, cit.

⁵⁰ Cfr. Cass., sez. II, 18 giugno 2001, n. 8194, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 389. In particolare, il carattere labile e mutevole dei rapporti di amicizia e di vicinato rende più difficile il mantenimento del contegno di tolleranza per un lungo arco di tempo: in tal senso, cfr. Cass., sez. II, 22 maggio 1990, n. 4631 in *Banca dati Pluris*.

⁵¹ In tal senso, cfr. Cass., sez. II, 20 febbraio 2008, n. 4327, in *Banca dati Pluris*: «... nell'indagine diretta a stabilire, alla stregua di ogni circostanza del caso concreto, se un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o altro diritto reale sia stata compiuta con l'altrui tolleranza, e quindi sia inidonea all'acquisto del possesso, la lunga durata dell'attività medesima può integrare un elemento presuntivo, nel senso dell'esclusione di detta situazione di tolleranza, qualora si verta in tema di rapporti non di parentela, ma di mera amicizia o buon vicinato, tenuto conto che nei secondi, di per sé labili e mutevoli, è più difficile il mantenimento di quella tolleranza per un lungo arco di tempo». In senso analogo, cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 27 aprile 2006, n. 9661, nonché Cass., sez. II, 18 giugno 2001, n. 8194, entrambe in *Banca dati Pluris*.

⁵² Cfr. *ex multis* Cass., 8 febbraio 1996, n. 1015, in *Banca dati Pluris*: l'esercizio duraturo di un potere di fatto sul bene, ove si configuri nell'ambito di un rapporto di amicizia o di buon vicinato, radica una presunzione di possesso nel terzo.

⁵³ Cfr. *ex multis* Cass. 22 maggio 1990, n. 4631 in *Banca dati Pluris* e, più di recente, Cass., sez. II, 20 febbraio 2008, n. 4327 in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 2, 258: qualora i soggetti coinvolti siano legati da un vincolo di parentela (o più in generale di familiarità), la circostanza relativa al prolungato esercizio del potere di fatto sulla cosa non vale di per sé ad escludere la tolleranza del proprietario.

⁵⁴ Le controversie tra titolare del diritto e terzo riguardano di norma l'acquisto della proprietà sul bene da parte del terzo per effetto dell'usucapione, maturata in base al possesso esercitato per il tempo previsto

Attesa la presunzione di possesso in favore del soggetto che instauri un potere di fatto sul bene, l'impedimento al consolidamento del possesso (e, per l'effetto, la negazione dell'acquisto del diritto per usucapione ovvero l'esclusione della tutela possessoria) è ancorato alla dimostrazione della tolleranza, incombente sul titolare⁵⁵.

In tale contesto, gli indici presuntivi (carattere transitorio e occasionale del godimento in capo al terzo, ovvero sussistenza di una relazione di parentela tra i soggetti coinvolti) valgono a semplificare la dimostrazione di un fatto negativo, quale la tolleranza, incombente sul titolare del diritto (reale) sul bene⁵⁶.

Tali circostanze, costantemente invocate dalla giurisprudenza per risolvere la questione relativa all'onere probatorio incombente sul titolare, non esauriscono tuttavia, il novero dei fatti desumibili dall'esperienza della realtà socio-economica, suscettibili di radicare una presunzione di tolleranza, destinata ad operare in favore del titolare stesso.

Si evidenzia, in particolare, il valore presuntivo della circostanza rappresentata dallo "stato dei luoghi", che si aggiunge agli ulteriori fatti identificati nella "pratica della concreta situazione di godimento" e nello "spessore del rapporto tra i soggetti coinvolti" nel cui ambito abbia origine il comportamento di tolleranza⁵⁷. Si conferma, tuttavia, la

dalla legge: in tale contesto, assume particolare rilievo la qualificazione del potere di fatto esercitato dal terzo sul bene in termini di possesso (e la prova della sussistenza dei requisiti costitutivi del possesso).

⁵⁵ La distribuzione dell'onere probatorio tra i soggetti coinvolti è illustrata in modo chiaro in una recente pronuncia della Cassazione, concernente una controversia in materia di usucapione (Cass., sez. II, 8 maggio 2012, n. 7015: «Giova rammentare che l'art. 1141 c.c., comma 1, pone una presunzione *iuris tantum* di possesso in capo a colui che esercita il potere di fatto sulla cosa corrispondente all'esercizio di un diritto reale, sicchè spetta a colui che contesta tale potere l'onere di provare che l'attività materiale corrispondente al possesso sia iniziata come mera detenzione o come precario ovvero per tolleranza del titolare del diritto. Pertanto, quando sia stata fornita la prova del potere di fatto sulla cosa e non sia stata data la prova contraria, dovrà ritenersi la sussistenza del possesso valido *ad usucapionem*, mentre in caso contrario sarà necessario che colui il quale intende avvalersi del possesso ai fini dell'acquisto per usucapione del diritto corrispondente dimostri di aver mutato la originaria detenzione in possesso (cd. *interversio possessionis*)».

⁵⁶ In ordine alla difficoltà di provare un fatto negativo, quale l'atteggiamento di *patis*, che di norma non si esterna in atti positivi, cfr. BISEGNA U., *op. cit.*, 403 s. In giurisprudenza, si evidenzia l'ulteriore difficoltà sul piano probatorio legata al sostrato psicologico della ragione sottese alla tolleranza (condiscendenza): in tal senso, cfr. Cass. n. 1620/1984, cit.

⁵⁷ In ordine agli indici presuntivi di tolleranza suscettibili di agevolare l'onere probatorio in capo al titolare, cfr. Cass., sez. II, 8 marzo 1984, n. 1620, cit., in *Foro it.*, 1984, I, 1573 ss. Nella pronuncia citata, la Cassazione conclude negando la ricorrenza della situazione di tolleranza addotta dal proprietario per escludere la pretesa possessoria del terzo in merito al godimento del passaggio sul fondo del proprietario stesso. Tale conclusione è fondata su due dati: la durata prolungata del godimento, destinata ad assumere rilievo presuntivo in senso contrario alla sussistenza di un atteggiamento di tolleranza in ragione della

prevalenza a fini presuntivi dell'elemento inerente alla consistenza del rapporto tra il titolare del diritto e l'autore del fatto di intromissione, considerata come circostanza capace di segnalare «in grado maggiore di attendibilità» la sussistenza di un contegno tollerante⁵⁸.

Il carattere transitorio e saltuario del godimento è altresì invocato nell'ambito del dibattito in merito alla configurabilità di una situazione giuridica meritevole di protezione in capo al terzo per effetto della mancata opposizione del titolare: è, infatti, richiamato come argomento a sostegno della soluzione negativa, volta ad escludere il radicamento di una posizione tutelabile in capo al terzo.

Tale profilo risulta, peraltro, distinto dalla questione concernente la legittimazione del soggetto ad invocare la tutela possessoria *ex art. 1168 c.c.* a fronte dello spoglio realizzato dal titolare del diritto o da un terzo, che investe viceversa la configurabilità della disponibilità materiale del bene da parte dell'autore dell'intromissione in termini di detenzione, suscettibile di legittimare il soggetto alla proposizione dell'azione di reintegrazione.⁵⁹

ricorrenza nel caso concreto di un rapporto di amicizia e buon vicinato, connotato per sua natura da un carattere labile e mutevole nel tempo; lo stato dei luoghi, attesa la destinazione univoca del sentiero posto sul fondo del proprietario, che conduceva unicamente al fondo del terzo realizzandone un collegamento con la via pubblica. Valorizzando tali circostanze, la conclusione nega la legittimazione del proprietario del fondo ad impedire il godimento altrui rappresentato dal passaggio sul fondo mediante l'apposizione di una cancello inteso ad inibire l'utilizzo da parte del vicino del sentiero.

In merito alla consistenza dei succitati indici presuntivi, cfr. Cass., n. 18053/2012, cit., in cui si evidenzia il carattere semplice (anziché legale) della presunzione integrata dalle suddette circostanze.

⁵⁸ In tal senso, cfr. Cass. n. 1620/1984, cit., in cui si evidenzia il rapporto tra gli indici presuntivi rappresentati dalle modalità concrete di godimento della *res* (in particolare, la sua durata) e dallo spessore della relazione sussistente tra i soggetti coinvolti: «in quest'ordine di concetti, l'anzidetto parametro "durata" palesa chiaramente la misura e i limiti della sua rilevanza: minima o nulla – ad esempio – nel caso di rapporti di parentela, nel quale la tolleranza può mantenersi tale, e intatta nell'essenza e negli effetti, per tutto il corso parallelo di due o più vite umane; determinante – come in specie – nel caso di rapporti di amicizia e di buon vicinato, labili e mutevoli *quoad personas* e *quoad substantiam*».

⁵⁹ L'orientamento prevalente in giurisprudenza esclude che il terzo possa usufruire dell'azione di reintegrazione *ex art. 1168 c.c.*. Tale conclusione è condivisa in dottrina anche da quegli interpreti che, pur qualificando la situazione di godimento come detenzione, la assimilano alla detenzione per ragioni di ospitalità (esclusa dall'ambito della tutela *ex art. 1168 c.c.*), valorizzando i motivi di cortesia a fondamento dell'atteggiamento di tolleranza. In ordine al dibattito interpretativo in merito alla natura della relazione instaurata dal terzo sul bene per effetto del comportamento tollerato, cfr. SICCHIERO G. *op. cit.*, 377: l'Autore qualifica la fattispecie come detenzione, ma nega la legittimazione del terzo all'esercizio dell'azione di reintegrazione, attesa l'analogia con la detenzione per ragioni di ospitalità, fondata sulla precarietà del godimento e sull'immanenza del controllo da parte del titolare, che evidenziano la scarsa consistenza del

La questione che invece si intende considerare attiene alla definizione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla tolleranza: occorre valutare se il comportamento passivo del titolare del diritto possa determinare in capo al terzo la nascita di un interesse meritevole di protezione.

L'eventuale riconoscimento di una posizione tutelabile in capo all'autore degli atti tollerati determinerebbe l'illiceità del comportamento del proprietario inteso alla cessazione della tolleranza ed alla conseguente rimozione della situazione di disponibilità materiale instaurata dal terzo; il terzo, privato della disponibilità del bene, sarebbe quindi legittimato ad invocare la tutela risarcitoria *ex art. 2043 c.c.*

La questione assume particolare rilievo in ragione della posizione assunta dalla giurisprudenza, che esclude la legittimazione del terzo alla proposizione dell'azione di reintegrazione a fronte dell'intervento del titolare inteso alla cessazione dello stato di tolleranza⁶⁰.

Il carattere transitorio e saltuario del godimento è invocato come argomento a sostegno della tesi volta ad escludere il radicamento di una posizione meritevole di tutela in capo al terzo e la conseguente risarcibilità del pregiudizio subito per effetto della cessazione del contegno di mancata opposizione ad opera del titolare del diritto.

La motivazione è rivenuta nel contenuto del diritto di proprietà in capo al titolare, che comprende il mancato uso della *res* e giustifica la persistenza (e legittimità) del potere di *prohibitio*⁶¹.

rapporto tra il terzo e la *res* oggetto di godimento. I termini del dibattito interpretativo sono altresì riportati in PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 19 s.: l'Autore evidenzia la carenza di legittimazione del terzo nel caso di cessazione dello stato di tolleranza, attesa la mancata ricorrenza di uno spoglio in senso tecnico; viceversa, ammette la legittimazione del soggetto a fronte dello spoglio realizzato da un terzo, quantomeno nel caso in cui il potere di fatto esercitata sulla *res* per effetto della tolleranza altrui si traduca in «forma di compiuta utilizzazione del bene»

In ordine all'esclusione della tutela *ex art. 1168 c.c.* nel caso di disponibilità del bene per tolleranza altrui, cfr. *ex multis* Cass., 22.10.1974 n. 3034, in *Rep. Foro it.*, voce Possesso, n. 13. In senso contrario, cfr. Cass., 16.10.1969, n. 3367, in *Giust. civ.*, 1970, I, 28.

⁶⁰ La giurisprudenza mostra di prescindere dalla questione concernente la qualificazione della situazione di godimento del terzo in termini di detenzione, attribuendo valore decisivo alla circostanza rappresentata dall'immanenza di una sempre consentita *prohibitio* da parte del titolare, insita nella nozione stessa di tolleranza.

⁶¹ In tal senso, cfr. RUFFOLO U. *op. cit.*, 370. L'Autore, in particolare, evidenzia la configurabilità della tolleranza *ex art. 1144 c.c.* come atto (se pure negativo) di esercizio del diritto di proprietà, adducendo tale

A sostegno della tesi negativa una determinata posizione dottrinale, valorizzando il carattere saltuario e transitorio del godimento instaurato dal terzo sulla *res*, prospetta la riconducibilità della tolleranza all'ipotesi di concessione precaria del bene⁶².

Tale argomento giustifica l'applicazione agli atti tollerati della disciplina in materia di comodato senza determinazione di durata (art. 1810 c.c.), cui è ricondotta la figura del cd. precario, che include le ipotesi in cui il proprietario conferisce ad un terzo a titolo gratuito la facoltà di godimento del bene, riservandosi il potere di richiederne in qualsiasi momento la restituzione⁶³.

L'art. 1810 c.c., infatti, impone al comodatario l'obbligo di restituire la *res* a richiesta del comodante, ove il comodato sia stato convenuto senza una durata determinata: la disponibilità ed il godimento del comodatario sono quindi destinati a cessare per volontà (unilaterale) del comodante.

La tesi che ammette l'applicabilità dell'art. 1810 c.c. alle fattispecie di godimento instaurato per effetto della tolleranza altrui muove dalla considerazione secondo cui il

dato come giustificazione della scelta normativa di escludere la configurabilità di una situazione possessoria in capo all'autore degli atti tollerati: «da tolleranza *ex* art. 1144 c.c. designa appunto la sfera operativa del non uso come esercizio di facoltà del proprietario, apparendo quale causa d'esclusione del possesso».

⁶² Siffatto orientamento è riportato in BAZZANI S. *Precario* in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 146, evidenziandone il carattere ormai minoritario, trattandosi di un'impostazione generalmente respinta, sostenuta in seno al dibattito inteso ad individuare i rapporti tra precario e comodato. In tale contesto era infatti emersa una tesi che, concludendo nel senso dell'autonomia tra i due istituti, configurava il precario come istituto generale, idoneo a comprendere qualsiasi figura di detenzione provvisoria *nomine alieno*, rinveniente la sua fonte nella tolleranza del concedente. Tale conclusione, in particolare, utilizzava un'accezione di tolleranza (ormai superata) come fattispecie estranea al diritto, da collocarsi nell'ambito dei rapporti di cortesia (della cui giuridicità si dubita: cfr. GHEZZI G. *Cortesia (prestazioni di)* in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 1048 ss.), oltre a muovere dall'assunto dell'inquadramento tra i rapporti di cortesia anche del comodato (in senso critico, cfr. TAMBURRINO G. *Comodato (diritto civile)* in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 995). La tesi - respinta dagli interpreti - che colloca gli atti di tolleranza tra i rapporti di cortesia è riportata da PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 45 ss., nella parte dedicata al dibattito in merito alla qualificazione giuridica della tolleranza. L'Autore illustra le critiche mosse all'impostazione in questione, che si risolvono essenzialmente nell'esatta definizione del rilievo dell'elemento della cortesia nell'ambito della struttura della tolleranza: la cortesia rappresenta un mero motivo, correlato alla relazione sussistente tra i soggetti coinvolti; non assurge, pertanto, ad elemento di identificazione della natura giuridica della fattispecie. L'Autore, infatti, osserva che «deve osservarsi che si può tollerare per svariati motivi (amicizia, convenienza, ecc.), fra cui la stessa cortesia...in altri termini, la cortesia può costituire uno dei motivi o il motivo della tolleranza, ma non diventa mai un elemento che possa servire ad identificarla».

⁶³ In merito all'istituto del precario ed ai suoi rapporti con il comodato, cfr. CARRESI F. *Precario (diritto civile)* in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1976, 558. L'indagine muove dall'esigenza di verificare l'applicabilità al precario delle norme stabilite in materia di comodato: il termine "precario", infatti, non ricorre in alcuna disposizione del codice civile vigente, mentre era presente nell'ambito del codice civile abrogato.

carattere transitorio e saltuario della disponibilità materiale instaurata mediante atti tollerati evidenzerebbe la natura precaria del godimento⁶⁴.

L'accoglimento di tale opzione interpretativa determina l'inconfigurabilità di una posizione meritevole di tutela in capo al terzo i cui atti sono stati oggetto di tolleranza: il comportamento del titolare che abbandona il contegno passivo e si oppone alla situazione di godimento del terzo si assume infatti come lecito in virtù dell'applicazione della norma in materia di comodato precario, che attribuisce al titolare la facoltà di revoca *ad nutum* della concessione di godimento⁶⁵.

La tesi che fonda la liceità della sopravvenuta opposizione da parte del titolare sull'applicazione (in via diretta ovvero analogica) dell'art. 1810 c.c. è stata oggetto di rilievi critici⁶⁶. In particolare, sono stati addotti due argomenti: il primo, di carattere principale, evidenzia la diversa natura giuridica delle fattispecie in considerazione⁶⁷; il

⁶⁴ Tale impostazione sembra riecheggiare in alcune espressioni utilizzate in sede giurisprudenziale, che in sostanza assimilano la tolleranza alla concessione precaria, dal punto di vista del contenuto e della consistenza del godimento, quali situazioni suscettibili di escludere la legittimazione del soggetto all'esercizio dell'azione di reintegrazione nei confronti del proprietario della *res*: al riguardo, cfr. Cass., sez. II, 16 gennaio 1987, n. 282 in *Banca dati Pluris*.

⁶⁵ Tale opzione interpretativa è riportata in PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 35: l'Autore si mostra critico verso la tesi esposta, escludendo la riconducibilità della tolleranza all'ipotesi del comodato senza determinazione di durata.

⁶⁶ In ordine all'estraneità del fenomeno della tolleranza rispetto alla figura del comodato precario, cfr. RUFFOLO U. *op. cit.*, 369.

⁶⁷ In ordine all'inconfigurabilità della tolleranza nel caso in cui il contenuto del godimento sia frutto di un accordo tra le parti, cfr. Cass., sez. II, n. 3792/1994, cit.: «ove invece l'esercizio di un determinato potere di fatto sulla cosa altrui sia il portato di un accordo, di un patto che ne precisi modalità, condizioni e contenuto, si è fuori dal campo della tolleranza». Il caso sottoposto all'esame della Cassazione riguardava il godimento esercitato da un soggetto sulla striscia di terreno di proprietà del confinante, realizzato mediante l'installazione di pali, fili e tiranti di sostegno per favorire la coltivazione di viti sul proprio fondo. Il proprietario della striscia di terreno sosteneva la legittimità del suo intervento volto alla rimozione delle opere realizzate dal confinante, adducendo il suo contegno di tolleranza, l'inconfigurabilità di una situazione di possesso o di detenzione qualificata in capo al confinante e la conseguente liceità dell'intervento di rimozione in quanto costituente atto di esercizio del suo diritto di proprietà. La controparte, viceversa, deduceva l'esistenza di un accordo (in forma orale) con il proprietario del fondo confinante, volto alla concessione in via precaria e limitata nel tempo del potere di installare le suddette opere sulla striscia di terreno al confine tra i due fondi e, per l'effetto, il radicamento di una posizione di detenzione qualificata idonea a fondare la legittimazione all'esercizio dell'azione di reintegrazione a fronte dell'intervento demolitorio del vicino. La Cassazione, facendo applicazione del principio inteso a negare la compatibilità tra tolleranza e comodato (anche in forma precaria) in ragione della diversa natura giuridica delle fattispecie, conclude in senso favorevole al confinante autore delle opere sulla striscia di terreno altrui, riconoscendo la sua posizione di detentore qualificato, evidenziando la sussistenza dell'accordo tra le parti, riconducibile alla figura del comodato, incompatibile con l'esistenza di un contegno di tolleranza.

secondo, richiamato da una parte della dottrina, concerne l'invocabilità o meno del principio di affidamento⁶⁸.

La mancata reazione del titolare sarebbe infatti idonea a generare nel terzo un ragionevole affidamento in ordine al mantenimento della situazione tollerata dal proprietario e quindi alla conservazione del godimento instaurato; diversamente, l'affidamento del soggetto non può configurarsi a fronte di un accordo specifico in merito al godimento del bene, quale è il caso del comodato precario⁶⁹.

Tale assunto, condiviso dai fautori della tesi volta a configurare un ragionevole affidamento in capo al destinatario del contegno di tolleranza, si ricollega nondimeno all'argomento principale inerente alla natura giuridica delle fattispecie, valorizzando il dato rappresentato dal carattere contrattuale del comodato (anche in forma precaria), quale ostacolo al radicamento di un affidamento in capo al soggetto autore degli atti di godimento, viceversa configurabile a fronte del contegno di tolleranza.

L'orientamento prevalente esclude la ricorrenza di una posizione tutelabile in capo all'autore degli atti tollerati, senza invocare l'applicabilità della norma in materia di comodato senza determinazione di durata, bensì adducendo la pienezza dei poteri del proprietario e la persistenza della facoltà di *prohibitio* immanente nel concetto di tolleranza, attesa la portata limitata della *permissio*; di conseguenza, si qualifica come lecito ogni comportamento del titolare volto ad ottenere la cessazione della situazione posta in essere dal terzo⁷⁰.

⁶⁸ In ordine all'esigenza di distinguere la tolleranza dal comodato, anche precario, cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile 6, La proprietà*, cit., 748. L'Autore, pur richiamando l'elemento comune alle due fattispecie (la *permissio*), ne evidenzia la diversità: «il permesso dato ad un soggetto di esercitare atti di possesso a tempo indefinito (puoi passare sul mio fondo quando vuoi) o di trattenere la cosa presso di sé per servirsene (se vuoi leggere quel libro, prendilo pure) non è però più mera condiscendenza ma, secondo i casi, concessione precaria d'uso o concessione in comodato».

⁶⁹ Tale argomento è addotto da PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 38. L'Autore, in particolare, evidenzia l'idoneità della mancata reazione del titolare ad ingenerare nel terzo un affidamento meritevole di tutela, radicando un'aspettativa alla continuazione del godimento. In tale contesto, la condotta del titolare intesa a porre termine al contegno di tolleranza, manifestando la sua opposizione al compimento di attività precedentemente tollerate, deve considerarsi abusiva o contraria a buona fede, ove il godimento esercitato dal terzo non arrechi un pregiudizio apprezzabile al titolare, avuto riguardo anche all'utilità del terzo, da valutare in chiave comparativa (43 s.).

⁷⁰ In tal senso, cfr. PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 35. Siffatta conclusione risulta coerente alla portata della *permissio* insita nel concetto di tolleranza, secondo l'orientamento diffuso a livello

Nel tentativo di ricostruire l'efficacia giuridica della tolleranza in base ad una valutazione degli interessi in gioco, assumendo l'esigenza di valorizzare la posizione del destinatario del contegno di tolleranza, una parte della dottrina ha evidenziato il carattere parziale della disciplina contenuta nell'art. 1144 c.c., intesa a salvaguardare l'interesse del proprietario: la disposizione normativa in esame regola soltanto uno degli effetti derivabili dalla tolleranza, quale l'impedimento all'acquisto del possesso, che si risolve in termini favorevoli all'autore del contegno di tolleranza⁷¹.

Nell'ottica diretta a valorizzare l'interesse del destinatario del contegno di pazienza, si è negata l'antigiuridicità del comportamento del terzo alla luce della manifestazione di tolleranza da parte del titolare del diritto: l'atteggiamento di pazienza vale a rimuovere il carattere illecito del fatto realizzato dal terzo, rappresentato dall'intromissione nella sfera giuridica del titolare con conseguente violazione del suo diritto⁷².

Il valore esimente derivante dal contegno di tolleranza discende dal difetto di dolo o colpa in capo al terzo, che percepisce (ovvero fa affidamento) sulla mancata opposizione del titolare⁷³.

La negazione del carattere antigiuridico del fatto del terzo può ricondursi anche al piano oggettivo, valorizzando due dati, concorrenti a giustificare la mancata opposizione insita nel concetto di tolleranza: l'incidenza in termini assai deboli sul diritto del titolare;

giurisprudenziale: «nella ipotesi di tolleranza il conseguimento della disponibilità del godimento di una cosa o di una delle facoltà con le quali si estrinseca il godimento stesso (come ad es. il passaggio su un fondo) è caratterizzato ... soprattutto dall'*animus* di chi lo concede che consiste in una mera *permissio* cioè in una intenzione ... di conservare tutte le facoltà connesse alla qualità di proprietario e possessore, nonché dall'*animus* di chi la consegue che si concreta nella consapevolezza della idoneità della *permissio* a far sorgere a favore di esso utente un qualsiasi potere incompatibile con quello del permettente» (cfr. Cass., sez. II, 10 aprile 1986, n. 2497 in *Banca dati Pluris*). Seguendo tale impostazione, l'intervento del titolare volto alla cessazione dello stato di tolleranza viene a costituire un atto (legittimo) di esercizio del diritto di proprietà.

⁷¹ In merito all'ampiezza degli effetti giuridici della tolleranza, non riducibili all'aspetto disciplinato dall'art. 1144 c.c., cfr. PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 31.

⁷² In tal senso, cfr.: BETTI E. *op. cit.*, 76; PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 31. In merito all'idoneità della tolleranza *ex* art. 1144 c.c. a determinare un effetto favorevole nella sfera dell'intruso, rappresentato dall'esclusione del carattere illecito del suo comportamento di ingerenza, cfr. anche SICCHIERO G. *op. cit.*, 374 s.

⁷³ I percorsi seguiti in dottrina per giungere alla conclusione del difetto di illiceità del fatto realizzato dal terzo sono diversi: l'impostazione negoziale, che configura la tolleranza come una manifestazione di autonomia privata (BETTI E. *op. cit.*, 76); l'impostazione fondata sull'assenza dell'elemento soggettivo in capo al terzo, preteso danneggiante (PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 32).

l'assenza di un pregiudizio apprezzabile⁷⁴. Difetterebbe la configurabilità di conseguenze dannose risarcibili ovvero, a monte, la ricorrenza del requisito del danno ingiusto.

Il contegno tollerante impedisce pertanto al titolare di invocare il rimedio risarcitorio a fronte del pregiudizio derivante dalla compressione del suo diritto, integrata dall'esercizio del potere di fatto sulla *res* e dagli effetti sul bene del godimento ad opera del terzo⁷⁵.

Tale conclusione è contestata da una parte della dottrina, che muove da un diverso assunto: l'invocazione del rimedio risarcitorio rappresenta una forma di reazione successiva contro il comportamento del terzo; il potere di opposizione del titolare, che può estrinsecarsi anche nell'esercizio della tutela risarcitoria, non si consuma per effetto della tolleranza *ex art. 1144 c.c.*⁷⁶ Il contegno di pazienza ivi richiamato, infatti, non esprime il consenso del titolare alla compressione del suo diritto, idoneo ad attribuire carattere lecito al comportamento del terzo astrattamente lesivo, quale causa di giustificazione riconducibile all'area del «consenso dell'avente diritto»⁷⁷. Tale argomentazione rimanda, evidentemente, alla distinzione tra tolleranza ed acquiescenza: solo quest'ultima esprime il consenso del titolare alla violazione del suo diritto integrata

⁷⁴ Il dato inerente alla debole incidenza sul diritto del titolare è evidenziato in giurisprudenza, quale circostanza correlata alla portata modesta del godimento esercitato dal terzo: in tal senso, cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 22 maggio 1990, n. 4631, in *Banca dati Pluris*: gli atti di tolleranza...sono quelli che ... comportano un godimento di modesta portata, incidente molto debolmente sull'esercizio del diritto da parte dell'effettivo titolare o possessore». In ordine al carattere non apprezzabile del pregiudizio subito dal titolare del diritto, cfr. in dottrina SEGRE G. -MONTELE A., *Il possesso in Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, V, t. 4, Torino, 1956, 167.

⁷⁵ La portata di tale conclusione è precisata da PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 32. L'Autore osserva che il valore esimente della tolleranza deve circoscriversi ai danni necessariamente derivanti dall'attività tollerata: «bisogna, infatti distinguere tra l'ipotesi in cui si sono verificati i danni che derivano necessariamente dall'attività tollerata, e l'ipotesi in cui il comportamento colposo ha causato lesioni ulteriori. Può farsi l'esempio del proprietario che tollera il passaggio di autocarri sul proprio fondo. Il danno prodotto necessariamente dal passaggio sarà costituito dal formarsi dei solchi causati dalle ruote nel viottolo o, in mancanza di quest'ultimo, dalla rovina di una parte delle colture. La tolleranza del titolare esclude la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni suddetti. Ma se, proseguendo nell'esempio, nel corso di uno dei passaggi, un autocarro investe un muro o un animale per disattenzione del conducente, il danno causato deve considerarsi senz'altro risarcibile».

⁷⁶ In tal senso, cfr. RUFFOLO U. *op. cit.*, 374. L'Autore evidenzia che la tolleranza *ex art. 1144 c.c.* vale soltanto ad escludere la qualificazione in termini di possesso dell'attività del terzo, non anche a rimuovere il carattere illecito dell'altrui comportamento lesivo; ammette, tuttavia, che in alcune ipotesi la tolleranza possa rendere lecito il fatto del terzo (richiamando, a titolo esemplificativo, la tolleranza evocata nella disposizione contenuta nell'art. 936, co. 4, c.c.).

⁷⁷ In tal senso, cfr. RUFFOLO U. *op. cit.*, 374. L'Autore esclude il valore scriminante della tolleranza *ex art. 1144 c.c.*, negandone la riconducibilità al «consenso dell'avente diritto». In senso opposto si esprime SICCHIERO G. *op. cit.*, 374 s.

dal comportamento del terzo e, per l'effetto, l'accettazione delle conseguenze pregiudizievoli derivate nella sua sfera giuridica; preclude, pertanto, la possibilità di reazione successiva avverso il comportamento legittimato.

Il richiamo legislativo al fenomeno della tolleranza non è limitato alla disciplina in tema di possesso: la nozione è evocata anche da altre disposizioni in materia di proprietà e di diritti reali.

In particolare l'art. 936 c.c., nel regolare le sorti delle opere realizzate da un terzo sul fondo altrui nella parte dedicata ai modi di acquisto della proprietà, richiama i due elementi costitutivi della tolleranza, pur non evocandola espressamente⁷⁸.

Tale disposizione, nel contemperare il principio di accessione con il divieto generale dell'indebito arricchimento, esclude che il proprietario del fondo possa obbligare il terzo a rimuovere a sue spese le opere realizzate, ove sia state eseguite «*a sua scienza e senza opposizione*» (art. 936, co. 4, c.c.).

La norma richiama il duplice elemento costitutivo del concetto di tolleranza, ossia la conoscenza dell'attività realizzata dal terzo, estraneo alla sfera giuridica del proprietario del fondo, e la mancata opposizione del proprietario stesso⁷⁹.

In tale contesto, la tolleranza è regolata in senso favorevole al soggetto che subisce il contegno inerte: mantenendo fermo il principio generale dell'accessione, in base al quale il proprietario del suolo acquista la proprietà delle opere sullo stesso realizzate, l'atteggiamento di tolleranza viene ad incidere sullo *ius tollendi* spettante al proprietario del suolo ai sensi dell'art. 936, co. 1, c.c., che gli riconosce il diritto di scegliere se ritenere le opere stesse, versando un'indennità al terzo, o viceversa obbligare il terzo a rimuoverle a sue spese.

La tolleranza manifestata dal proprietario del suolo vale a limitare lo *ius tollendi* a questi spettante: il titolare non può obbligare il terzo a rimuovere a sue spese le opere in virtù della regola prevista nel quarto comma del citato art. 936; di conseguenza, è tenuto a

⁷⁸ L'espressione contenuta nell'art. 936, co. 4, c.c., che rimanda al concetto di tolleranza, è richiamata da PATTI S. *Tolleranza (atti di)*, cit., 702.

⁷⁹ La situazione prevista nell'art. 936, co. 4, c.c. come ipotesi in cui è configurabile un atteggiamento di *patis* in senso tecnico è invocata da SALIS A. *op. cit.*, 178.

corrispondere al terzo l'indennità prevista ai sensi del secondo comma del medesimo articolo.

La *ratio* della disposizione in esame è individuata nella logica dell'autoresponsabilità: la mancata reazione tempestiva del proprietario, cosciente delle opere realizzate sul proprio fondo per effetto dell'ingerenza del terzo, gli preclude l'esercizio dello *ius tollendi*, ossia gli impedisce di ottenere la rimozione delle opere realizzate dal terzo, consumando la sua potestà di reazione. In tale ottica, la perdita dello *ius tollendi* rappresenta la sanzione conseguente all'inosservanza di un onere di reazione tempestiva, che rinviene pertanto la sua giustificazione nel principio di autoresponsabilità⁸⁰.

La figura della tolleranza, elaborata sulla base delle norme ad essa riferite in materia di proprietà e di possesso, viene estesa ad altri ambiti del settore civile.

In particolare, il concetto di tolleranza è invocato dagli interpreti in tema di rapporti obbligatori: la mancata reazione dell'avente diritto è valutata in riferimento al contegno omissivo del creditore serbato a fronte di un comportamento tenuto dal debitore, che integri violazione del diritto di credito.

Il richiamo alla nozione di tolleranza non viene quindi circoscritto alla materia dei diritti reali, bensì è esteso in via interpretativa all'ambito dei diritti personali.

La rilevanza del contegno passivo del creditore è esaminata in riferimento a diverse condotte del debitore, suscettibili di integrare una violazione del diritto vantato dal creditore: il mancato ovvero l'inesatto adempimento della prestazione dedotta in obbligazione; l'inosservanza del termine di adempimento.

L'esigenza di valutare l'eventuale comportamento passivo del creditore assume particolare rilievo nell'ambito dei rapporti contrattuali di durata, in cui occorre verificare se la tolleranza manifestata dal creditore possa altresì influire sulle prestazioni future, oggetto del contratto ad esecuzione periodica o continuata.

⁸⁰ In ordine alla *ratio* della disposizione normativa contenuta nell'art. 936, co. 4, c.c., cfr.: RUFFOLO U. *op. cit.*, 374; SALIS A. *op. cit.*, 179.

La questione muove dal tentativo in via interpretativa di attribuire al contegno serbato dal creditore, che ometta di pretendere l'osservanza dell'obbligo gravante sul debitore, l'attitudine alla produzione di conseguenze favorevoli al debitore stesso.

La configurabilità di un risultato vantaggioso per il soggetto obbligato è correlata al riconoscimento di un'efficacia preclusiva alla tolleranza manifestata dal creditore, che in passato non abbia preteso l'osservanza dell'obbligo a carico del debitore, impedendo allo stesso di attivarsi successivamente per la realizzazione del suo diritto. In tale prospettiva, la tolleranza del creditore è un contegno destinato a consumare il potere di reazione dell'avente diritto a fronte del comportamento del debitore.

Nell'indagare sull'attitudine della tolleranza a determinare effetti favorevoli nella sfera giuridica del soggetto che la subisce, l'orientamento prevalente respinge l'impostazione in termini negoziali: esclude che l'efficacia della tolleranza in senso favorevole al debitore possa discendere dalla sua configurazione come manifestazione di volontà del creditore, intesa a modificare le clausole contrattuali aventi ad oggetto il contenuto della prestazione o le modalità di adempimento, ovvero come rinuncia al diritto di credito⁸¹.

Tre sono, in particolare, i dati normativi valorizzati come argomento a sostegno della tesi negativa: la disciplina in materia di *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) e novazione oggettiva dell'obbligazione (art. 1230 ss. c.c.), nonché in tema di remissione del debito (artt. 1236 ss. c.c.).

Il dettato legislativo evidenzia l'esigenza che la modifica delle clausole contrattuali relative al contenuto della prestazione ovvero la rinuncia al diritto di credito siano frutto di una volontà soggettiva (delle parti o del solo creditore) manifestata in modo non equivoco⁸².

⁸¹ In tal senso, cfr. *ex multis* Cass., sez. I, 18 marzo 2003, n. 3694 in *I contratti*, 2003, 10, 869 ss.

⁸²La modifica delle clausole contrattuali relative al contenuto della prestazione accordo tra le parti del rapporto obbligatorio, richiedente pertanto il consenso del creditore (art. 1197 c.c.), ovvero risulti in modo non equivoco la volontà delle parti di estinguere l'obbligazione precedente (art. 1230 c.c.).

In senso analogo, l'intenzione di rinunciare al diritto di credito, sottesa alla volontà di remissione del debito, deve manifestarsi mediante dichiarazione (art. 1236 c.c.) ovvero comportamento concludente tipizzato (restituzione volontaria del titolo ai sensi dell'art. 1237 c.c.). Al dato positivo in tema di remissione del debito si aggiungono, inoltre, le considerazioni in ordine all'istituto generale della rinuncia abdicativa: la rinuncia ad un diritto, se non espressa, può desumersi soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli in maniera inequivoca la sua volontà di non avvalersi del diritto stesso.

La tolleranza e, più in generale, l'omessa reazione dell'avente diritto devono quindi essere valutate alla luce di tali dati, per verificarne la qualificabilità in termini negoziali.

La soluzione in senso negativo discende dall'inidoneità del mero contegno passivo ad esprimere in modo univoco la volontà modificativa o remissiva del creditore.

La tolleranza, invece, non rappresenta un contegno idoneo, di per sé, a manifestare in modo univoco l'intenzione del creditore di rinunciare al proprio diritto ovvero di assentire alle modifiche realizzate dal debitore stesso mediante il comportamento integrante violazione del diritto di credito⁸³.

Il contegno passivo del creditore, che omette di pretendere l'osservanza dell'obbligo in capo al creditore, è riconducibile a svariati motivi (ignoranza, temporaneo impedimento, disinteresse, benevolenza, intenzione di rinuncia o di assenso alle modifiche del regolamento di interessi operate su iniziativa del debitore)⁸⁴. Tra le ragioni sottese al contegno passivo del creditore, possono venire in rilievo la benevolenza o lo spirito di condiscendenza: questi motivi vengono a giustificare l'atteggiamento di pazienza del titolare del diritto, senza tuttavia esprimere alcuna volontà abdicativa o modificativa⁸⁵.

La tolleranza, infatti, non rappresenta un contegno idoneo, di per sé, a manifestare in modo univoco l'intenzione del creditore di rinunciare al proprio diritto ovvero di assentire alle modifiche realizzate dal debitore stesso mediante il comportamento integrante violazione del diritto di credito; occorre, viceversa, la concorrenza di ulteriori

⁸³ Tale orientamento è ribadito, di recente, in Cass., sez. III, 7 agosto 2012, n. 14180, in *Banca dati Pluris*. In ordine all'esigenza di delineare i rapporti tra tolleranza e rinuncia tacita (sul presupposto della diversità delle fattispecie), cfr. in dottrina PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 51 ss. Dal punto di vista teorico, la differenza tra le figure è tratteggiata nei seguenti termini: «nel caso della rinuncia il titolare vuole dismettere il diritto; nel caso della tolleranza il titolare non si oppone alla utilizzazione che altri faccia del proprio diritto, il che ha un diverso significato sociale e non implica rinuncia allo stesso». In tale prospettiva, la qualificazione giuridica del comportamento serbato dall'avente diritto si risolve in una questione di interpretazione: «l'accertamento della ricorrenza dell'una o dell'altra figura dipende dall'interpretazione del comportamento del titolare del diritto».

⁸⁴ In ordine alla pluralità di ragioni astrattamente idonee a giustificare l'atteggiamento di mancata reazione del titolare a fronte dell'inosservanza dell'obbligo da parte del debitore, cfr. Cass., sez. II, 20 gennaio 1994, n. 466, in *Banca dati Pluris*.

⁸⁵ In tal senso cfr. *ex multis* Cass., sez. III, 15 marzo 2004, n. 5240 in *Banca dati Pluris*.

circostanze, idonee a conferire valore concludente al contegno di mancata reazione del creditore⁸⁶.

Lo schema negoziale non rappresenta, pertanto, il meccanismo idoneo a giustificare la produzione di effetti favorevoli nella sfera giuridica del debitore, che subisce l'atteggiamento inerte: l'indirizzo prevalente nega che la mera tolleranza del creditore possa manifestare, quale negozio in forma tacita o comportamento concludente, la volontà di rinunciare al diritto o di assentire alle modifiche del regolamento contrattuale⁸⁷.

Tale conclusione è coerente alla soluzione accolta in merito alla natura giuridica della tolleranza: si esclude, infatti, che la figura in esame abbia natura negoziale⁸⁸.

⁸⁶ In tal senso, cfr. Cass., sez. I, 18 marzo 2003, n. 3964 in *I contratti*, 2003, 10, 869 ss.: in particolare, la Cassazione esclude che la mera tolleranza (integrata, nel caso di specie, dalla mancata richiesta di adempimento nei confronti del debitore) possa valere ad integrare una presunzione di acquiescenza alla violazione di un obbligo contrattuale nè un consenso alla modificazione del suddetto obbligo. Tale orientamento trova conferma, di recente, in Cass., n. 14180/2012, cit.

⁸⁷ Al riguardo, cfr. Cass., 15 dicembre 1981, n. 6635 in *Foro it. Rep.*, 1981, voce Contratto in genere, n. 281. In senso analogo, cfr. Cass. sez. II, 26 luglio 2005, n. 15990 in *Banca dati Pluris*.

⁸⁸ L'impostazione negoziale è accolta in dottrina da BETTI E. *op. cit.*, 76. Il tentativo di qualificare la tolleranza in termini negoziali, respinta la tesi della configurazione come rinuncia tacita, punta alla sua qualificazione in termini di permesso: muove dalla valorizzazione dell'elemento della *permissio*, insita nel concetto di tolleranza, facendola assurgere ad una manifestazione di volontà del soggetto, assimilabile al consenso dell'avente diritto (in tal senso, cfr. SACCO R. *La nozione di contratto* in SACCO R. -DE NOVA G., *Il contratto*, I, Torino, 1993, 26). La tesi negoziale fondata sulla coincidenza tra tolleranza e permesso trae il suo argomento principale dalla pretesa attitudine della tolleranza ad eliminare il carattere illecito del fatto lesivo del suo diritto (tesi tuttavia non accolta in modo pacifico, soprattutto in tema di tolleranza manifestata nell'ambito dei rapporti obbligatori). Tale impostazione è censurabile nella misura in cui muove dalla considerazione dell'identità di effetti tra le fattispecie (eliminazione dell'antigiuridicità del comportamento lesivo del diritto) per risalire alla coincidenza di struttura tra le fattispecie, che invece restano diverse, proprio in ragione della consistenza negativa della mera tolleranza. La distinzione tra tolleranza e permesso è delineata in PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 70 s. (l'Autore aderisca alla tesi che annovera tra gli effetti della tolleranza l'elisione del carattere illecito del comportamento lesivo tenuto dall'autore degli atti tollerati). Due sono, in particolare, gli argomenti addotti a sostegno della diversità delle fattispecie: la natura omissiva della tolleranza, incompatibile con una manifestazione di volontà (se pure in forma tacita), viceversa insita nel permesso; il rapporto, sul piano temporale, con l'attività assentita, laddove la tolleranza si manifesta a fronte di un'attività già iniziata ed in corso di svolgimento, mentre il permesso concerne un'attività ancora da svolgere, per cui interviene in via preventiva.

In ordine alla qualificazione giuridica della tolleranza, cfr.: PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 45 ss. L'Autore illustra i termini del dibattito maturato in merito alla natura della fattispecie: la dottrina prevalente, superando la tesi assai risalente che collocava gli atti di tolleranza tra i rapporti di cortesia, riconduce il dibattito interpretativo a due soluzioni (la qualifica di atto giuridico in senso stretto e quella di atto negoziale); la tesi negoziale è tuttavia superata, valorizzando la distinzione dal concetto di rinuncia tacita. L'Autore propende per la soluzione intesa a qualificare la tolleranza come semplice comportamento

L'orientamento prevalente qualifica la tolleranza come "fatto giuridico umano", i cui effetti giuridici sono stabiliti dalla legge: le conseguenze del contegno serbato dal titolare del diritto si producono, pertanto, a prescindere dall'intenzione dell'autore diretta alla creazione di tali effetti⁸⁹. Questo aspetto vale ad assimilare la tolleranza alla categoria degli atti giuridici in senso stretto: l'inquadramento in siffatto *genus* è tuttavia impedito dalla consistenza negativa della tolleranza, che si sostanzia in un mancato intervento dell'avente diritto, pertanto in un non-atto⁹⁰. Tale circostanza giustifica la soluzione intesa a qualificare la tolleranza come fatto (umano)⁹¹.

La volontà di assenso alle modifiche ovvero di rinuncia al diritto viene invece ricondotta alla diversa figura dell'acquiescenza: la mancata reazione del titolare manifesta la volontà di accettare le conseguenze sfavorevoli derivanti dall'altrui comportamento incidente su una propria situazione di vantaggio; si configura, pertanto, come fattispecie negoziale⁹².

La tolleranza e l'acquiescenza sono quindi accomunate dal carattere passivo del contegno serbato dal soggetto: questi, cosciente dell'intervenuta violazione del suo diritto, omette di reagire, pur avendone la legittimazione e la possibilità. Rappresentano, tuttavia, una diversa qualificazione giuridica della fattispecie concreta, correlata alle motivazioni sottese alla mancata reazione: la tolleranza, infatti, esprime l'atteggiamento di

umano, cui l'ordinamento ricollega determinate conseguenze giuridiche. Al riguardo, cfr. altresì: BISEGNA U., *op. cit.*, 401; SICCHIERO G., *op. cit.*, 372 s.

⁸⁹ In tal senso, cfr. SICCHIERO G., *op. cit.*, 373.

⁹⁰ In tal senso, cfr. PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 63.

⁹¹ In tal senso, cfr. SICCHIERO G., *op. cit.*, 373: l'Autore evidenzia, in particolare, l'assimilazione sul piano della qualificazione giuridica tra la tolleranza ed il fatto illecito *ex* art. 2043 c.c., osservando che in entrambe le ipotesi ricorre un comportamento umano produttivo di effetti giuridici, creati in base all'ordinamento giuridico, quindi a prescindere dalla relativa intenzione del soggetto, purchè allo stesso imputabili.

⁹² In merito al concetto di acquiescenza nel diritto civile, cfr. PATTI S. *Acquiescenza: I diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss. In dottrina la nozione di acquiescenza è invocata in senso lato, sulla falsariga dell'impostazione accolta in sede processuale, nel cui contesto ha origine la figura in esame, tesa a distinguere fra acquiescenza propria, fondata sull'elemento della volontà, ed acquiescenza impropria, viceversa ancorata all'esigenza di certezza. In tale ottica, l'acquiescenza del titolare non esprime soltanto la volontà del soggetto di rinunciare al proprio diritto o di accettare le conseguenze a sé sfavorevoli derivanti dal comportamento lesivo altrui, riconducibile ad un atto di autonomia privata; viene invocata anche come circostanza idonea a precludere il potere di reazione del titolare in base ad una valutazione oggettiva operata dall'ordinamento (cd. fattispecie legale), in cui l'efficacia preclusiva è riconducibile ad un fatto di autoresponsabilità. In tal senso, cfr. RUFFOLO U., *op. cit.*, 374: l'Autore configura il contegno di inerzia disciplinato dall'art. 936, co. 4, c.c. come ipotesi di tolleranza legittimante, ossia idonea a rendere lecito il comportamento lesivo altrui, qualificabile in termini di acquiescenza (se pure non riconducibile allo schema negoziale bensì alla logica dell'autoresponsabilità).

condiscendenza del titolare, in ragione del rapporto esistente con l'autore dell'atto tollerato; viceversa, l'acquiescenza indica la volontà del soggetto di accettare il comportamento altrui a sé sfavorevole, integrante violazione del suo diritto⁹³.

I rapporti tra le due figure sono quindi ricostruiti in termini di mancata coincidenza: la giurisprudenza esclude, in particolare, che il contegno di tolleranza possa valere a radicare una presunzione di acquiescenza⁹⁴.

L'acquiescenza non è, tuttavia, ravvisabile nella sola circostanza relativa alla mancata reazione tempestiva dell'avente diritto: è necessaria la concorrenza di ulteriori elementi, che consentano di attribuire all'atteggiamento inerte un significato negoziale, correlato all'intenzione di accettare le conseguenze sfavorevoli prodotte nella propria sfera giuridico-patrimoniale⁹⁵.

La nozione di acquiescenza è invocata, in particolare, nell'ambito dei rapporti di durata, in relazione al contegno del creditore che ometta abitualmente di reagire a fronte del tardivo o inesatto adempimento delle singole prestazioni da parte del debitore: il carattere ripetuto ed abituale dell'omessa reazione può essere valutato come elemento idoneo ad esprimere la volontà del creditore di acconsentire ad una variazione dell'originario rapporto contrattuale, rispetto alle prestazioni ancora da eseguire⁹⁶. La

⁹³ In ordine ai rapporti tra tolleranza ed acquiescenza, cfr. FERRARO G. *Acquiescenza: V acquiescenza del lavoratore* in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 2. In merito all'uso dei termini in sede interpretativa, cfr. PATTI S. *Tolleranza (atti di)*, cit., 702: «...l'uso del termine acquiescenza viene preferito quando si tende ad attribuire al comportamento passivo il significativo di una dichiarazione di volontà. La tolleranza non esprime invece la volontà di accettare gli effetti sfavorevoli ma soltanto l'atteggiamento di chi, pur essendo a conoscenza, non reagisce...».

La mancata coincidenza tra tolleranza e acquiescenza trova recente conferma in sede giurisprudenziale ad opera della pronuncia Cass., n. 14180/2012, cit.: «... la decisione è in armonia con il consolidato orientamento di questa Corte secondo cui la tolleranza del creditore non può giustificare l'inadempimento, né comportare per sé stessa modificazioni alla disciplina contrattuale, non potendosi presumere una completa acquiescenza alla violazione di un obbligo contrattuale posto in essere dall'altro contraente, né un consenso alla modificazione suddetta da un comportamento equivoco come è normalmente quello di non avere preteso in passato l'osservanza dell'obbligo stesso, in quanto tale comportamento può essere ispirato da svariati motivi piuttosto che essere determinato dalla volontà di modificazione del patto».

⁹⁴ Al riguardo, cfr. la recente pronuncia Cass., n. 14180/2012, in cui trova conferma l'orientamento precedente (Cass., nn. 466/1994 e 3964/2003, cit.).

⁹⁵ Tale conclusione è ricollegabile all'orientamento della Cassazione inteso ad escludere che il ritardo nell'esercizio del diritto possa, di per sé, reputarsi sufficiente ad indicare una volontà in senso abdicativo del titolare (cfr. *ex multis* Cass. n. 466/1994, cit.).

⁹⁶ In tal senso, cfr. BIANCA C.M., *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1995, 374.

circostanza rappresentata dalla rinnovazione nel tempo dell'atteggiamento del creditore può assumere il limitato significato della volontà negoziale di assentire alla modifica del regolamento contrattuale originario, integrata dal comportamento del debitore.

L'acquiescenza può altresì venire in rilievo, sempre nel contesto di un rapporto contrattuale di durata, qualora il contegno inerte sia riconducibile al soggetto obbligato alla prestazione principale, a fronte di comportamenti dell'avente diritto incidenti sulla sfera giuridico-soggettiva della controparte.

Tale evenienza è destinata a ricorrere nell'ambito dei rapporti di lavoro, nel cui contesto la qualificazione dell'atteggiamento inerte del lavoratore assume particolare rilievo in ragione della disparità di posizione tra i contraenti⁹⁷.

In tale sede, la questione che si pone all'attenzione degli interpreti non riguarda la distinzione tra tolleranza ed acquiescenza, piuttosto concerne la valutazione del contegno inerte in termini di acquiescenza, attesa la debolezza connotante la posizione dell'autore del contegno inerte⁹⁸.

Il comportamento del lavoratore deve essere valutato alla luce della sua posizione di contraente debole: la mancata opposizione può, infatti, essere determinata dal «timore di ritorsioni da parte del datore di lavoro che possono assumere forme varie, anche diverse dal licenziamento»⁹⁹.

Tale considerazione rimanda al concetto di possibilità della reazione, quale presupposto di configurabilità del contegno di tolleranza, estensibile alla valutazione in termini di acquiescenza.

⁹⁷ Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi in riferimento ad altri rapporti connotati da una "fisiologica" disparità contrattuale tra le parti, che ha giustificato l'intervento normativo a tutela del contraente debole, come nel caso dei contratti tra professionista e consumatore.

⁹⁸ In ordine alla configurabilità dell'acquiescenza in capo al lavoratore, cfr. PATI S. *Tolleranza (atti di)*, cit., 702. In merito alla necessità di "valutare con particolare prudenza" le circostanze idonee ad attribuire al silenzio del lavoratore valore di assenso, con conseguente incidenza sugli assetti negoziali di un rapporto di lavoro, cfr. in giurisprudenza Cass., sez. lav., 29 luglio 1999, n. 8235: la Corte evidenzia che questa esigenza di prudenza nella valutazione dei fatti ad opera del giudice risiede nelle «note ragioni attinenti alla posizione attribuita dall'ordinamento alla parte contrattuale del lavoratore».

⁹⁹ In tal senso, cfr. Cass., sez. lav., 2 settembre 1980, n. 5070, in *Foro it. Rep.*, 1980, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 951: la Cassazione sostiene, in particolare, che il comportamento inerte serbato dal lavoratore a fronte del disconoscimento del suo diritto operato dal datore di lavoro può essere dovuto al *metus* nei riguardi del datore di lavoro e, pertanto, non esprimere l'intenzione di rinunciare al proprio diritto.

La mancata reazione può, infatti, assumere rilevanza giuridica soltanto nel caso in cui il comportamento omissivo della parte risulti libero, ossia sganciato da condizionamenti relativi al suo stato di “soggezione”, legato alla debolezza della sua posizione negoziale¹⁰⁰. D'altra parte, l'introduzione di una normativa di tutela del lavoratore, giustificata dalla sua fisiologica posizione di debolezza nell'ambito del rapporto di lavoro, è destinata a circoscrivere l'ambito operativo dell'acquiescenza manifestata dal lavoratore, attesa la natura inderogabile di alcune disposizioni normative e la conseguente riduzione dell'area dei diritti disponibili¹⁰¹.

Rigettata nell'ambito del dibattito interpretativo la tesi volta a qualificare la mera tolleranza come rinuncia al diritto di credito o assenso alle modifiche del rapporto obbligatorio realizzate dal debitore, si è tentato di rinvenire un meccanismo, diverso dallo schema negoziale, per configurare l'attitudine della mancata reazione a determinare effetti favorevoli per il debitore¹⁰².

La soluzione proposta dagli interpreti, fondata sull'esigenza di tutelare l'affidamento ingenerato nel debitore dal comportamento passivo del creditore e di assicurare la certezza dei rapporti giuridici, viene ricondotta al principio di buona fede e di correttezza, destinato ad operare nell'ambito del rapporto obbligatorio (e contrattuale)¹⁰³. La tesi avanzata rimanda, in particolare, alla portata della nozione di buona fede, da intendersi non solo come parametro di valutazione della condotta della parte obbligata

¹⁰⁰ In merito alla rilevanza giuridica dell'acquiescenza manifestata dal lavoratore, con specifico riguardo all'esigenza di tenere in considerazione il dato concernente la disparità contrattuale tra le parti, cfr. FERRARO G. *op. cit.*, 3 s.

¹⁰¹ In tal senso, cfr. FERRARO G. *op. cit.*, 3.

¹⁰² Osserva che non incide sul risultato finale l'adesione alla tesi negoziale, fondata sulla volontà del tollerante, o viceversa l'accoglimento della tesi dell'affidamento, basata sulla valutazione oggettiva dell'ordinamento in merito alla contrarietà a buona fede del comportamento omissivo del creditore, la pronuncia Cass., sez. lavoro, 28 aprile 2009, n. 9924 in *Banca dati Pluris*: a prescindere dalla tesi accolta in ordine al meccanismo idoneo a realizzare l'attitudine della tolleranza a determinare effetti favorevoli nei confronti del debitore che la subisce, la conclusione è rappresentata dalla perdita della situazione di vantaggio in capo al creditore.

¹⁰³ In tal senso, cfr. FERRARO G. *op. cit.*, 1 s.: l'Autore, nell'affrontare la distinzione tra i concetti di tolleranza ed acquiescenza, ne evidenzia la diversità sul piano della natura giuridica. In tale contesto, richiama la critica formulata in dottrina avverso la tesi negoziale, osservando che, nel caso della tolleranza, il ricorso alla figura del comportamento concludente o della rinuncia tacita rappresenta una *fiction iuris*; in particolare, la ritiene «giustificata dal persistente attaccamento al dogma della volontà».

ma anche come fonte di integrazione del rapporto obbligatorio, valorizzandone altresì il carattere reciproco e di conseguenza la sua applicabilità anche in riferimento alla posizione del creditore¹⁰⁴.

La clausola di buona fede è destinata ad operare sia nell'ambito del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), sia sul piano del complessivo assetto di interessi sottostante al programma negoziale nella fase di esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

La rilevanza giuridica della buona fede, in origine considerata come mero criterio di valutazione della condotta della parte obbligata nell'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione, è stata progressivamente estesa: valorizzando il combinato disposto degli artt. 1375 e 1374 c.c. nonché la portata del dovere di solidarietà sociale *ex* art. 2 della Costituzione, gli interpreti sono giunti ad assegnare alla buona fede una valenza integrativa del contenuto del rapporto obbligatorio¹⁰⁵.

In tale prospettiva, la buona fede non vale soltanto ad individuare un criterio di valutazione del comportamento dovuto, integrante la prestazione dedotta in obbligazione, ma anche ad identificare ulteriori condotte necessarie all'attuazione del rapporto obbligatorio, venendo ad assumere il ruolo di fonte di integrazione del contratto, al pari dell'autonomia negoziale e della legge. Di conseguenza, impone alla parte di tenere quelle condotte necessarie, in base al principio di correttezza, a preservare l'interesse della controparte, in un'ottica solidaristica¹⁰⁶.

Il principio di solidarietà sociale, costituendo il fondamento dell'estensione della portata della clausola generale della buona fede, ne segna anche il limite, corrispondente al concetto di esigibilità: il soggetto è tenuto ad adoperarsi per il soddisfacimento dell'interesse della controparte, nei limiti di un sacrificio non apprezzabile; il dovere di

¹⁰⁴ In tal senso si esprime la Relazione ministeriale al codice civile, secondo cui il principio di correttezza e buona fede «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore».

¹⁰⁵ In merito all'evoluzione del ruolo della buona fede in senso oggettivo, cfr. BIGLIAZZI GERI L. *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 169 ss.

¹⁰⁶ In merito al ruolo integrativo del principio di buona fede, cfr. *ex multis* Cass., sez. I, 5 novembre 1999, n. 12310: «la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito dalla legge».

correttezza non può infatti giustificare l'imposizione di condotte integranti un sacrificio eccessivo per la parte¹⁰⁷.

Il principio di solidarietà sociale, alla cui stregua viene letta la clausola generale di buona fede, determina altresì un'estensione in senso soggettivo della portata del dovere *ex art.* 1375 e 1175 c.c., che viene ad imporsi non soltanto alla persona del debitore, ma anche a quella del creditore.

La valenza integrativa della buona fede viene pertanto ad assumere una dimensione reciproca.

Il principio di correttezza impone il dovere di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte: il creditore è quindi tenuto a non ostacolare l'adempimento della prestazione da parte del debitore, nonché a tollerare le modificazioni della prestazione che non incidano significativamente sul proprio interesse.

In tale prospettiva, la tolleranza manifestata dal creditore è valutata come comportamento atto ad ingenerare nel debitore la ragionevole convinzione in ordine alla diminuzione o alla perdita di interesse del creditore *ex art.* 1174 c.c., attesa la mancata opposizione alla violazione del diritto, giustificando rispettivamente il ritardo o l'inadempimento del debitore stesso¹⁰⁸.

Valorizzando l'esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole del debitore, la tolleranza del creditore è assunta come circostanza idonea ad integrare la scarsa importanza dell'inadempimento *ex art.* 1455 c.c.; acquista, inoltre, un valore esimente, escludendo il carattere colpevole del mancato, inesatto o tardivo adempimento *ex art.* 1218 c.c.

In conseguenza di siffatta impostazione, la tolleranza manifestata dal creditore preclude allo stesso di invocare il rimedio della risoluzione, nonché impedisce di imputare al debitore la responsabilità per i danni derivanti dal mancato o inesatto adempimento.

¹⁰⁷ In tal senso, cfr. Cass. n. 9924/2009, in cui si evidenzia il limite inteso a circoscrivere l'ambito in cui la funzione integrativa della buona fede è destinata ad operare: « ... nell'esecuzione del contratto secondo buona fede la parte è tenuta da un lato ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte e, dall'altro, a tollerare anche inadempimenti della controparte, che non pregiudichino sensibilmente il proprio interesse». Tale considerazione rappresenta l'esplicitazione del limite rappresentato dal sacrificio non apprezzabile per la parte.

¹⁰⁸ In merito all'idoneità del comportamento omissivo del titolare a determinare un affidamento meritevole di tutela in capo al debitore, cfr. PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, cit., 38 ss.

In senso analogo, la tolleranza del creditore a fronte del ritardo nell'adempimento preclude l'attivazione dei rimedi appositamente previsti (costituzione in mora, risarcimento del danno da ritardo)¹⁰⁹.

L'efficacia in senso favorevole al debitore viene pertanto fondata su una valutazione in senso oggettivo dell'ordinamento, che considera contraria a buona fede la pretesa del creditore successiva al suo contegno tollerante.

La tolleranza dell'avente diritto, infatti, ingenera nel soggetto obbligato l'affidamento in ordine al ridotto interesse in capo al creditore; di conseguenza, priva di giustificazione la successiva pretesa dell'avente diritto, in quanto non finalizzata effettivamente alla soddisfazione dell'interesse del creditore ai sensi dell'art. 1174 c.c. La pretesa contrastante con il precedente atteggiamento di tolleranza impone, infatti, al debitore un sacrificio eccessivo: la prestazione richiesta non risulta effettivamente destinata all'attuazione del rapporto obbligatorio¹¹⁰.

La soluzione fondata sul principio di buona fede e di tutela dell'affidamento, giustificando l'efficacia della tolleranza in senso favorevole al debitore, si avvale di un meccanismo differente rispetto all'impostazione su base negoziale.

La contrarietà a buona fede della pretesa del creditore in contrasto con il precedente atteggiamento di tolleranza e l'esigenza di salvaguardare l'affidamento ragionevole ed incolpevole del debitore si riflettono sul piano della tutela giuridica: impediscono al creditore di attivare i rimedi previsti per la violazione del suo diritto, senza tuttavia incidere sull'esistenza del diritto stesso.

Viceversa, la configurabilità della tolleranza come rinuncia al diritto di credito - ove concorrano circostanze idonee a rivelare in modo univoco l'intenzione abdicativa del titolare - è destinata ad incidere sul profilo dell'esistenza stessa del diritto: l'intenzione

¹⁰⁹ In tal senso, cfr.: TIKARI S. *Tolleranza del creditore e presunzione di acquiescenza* in *I contratti*, 2003, 10, 874 s.; SMIROLDO A. *Scadenza del termine, tolleranza e dilazione da parte del creditore: "mora debendi" ed eccezione di inadempimento* in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 781 ss.

¹¹⁰ In tal senso, cfr. PATTI S. *Tolleranza (atti di)*, cit., 706.

abdicativa comporta l'estinzione del diritto, pertanto viene meno la base di legittimazione all'esercizio dei rimedi a tutela della pretesa creditoria¹¹¹.

La soluzione in senso favorevole al debitore è altresì sostenuta evocando la figura dell'abuso del diritto: valorizzando il dovere di buona fede a carico del creditore, si configura la tolleranza dell'avente diritto come circostanza idonea ad ingenerare un affidamento della parte obbligata nell'abbandono della pretesa creditoria, con conseguente perdita della situazione soggettiva di vantaggio¹¹².

La perdita del diritto costituisce, infatti, una sorta di sanzione a fronte di un comportamento tenuto dal titolare, risultato non conforme al contenuto della pretesa vantata, in base ad una valutazione condotta alla luce del principio di buona fede¹¹³.

¹¹¹ La distinzione sul piano teorico tra l'impostazione negoziale e quella fondata sulla tutela dell'affidamento è evidenziata in Cass. n. 5240/2004.

¹¹² In giurisprudenza la tesi che qualifica la tolleranza del creditore come causa di perdita del diritto evocando l'istituto dell'abuso del diritto è sostenuta da Cass., sez. lavoro, 28 aprile 2009, n. 9924, cit.: nella fattispecie in esame, la mancata reazione dell'avente diritto è rappresentata dal comportamento passivo di alcuni lavoratori; questi avevano ricevuto il diniego, da parte del datore di lavoro, della loro richiesta di trattenimento in servizio e, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale che aveva riconosciuto l'illegittimità dell'interpretazione della norma posta a fondamento del rigetto dell'istanza da parte del datore di lavoro, erano rimasti inerti per circa tre anni, senza offrire le loro prestazioni lavorative. Il comportamento inerte degli aventi diritto viene configurato come mancata manifestazione dell'interesse al ripristino di fatto del rapporto lavorativo, idonea ad ingenerare nella controparte un affidamento nell'abbandono della relativa pretesa. La pronuncia in esame non utilizza tuttavia il termine "tolleranza" per indicare l'atteggiamento passivo dell'avente diritto; richiama invece il concetto di inerzia o ritardo prolungato nell'esercizio del diritto. In senso analogo, cfr. Cass., sez. lavoro, 10 novembre 1997, n. 11095, in *Banca dati Pluris* (richiamata dalla cit. 9924/2009): l'inerzia dell'avente diritto è in questo caso rappresentata dal ritardo nella contestazione degli addebiti per l'inizio della procedura di licenziamento per illecito disciplinare; il comportamento omissivo in considerazione è riferito ad una situazione di vantaggio avente natura di diritto potestativo, anziché creditorio. La Corte sostiene che la ritardata contestazione da parte del titolare della situazione attiva sia idonea a radicare la presunzione della carenza di interesse (a licenziare).

In merito all'orientamento inteso a qualificare la mancata reazione o inerzia nell'esercizio di una pretesa come circostanza idonea a determinare la perdita del diritto, cfr. FALCO G. *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010, 218 s.

¹¹³ In tal senso, cfr. Cass. n. 9924/2009, cit., in cui «il comportamento del contraente titolare di una situazione creditoria o potestativa, che per lungo tempo trascuri di esercitarla e generi così un affidamento della controparte nell'abbandono della relativa pretesa» è valutato come «idoneo a determinare la perdita della stessa situazione soggettiva». Tale perdita si verifica «non per illiceità o ragioni di stretto diritto, ma a causa di un comportamento del titolare, prolungato, non conforme ad essa e perciò tale da portare a ritenere l'abbandono». L'esigenza di inquadrare l'inerzia protratta a fronte del ritardo dell'adempimento nel fenomeno dell'abuso del diritto è avvertita in SMIROLDO A., *op. cit.*, 801 s.

Questa ricostruzione, che resta circoscritta ad una parte minoritaria della giurisprudenza, richiama l'istituto dell'abuso del diritto, parimenti fondato sulla clausola generale della buona fede, destinata ad assumere una portata peculiare¹¹⁴.

In tale contesto, infatti, la buona fede non vale ad integrare il contenuto del rapporto obbligatorio, imponendo alle parti le condotte necessarie a realizzare l'interesse della controparte nei limiti del non apprezzabile sacrificio; assume, invece, il ruolo di limite funzionale all'esercizio del diritto da parte del suo titolare.

Il principio di buona fede, infatti, impone che l'esercizio del diritto risulti conforme alla *ratio* che in base all'ordinamento giuridico giustifica la nascita e la tutela della posizione attiva: la ragione per cui l'ordinamento riconosce quel diritto viene a costituire un limite interno all'esercizio dello stesso¹¹⁵.

Nel caso dei diritti di credito, la *ratio* sottesa alla previsione della situazione di vantaggio è correlata alla soddisfazione dell'interesse del creditore, ai sensi dell'art. 1174 c.c.

In tale contesto, il ritardo prolungato nell'esercizio del diritto ingenera nel debitore l'affidamento ragionevole in merito alla perdita di interesse all'adempimento da parte del creditore. Di conseguenza, l'esercizio della pretesa in contrasto con il precedente atteggiamento di tolleranza è qualificabile come esercizio abusivo del diritto: l'attivazione della pretesa, formalmente consentita in ragione della titolarità del diritto, si rivela invece non finalizzata effettivamente alla soddisfazione dell'interesse *ex art. 1174 c.c.* L'interesse del creditore non può ritenersi sussistente o perlomeno non è opponibile al debitore, in ragione dell'affidamento ragionevole vantato dallo stesso in ordine alla perdita di interesse dell'avente diritto, ingenerato dal precedente contegno di tolleranza.

¹¹⁴ In merito alla figura di abuso del diritto, cfr.: RESCIGNO P. *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 13 ss.; ROMANO S., *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss.; PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 2 ss.

¹¹⁵ In tal senso cfr. Cass., sez. I, 13 gennaio 1993, n. 343, in *Banca dati Pluris*: muovendo dal fondamento costituzionale rappresentato dal dovere di solidarietà sociale, la Cassazione evidenzia la valenza della buona fede come limite funzionale all'esercizio di situazioni giuridiche soggettive (dal lato attivo e passivo): «... diritti ed obblighi, seppure specificamente regolati dalle norme che li prevedono, non possono mai prescindere dall'osservanza della buona fede, operante all'interno delle posizioni soggettive, non potendo l'autore di un comportamento scorretto trarre da esso utilità con altrui danno».

L'esercizio abusivo del diritto, non corrispondendo alla *ratio* giustificante la nascita e la tutela della posizione attiva in base all'ordinamento giuridico, impedisce al titolare di avvalersi dei rimedi previsti dall'ordinamento per far valere il suo diritto.

La mancata reazione del creditore entro un ragionevole lasso di tempo preclude, quindi, l'esercizio in via successiva degli strumenti di tutela del diritto e, per l'effetto, determina la perdita della situazione soggettiva attiva¹¹⁶.

La preclusione dell'azione costituisce l'effetto del convincimento sorto nel debitore circa l'intenzione del creditore di abbandonare la sua situazione di vantaggio; è altresì valorizzata, in particolare, come origine della vicenda estintiva del diritto. In base all'impostazione fondata sull'applicazione della figura dell'abuso del diritto, la tolleranza del creditore è quindi idonea a determinare la perdita del diritto di credito.

La perdita dell'azione si riflette, pertanto, sul piano dell'esistenza del diritto.

Il collegamento tra preclusione dell'azione ed estinzione del diritto discende dalla valorizzazione del parallelismo tra la figura dell'abuso del diritto e l'istituto – di matrice tedesca – della “*Verwirkung*”, richiamato nell'ambito dei contributi dedicati al tema della tolleranza manifestata dal creditore, volti ad ammetterne l'attitudine alla produzione di effetti favorevoli nei confronti del debitore¹¹⁷.

¹¹⁶ In tal senso, cfr. Cass. n. 9924/2009, cit.: «si ha così la preclusione di un'azione, di un'eccezione o più generalmente di una situazione soggettiva di vantaggio».

¹¹⁷ La dottrina italiana tende a considerare la “*Verwirkung*” come causa di estinzione del diritto, al pari della prescrizione e della decadenza, accomunate dalla rilevanza del fattore temporale e dall'effetto giuridico in senso estintivo (al riguardo, cfr.: RESCIGNO V. *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1996, 283; TRABUCCHI A. *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1992, 125). In senso critico, cfr. PATTI S., *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1995, 729: l'Autore evidenzia che l'istituto di derivazione tedesca può determinare in alcuni casi un effetto solo limitativo del diritto, ad esempio nell'ipotesi in cui la tolleranza del creditore sia manifestata a fronte del ritardo dell'adempimento nell'ambito di un rapporto obbligatorio avente ad oggetto prestazioni periodiche; tale comportamento può determinare soltanto l'impossibilità per il creditore di pretendere l'adempimento della prestazione alla data convenuta. In particolare, l'Autore osserva che «la *Verwirkung* può determinare sia l'estinzione che la semplice limitazione del diritto. La diversità degli effetti dipende dal diverso modo in cui può realizzarsi l'inattività del titolare e dall'affidamento ingenerato nella controparte».

Il parallelismo invocato discende dalla configurazione della *Verwirkung*, quale fattispecie incentrata sulla prolungata inattività del titolare di una situazione di vantaggio, come caso di applicazione del principio dell'abuso del diritto¹¹⁸.

Tale istituto, elaborato dalla giurisprudenza tedesca, risponde ad esigenze equitative, attente alla valutazione degli interessi contrapposti diretta alla composizione del conflitto secondo canoni di giustizia del caso concreto, che rimandano ai concetti di buona fede e tutela dell'affidamento¹¹⁹. In particolare, comporta la perdita del diritto soggettivo per effetto della prolungata inerzia del titolare, ove combinata con la ricorrenza di circostanze idonee a determinare nella controparte un affidamento, meritevole di tutela, sulla intenzione del titolare di non esercitare in ogni caso il diritto¹²⁰.

Il richiamo all'istituto della "*Verwirkung*" in riferimento al tema della tolleranza del creditore è giustificato dalla ricorrenza di tre elementi comuni: la protrazione dell'inattività da parte del titolare; l'assenza di predeterminazione del termine di durata dell'inattività; il radicamento di un affidamento meritevole di tutela in capo al soggetto passivo¹²¹.

La configurazione di un affidamento ragionevole postula, in particolare, la ricorrenza di determinate circostanze. Tra queste, assumono particolare rilievo la conoscenza in capo

¹¹⁸ Frequente è il richiamo, nell'ambito della nostra giurisprudenza, dell'istituto di matrice tedesca come fattispecie di abuso del diritto: in tal senso, cfr. Cass., sez. III, 10 novembre 2000, n. 14630, in *Banca dati Pluris*. In senso analogo, cfr. Cass., S.U., 1 luglio 2008, n. 17927 in *Banca dati Pluris*.

¹¹⁹ In ordine alla funzione equitativa dell'istituto della *Verwirkung*, cfr. Cass., n. 14630/2000, cit., in cui la giustificazione della negazione di tutela ad opera dell'ordinamento è identificata nell'assenza di meritevolezza dell'interesse del titolare, quale esito della valutazione degli interessi in gioco, attenta anche alla sfera giuridica del soggetto obbligato: in particolare, la Cassazione, riconoscendo la sussistenza nel caso in concreto di un'ipotesi di abuso processuale, osserva che «l'abuso del diritto ... si verifica quando il procedimento, che si è iniziato, serve formalmente a perseguire un certo scopo apparentemente legittimo, ma sostanzialmente mira a realizzare un interesse non meritevole di tutela, per cui difetta un interesse apprezzabile in rapporto al pregiudizio arrecato alla controparte, così consentendo di passare dal giudizio sulla mancanza di interesse a quello sulla non meritevolezza dell'interesse. Come per l'abuso del diritto sostanziale, la teoria in questione (che ha la sua origine in Germania, teoria della c.d. *Verwirkung*) si fonda sul principio che l'ordinamento appronta la sua tutela solo a seguito di un giudizio di meritevolezza dell'interesse, che si vuole tutelare (artt. 833, 1175, 1322, 1375 c.c.)».

¹²⁰ In merito alla nozione dell'istituto di derivazione tedesca, cfr. PATTI S., *Verwirkung*, cit., 722 ss.

¹²¹ In ordine alla configurazione dell'istituto di matrice tedesca come fattispecie idonea a determinare «perdita del diritto per inerzia del titolare, contraria al principio di buona fede», cfr. Cass., sez. lav., 9 marzo 1995, n. 2762, in *Banca dati Pluris*.

al titolare della violazione subita per effetto del comportamento del soggetto passivo e l'assenza di impedimenti all'esercizio del diritto¹²².

Tali circostanze, elaborate nel sistema tedesco in riferimento alla figura della "*Verwirkung*", vengono a coincidere con gli elementi costitutivi della nozione di tolleranza: valgono, infatti, a qualificare l'inerzia del titolare come atteggiamento di *scientia* e *patientia*.

La comunanza di elementi strutturali giustifica l'accostamento della figura di derivazione tedesca al tema della tolleranza del creditore, per fondare il riconoscimento dell'efficacia favorevole nei riguardi del debitore, rappresentato dall'effetto liberatorio in conseguenza della perdita del diritto di credito.

L'orientamento in esame è stato oggetto di una serie di censure¹²³.

In primo luogo, la giurisprudenza è concorde nell'escludere che l'inerzia prolungata nell'esercizio del diritto, anche quando assuma i connotati della tolleranza, possa determinare la perdita del diritto. L'estinzione della situazione attiva è infatti circoscritta all'ipotesi in cui venga a maturare la prescrizione, quale fattispecie prevista e regolata in via normativa, ancorata all'inerzia del titolare prolungata per un determinato periodo di tempo fissato dalla legge¹²⁴.

In via successiva, l'indirizzo prevalente critica il richiamo alla figura dell'abuso del diritto quale meccanismo idoneo a giustificare la realizzazione di conseguenze favorevoli nella sfera giuridica del soggetto che subisce l'atteggiamento di tolleranza dell'avente diritto: il ritardo nell'esercizio di un proprio diritto non rappresenta una violazione del principio di buona fede in quanto non integra un comportamento idoneo a determinare un danno per il soggetto passivo senza rispondere ad un apprezzabile interesse del titolare¹²⁵.

¹²² In ordine agli elementi costitutivi della nozione, cfr. PATTI S., *Verwirkung*, cit., 724.

¹²³ In ordine ai rilievi critici formulati in giurisprudenza, cfr. in particolare la pronuncia Cass., sez. III, 15 marzo 2004, n. 5240, in *Banca dati Pluris*.

¹²⁴ In tal senso, cfr. Cass., n. 5240/2004, cit., con nota di COLANGELO G. in *Foro it.*, 2004, I, 1, 1397 ss. L'Autore, in particolare, identifica nelle norma in tema di prescrizione l'ostacolo all'introduzione nel nostro ordinamento della "*Verwirkung*".

¹²⁵ In tal senso, cfr. Cass., n. 5240/2004: dopo aver negato la possibilità di dare ingresso nel nostro ordinamento alla teoria della "*Verwirkung*" fondata sul principio del divieto di abuso del diritto, conclude affermando che «il semplice fatto di ritardo nell'esercizio di un proprio diritto, se non produce un danno per la controparte senza un apprezzabile interesse per il titolare nei limiti e secondo le finalità del contratto,

In particolare, è negata l'invocabilità in tale contesto del principio di tutela dell'affidamento¹²⁶.

L'impostazione sensibile alle esigenze di tutela del debitore a fronte della tolleranza manifestata dal creditore non trova largo accoglimento in sede giurisprudenziale.

In primo luogo, è esclusa l'efficacia esimente del contegno inerte serbato dal creditore: la tolleranza del titolare non può giustificare di per sé l'inadempimento della controparte¹²⁷. Tale effetto può radicarsi, viceversa, qualora il contegno del creditore sia qualificabile come rinuncia tacita o assenso alle modifiche del rapporto negoziale integrate dal comportamento del debitore: non è sufficiente, a questi fini, il mero contegno inerte del creditore, che in passato non abbia preteso l'osservanza degli obblighi contrattuali, atteso il carattere equivoco del contegno stesso, che può ricollegarsi a svariati motivi¹²⁸.

La tolleranza può viceversa assumere rilevanza in chiave di interpretazione della volontà delle parti cristallizzata nel contratto: può, infatti, integrare il comportamento di uno dei contraenti posteriore alla conclusione del contratto, idoneo a rivelare la "comune intenzione delle parti" ai sensi dell'art. 1362 c.c.¹²⁹; rappresenta, inoltre, un comportamento nella fase esecutiva del contratto da valutare in relazione al dovere di buona fede *ex art.* 1375 c.c., che impone la considerazione in via comparativa delle reciproche utilità delle parti e dei rispettivi sacrifici¹³⁰.

In tale prospettiva, ove venga in rilievo un contratto di durata a prestazioni periodiche, la costante tolleranza manifestata dal creditore a fronte dell'adempimento tardivo, abitualmente realizzato dal debitore dopo il termine indicato nel contratto, può assumersi

non dà luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non è causa per escludere la tutela dello stesso». Questa conclusione è criticata nella nota di commento di COLANGELO, sopra citata: l'Autore evidenzia che la formulazione sembra evocare una valutazione ancorata alle circostanze del caso di specie (in cui non ricorrerebbe il «danno della controparte senza un apprezzabile interesse per il titolare»), che si scontra invece con il tono perentorio della considerazione di apertura del ragionamento in diritto («nel nostro ordinamento non può darsi ingresso a questo principio», da intendersi riferito alla cd. teoria della *Verwirkung*).

¹²⁶ In tal senso, cfr. Cass., n. 5240/2004, che sostiene l'irrilevanza della convinzione ingenerata nel debitore per effetto del ritardo nell'esercizio del diritto di credito da parte del titolare.

¹²⁷ Tale orientamento trova applicazione, di recente, nella pronuncia Cass., sez. III, 8 giugno 2012, n. 9311, in *Banca dati Pluris*.

¹²⁸ In tal senso, cfr. Cass., n. 9311/2012, cit.; Cass., nn. 466/1994 e 3964/2003, cit.

¹²⁹ In tal senso, cfr. Cass., sez. III, 21 ottobre 1954, n. 3975, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 183.

¹³⁰ In tal senso, cfr. Cass., n. 9311/2012, cit.

come elemento idoneo a stabilire se il termine indicato nel contratto debba ritenersi essenziale o meno, in difetto di un'espressa qualificazione in seno al programma negoziale. In senso analogo, il contegno serbato dal creditore (e ripetuto nel tempo ad ogni scadenza del termine fissato per l'adempimento della prestazione periodica) può valere a rilevare il suo scarso interesse all'adempimento puntuale della prestazione, escludendo la gravità dell'adempimento tardivo e precludendo al creditore, di conseguenza, il rimedio della risoluzione del contratto¹³¹.

La tolleranza del creditore nel ricevere la prestazione oltre il termine stabilito vale altresì a rendere inoperante la clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto di durata¹³². La verifica di tale effetto presuppone, anche in questa ipotesi, il carattere abituale della tolleranza¹³³.

La tolleranza del creditore può altresì incidere sui termini della responsabilità a carico del debitore per il mancato o inesatto adempimento: in particolare, può ridurre il risarcimento dovuto dal soggetto obbligato, integrando un fatto colposo del creditore concorrente a cagionare il danno ai sensi dell'art. 1227, co. 1, c.c.¹³⁴

¹³¹ Entrambe le considerazioni sono efficacemente svolte in Cass., n. 3975/1954, cit.: in particolare, si afferma che «la tolleranza del creditore può essere valutata non al fine di riscontrarvi una rinuncia implicita alla clausola contrattuale che fissa il termine per l'adempimento, ma come clausola idonea ad evitare la risoluzione del contratto a favore del debitore, consentendogli di purgare la mora». In merito all'idoneità della tolleranza a precludere l'azione di risoluzione, rilevando come indizio della scarsità dell'interesse del creditore all'adempimento, cfr. Cass, sez. I, 21 giugno 1976, n. 2333, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1800. In senso analogo, cfr. in dottrina BIANCA C.M. *Dell'inadempimento delle obbligazioni, art. 1218-1229* in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA A. -BRANCA G., II ed., Bologna-Roma, 1979, 183.

¹³² Tale orientamento trova conferma in Cass., sez. III, 8 giugno 2012, n. 9311 in *Banca dati Pluris*: «la clausola [risolutiva] riprende tuttavia la sua efficacia se il creditore, che non intende rinunciare ad avvalersene, provveda con una nuova manifestazione di volontà a richiamare il debitore all'esatto adempimento delle sue obbligazioni». In senso analogo, cfr. Cass., sez. III, 15 luglio 2005, n. 15026, 9 febbraio 1998, n. 1316, in *Banca dati Pluris*.

¹³³ In tal senso, cfr. Cass. n. 1316/1998, cit.: «è necessario che la tolleranza del creditore, per togliere vigore alla clausola risolutiva espressa e renderla inoperante, non sia sporadica ma si sia radicata attraverso una condotta abituale».

¹³⁴ In tal senso, cfr. BIANCA C.M. *Dell'inadempimento delle obbligazioni, art. 1218-1229*, cit., con i relativi richiami giurisprudenziali. L'Autore precisa che la tolleranza rilevante a tal fine è rappresentata dalla mancata richiesta di adempimento, non anche dall'inerzia nell'agire in giudizio per ottenere l'adempimento: tale condotta, infatti, richiede un sacrificio economico eccessivo, pertanto l'inerzia del soggetto non integra in tale ipotesi una violazione del dovere di buona fede a carico del creditore. Aderisce all'orientamento inteso all'applicabilità dell'art. 1227 c.c. in caso di inerzia del creditore prolungata e non giustificata RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, cit., 260.

In definitiva la giurisprudenza, pur condividendo l'assunto in ordine all'eventuale rilevanza favorevole al debitore del comportamento omissivo tenuto dal creditore, ne circoscrive l'ambito di rilevanza, richiamando la distinzione tra la nozione di tolleranza e la figura dell'acquiescenza, in contrapposizione al concetto di inerzia¹³⁵.

L'analisi delle figure in questione, accomunate dal carattere omissivo del contegno serbato dal titolare del diritto, rimanda ad una distinzione di carattere concettuale, che a sua volta incide sulla rilevanza giuridica delle singole fattispecie e quindi sulle conseguenze derivabili nella sfera dei soggetti coinvolti.

In via preliminare, si evidenzia che l'inerzia (o il ritardo) nell'esercizio del diritto di credito rappresenta un comportamento omissivo di tipo neutro, potendo ricondursi ad una pluralità di ragioni: può essere frutto di ignoranza, di temporaneo impedimento o di altra causa.

L'inerzia, di per sé sola, assume rilevanza soltanto ai fini della prescrizione: ove protratta per un determinato lasso di tempo stabilito dalla legge, determina l'estinzione del diritto non esercitato.

Il comportamento omissivo perde la consistenza di mera inerzia ove ricorrano elementi specifici: in particolare, la conoscenza del comportamento altrui integrante violazione del proprio diritto e l'assenza di impedimenti temporanei all'esercizio della pretesa determina la configurazione dell'atteggiamento passivo in termini di tolleranza.

La tolleranza esprime un contegno di pazienza, riconducibile ad un atteggiamento di benevolenza e di condiscendenza, che può essere giustificato da relazioni familiari, di buon vicinato o ragioni di opportunità.

Viceversa, in sé considerata la tolleranza non risulta idonea a manifestare l'intenzione del titolare di rinunciare al suo diritto o di acconsentire alle modifiche realizzate dalla controparte che ha posto in essere il comportamento integrante violazione della pretesa del titolare; tantomeno la mera tolleranza può giustificare di per sé il mancato o inesatto

¹³⁵ In merito ai rapporti tra inerzia, tolleranza ed acquiescenza, cfr. FERRARO G. *op. cit.*, 2.

adempimento da parte del debitore in base ad un preteso affidamento ingenerato nella parte obbligata.

Tali conseguenze si verificano invece qualora la mancata reazione del titolare manifesti la piena acquiescenza alla violazione perpetrata dal soggetto obbligato¹³⁶.

Muovendo dalla delimitazione delle nozioni riconducibili alle fattispecie in esame (inerzia, tolleranza, acquiescenza), la giurisprudenza identifica le condizioni in cui il contegno passivo serbato dal titolare possa determinare effetti favorevoli nella sfera giuridica del soggetto obbligato.

In tale contesto, si esclude che la mera inerzia nell'esercizio del diritto possa determinare effetti sfavorevoli al creditore: la disciplina in materia di prescrizione dimostra, infatti, che l'inerzia prolungata per un lasso di tempo inferiore al termine di prescrizione del diritto non comporta, di per sé, la perdita della situazione di vantaggio.

Il contegno passivo del creditore è viceversa ritenuto una circostanza idonea a giustificare l'inadempimento del debitore ove venga ad assumere il valore di acquiescenza del titolare alla violazione del diritto di credito. Nondimeno, si esclude che la mera tolleranza possa radicare una presunzione di acquiescenza, idonea a giustificare il mancato, inesatto o tardivo adempimento¹³⁷.

¹³⁶ Non sempre la giurisprudenza distingue i concetti di tolleranza ed acquiescenza: in tal senso, cfr. Cass., S.U., 6 giugno 1997, n. 5086, in *I contratti*, 1997, 5, 450: nel risolvere il contrasto interpretativo in merito alla legittimità del rifiuto del creditore di ricevere l'adempimento tardivo nel caso in cui non abbia ancora proposto l'azione di risoluzione, le Sezioni Unite affrontano incidentalmente la questione relativa al valore da riconoscere all'inerzia del creditore, da intendersi come mancata proposizione della domanda di risoluzione del contratto a fronte dell'inadempimento del debitore. In tale contesto, le Sezioni Unite richiamano l'orientamento secondo cui l'inerzia non può essere ricondotta ad una «presunzione di tolleranza del creditore» che con il suo contegno passivo «avrebbe sostanzialmente prestato adesione ad un mutamento delle clausole contrattuali, abilitando di conseguenza il debitore ad eseguire la prestazione in qualsiasi momento». L'orientamento richiamato nella pronuncia delle Sezioni Unite –che concludono aderendo alla tesi secondo cui l'inerzia temporanea del creditore non può radicare di per sé la presunzione della volontà di aderire ad un mutamento dei patti contrattuali - mostra di ritenere coincidenti i concetti di tolleranza ed acquiescenza.

¹³⁷ In tal senso, cfr. Cass., sez. I, 18 marzo 2003, n. 3964, cit.: la fattispecie concreta portata all'esame della Corte di cassazione riguarda la mancata tempestiva richiesta di adempimento da parte di due soci per la prestazione dell'attività di presidente e consigliere della società. La Corte esclude che la tolleranza, insita nella mancata richiesta in precedenza del compenso per l'attività prestata, possa valere a radicare una presunzione di acquiescenza alla violazione del diritto di credito, idonea ad esprimere l'intenzione di rinunciare al diritto stesso. In particolare, evidenziando la distinzione tra la nozione di tolleranza ed il concetto di inerzia, la Corte osserva che «[...] la semplice inerzia nell'esercizio di un diritto sostanziale può

La mancata reazione del titolare viene infatti qualificata come comportamento neutro, atteso il suo carattere equivoco: può essere determinata da svariati motivi; tra questi, assumono rilievo lo spirito di condiscendenza e la benevolenza nei confronti della controparte, che valgono a qualificare il contegno passivo del titolare in termini di tolleranza. La mancata reazione del creditore, pertanto, non esprime necessariamente l'intenzione di accettare le conseguenze sfavorevoli integrate dalla violazione del proprio diritto da parte del debitore¹³⁸.

Si ribadisce pertanto la posizione accolta in seno all'orientamento contrario alla tesi negoziale, volto ad escludere la configurabilità della tolleranza come rinuncia al diritto o assenso alle modifiche del programma negoziale, valorizzando la diversità tra le nozioni di tolleranza ed acquiescenza e concludendo nel senso dell'inidoneità della mera tolleranza a fondare una presunzione di acquiescenza.

La distinzione concettuale tra le figure si riflette sulla natura giuridica delle stesse: l'acquiescenza esprime una volontà negoziale, viceversa non ravvisabile nel caso della tolleranza¹³⁹.

L'acquiescenza, infatti, è qualificabile come comportamento concludente: manifesta in modo indiretto l'intenzione del soggetto di dismettere un diritto o di accettare le modifiche contrattuali.

Diversamente, la tolleranza è un mero comportamento di fatto, da cui non è desumibile alcun significato negoziale. L'attribuzione di rilevanza giuridica rimanda ad una valutazione obiettiva degli interessi in gioco, non ad una questione di volontà del soggetto diretta alla produzione di effetti giuridici¹⁴⁰.

portare alla perdita dello stesso soltanto per effetto della prescrizione, per cui, laddove si ipotizza una rinuncia al diritto stesso, occorre la sussistenza di ulteriori elementi atti a dimostrare tale circostanza». In senso analogo, cfr. Cass., S.U. n. 5086/1997, cit.

¹³⁸ In tal senso, cfr.: Cass. n. 466/1994, cit.; Cass., 15 dicembre 1981, n. 6635, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Contratto in genere*.

¹³⁹ In merito alla distinzione tra acquiescenza e tolleranza, cfr. FERRARO G., *op. cit.*, 1 s. In senso analogo, cfr. DONATUTI G. *op. cit.*, 469: l'Autore evidenzia, anche sulla scorta delle fonti giuridiche romane, la distinzione tra *pati e velle*.

¹⁴⁰ In tal senso, cfr. FERRARO G. *op. cit.*, 1 s. Nell'affrontare il tema dell'acquiescenza nell'ambito specifico del rapporto di lavoro, l'Autore richiama la distinzione tra i due concetti, evidenziandone la differente natura giuridica: «non sempre da un comportamento acquiescente è possibile risalire ad una volontà

Il tentativo di riconoscere alla tolleranza del creditore una rilevanza giuridica in favore del debitore in base al principio di tutela dell'affidamento è respinto dalla giurisprudenza prevalente.

In particolare, la rilevanza giuridica della tolleranza è circoscritta ai casi in cui l'esigenza di tutela dell'affidamento sia riconosciuta in una norma specifica. La buona fede, integrante viceversa una clausola generale, non è ritenuta idonea a fondare l'esigenza di protezione del destinatario del contegno di tolleranza: il mero ritardo nell'esercizio di un diritto non integra un comportamento del creditore capace di determinare un danno per il debitore senza alcun apprezzabile interesse per il debitore; di conseguenza, non rappresenta una violazione del dovere di buona fede a carico del creditore nell'attuazione del rapporto obbligatorio¹⁴¹.

In conseguenza di tale impostazione, la mera tolleranza del creditore non può determinare effetti favorevoli nella sfera giuridica del debitore. Il risultato vantaggioso nella sfera del soggetto obbligato può derivare soltanto dall'acquiescenza del creditore alle conseguenze negative derivanti dalla violazione del suo diritto ad opera del debitore: l'acquiescenza, infatti, esprime una volontà negoziale del titolare, intesa all'accettazione delle conseguenze sfavorevoli nella sua sfera giuridica, configurandosi come rinuncia al diritto o assenso alle modifiche del rapporto obbligatorio.

negoziale. Qualora si manifesti attraverso una mera sopportazione o una mancata reazione ad un comportamento dell'altra parte incidente su una propria situazione giuridica di vantaggio, l'acquiescenza può essere più esattamente qualificata come tolleranza: cioè un semplicemente comportamento di fatto, privo di ogni significato negoziale, ed irrilevante per l'ordinamento in assenza di norme specifiche solitamente determinate dalla necessità di tutelare il giustificato affidamento che altri vi abbia riposto, confidando nell'abbandono del diritto. In tal modo si saranno poste le condizioni per una valutazione più rispettosa degli interessi in gioco: spesso, dinanzi ad un comportamento acquiescente, non è infatti questione di volontà diretta a produrre determinati effetti, bensì di tutela dell'affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche».

¹⁴¹ In tal senso, cfr. Cass. n. 5240/2004, cit.: nell'affrontare la questione relativa al rilievo giuridico da attribuire al mancato esercizio tempestivo della pretesa creditoria, la sezione III ripercorre l'evoluzione interpretativa in merito alla portata del principio di buona fede, evidenziandone il ruolo di integrazione del contenuto obbligatorio del rapporto e la dimensione reciproca (anche a carico del creditore); conclude negando che il mero ritardo del creditore nell'esercizio del suo diritto possa integrare una violazione del dovere di buona fede. Si riporta il relativo passaggio della pronuncia: «ne consegue che il semplice fatto di ritardo nell'esercizio di un proprio diritto, se non produce un danno per la controparte senza un apprezzabile interesse per il titolare nei limiti e secondo le finalità del contratto, non dà luogo ad una violazione del principio della buona fede nell'esecuzione del contratto e non è causa per escludere la tutela dello stesso diritto, qualunque convinzione possa essersi fatta per effetto del ritardo la controparte.

La giurisprudenza prevalente, pur escludendo che la tolleranza del creditore possa valere a giustificare l'inadempimento del debitore sulla base di una pretesa esigenza di tutela dell'affidamento in questi ingenerato, ammette la possibilità di valutazione della stessa a fini diversi: può costituire un indizio rivelatore dello scarso interesse del creditore a ricevere l'adempimento, precludendo l'esercizio dell'azione di risoluzione; può rappresentare un criterio idoneo a verificare se, in assenza di un'indicazione espressa nel programma negoziale delle parti, il termine stabilito debba ritenersi essenziale; vale a rendere inoperante l'eventuale clausola risolutiva espressa prevista dalle parti¹⁴².

La tolleranza ed il silenzio sono quindi accomunati dal sostrato naturalistico, avente carattere negativo: consistono entrambi in un comportamento di *non facere*.

Il contenuto del contegno omissivo presenta tuttavia una diversa ampiezza: la tolleranza postula un'omissione di tipo materiale, che rimanda al mancato compimento di atti di esercizio del proprio diritto ovvero alla mancata iniziativa giurisdizionale (omessa attivazione dei rimedi previsti dall'ordinamento a tutela del diritto); viceversa, il silenzio presenta un contenuto omissivo circoscritto, consistendo in un'omissione di tipo verbale. In alcuni casi il silenzio è, tuttavia, idoneo ad integrare un'ipotesi di tolleranza¹⁴³.

Tale evenienza ricorre ove l'atteggiamento di pazienza sia manifestato mediante la mancata affermazione in termini espressi del proprio diritto, a fronte della violazione perpetrata dal terzo (o dal debitore): si verifica, ad esempio, nel caso di mancata richiesta tempestiva di adempimento da parte del creditore.

Diverso è il contesto in cui si manifesta il contegno negativo¹⁴⁴.

La tolleranza, infatti, presuppone la violazione di un proprio diritto, integrata dall'ingerenza di un terzo nella propria sfera giuridica (violazione di un diritto assoluto) o viceversa dal comportamento di mancato o inesatto adempimento della controparte obbligata (violazione di un diritto relativo).

¹⁴² In tal senso, cfr. Cass., n. 3975/1954, cit.; Cass., n. 9311/2012, cit.

¹⁴³ In tal senso, cfr. SALIS A. *op. cit.*, 177 ss.

¹⁴⁴ In merito all'esigenza di distinguere tra silenzio e tolleranza, cfr. SALIS A. *op. cit.*, 177 s.

Viceversa, il fenomeno del silenzio è destinato ad involgere l'esercizio dell'autonomia negoziale: si impone all'attenzione degli interpreti ove manifestato da una delle parti nella fase precontrattuale ovvero di conclusione del contratto stesso¹⁴⁵.

La diversità di contesto incide altresì sulla portata del fenomeno nella realtà giuridica.

Nel caso della tolleranza, la questione involge l'attitudine della mancata reazione del titolare a generare effetti favorevoli nella sfera giuridica dell'autore della violazione (il terzo o la controparte obbligata)¹⁴⁶.

Diversamente, nell'ipotesi del silenzio la questione imposta all'attenzione degli interpreti concerne essenzialmente due aspetti: l'attitudine della mancata risposta ad integrare una manifestazione di volontà negoziale idonea a realizzare la conclusione del contratto¹⁴⁷; la ricostruzione degli effetti giuridici della reticenza manifestata da una delle parti nella fase

¹⁴⁵ In tal senso, cfr. SALIS A. *op. cit.*, 177 ss. L'Autore, evidenziando l'esigenza di operare una distinzione tra i vari contesti in cui il contegno omissivo può manifestarsi a fronte del comportamento altrui, esamina i rapporti tra silenzio e tolleranza: «non sembra inesatto affermare che nel campo del silenzio debbasi, in primo luogo, operare una distinzione tra le varie situazioni nelle quali all'operato del terzo viene opposto dal soggetto interessato solo un contegno omissivo; separando, in secondo luogo, tutte quelle situazioni nelle quali l'operato del terzo aggredisce la sfera dell'autonomia contrattuale di un soggetto da quelle altre in cui l'aggressione colpisce direttamente beni o interessi giuridicamente tutelati dello stesso sia in virtù di legge o in base al contratto. Solo in quest'ultima ipotesi il silenzio di colui il quale avrebbe diritto e possibilità di reagire, e tace, può essere configurato come un *patis*, ovvero, con sostantivo del verbo latino, come *patientia*, nel suo indubbio significato di sopportazione o tolleranza» (pag. 178). L'Autore sembra tuttavia aderire alla tesi (minoritaria) negoziale, intendendo la tolleranza come comportamento concludente, idoneo a manifestare una volontà negoziale. Muovendo da questo presupposto, l'Autore identifica il dato discrezionale tra silenzio e tolleranza non nella natura giuridica della fattispecie, bensì nel contenuto negoziale della stessa: il silenzio può integrare un comportamento concludente idoneo ad esprimere un contenuto positivo (il consenso o l'adesione del soggetto); viceversa, il contegno di pazienza esprime una volontà negativa, di non assenso. In particolare, l'Autore conclude: «è ben vero che il silenzio, qualora sia avvalorato da determinate circostanze, può assumere tutte le caratteristiche di un comportamento concludente; ma questa concludenza può essere intesa e qualificata come adesione, autorizzazione o consenso, solo per quanto attiene alla formazione di un negozio giuridico. Fuori da questo caso il silenzio può assumere gli aspetti della *patientia*, tolleranza o sopportazione [...] ma la concludenza di questa situazione è per l'opposto del consenso o quanto meno è per un non assenso, sicché solamente attraverso una manifestazione di volontà altrimenti fornita questa concludenza, per così dire negativa, può essere distrutta» (pag. 179 s.).

¹⁴⁶ La questione, esaminata con particolare attenzione dagli interpreti soprattutto in riferimento alla pazienza manifestata dal creditore, risulta sganciata da una qualificazione della fattispecie in termini negoziali: l'orientamento prevalente esclude, infatti, che la tolleranza si configuri come rinuncia tacita al diritto o adesione alle modifiche del regolamento contrattuale.

¹⁴⁷ A differenza della tolleranza, nel caso del silenzio a fronte dell'altrui iniziativa negoziale si pone invece una questione di qualificazione della fattispecie in termini negoziali: la dottrina tradizionale si interroga, infatti, sull'idoneità della mancata risposta ad integrare una manifestazione di consenso, ossia di accettazione della proposta altrui.

delle trattative, in particolare la sua incidenza sulla validità del contratto concluso ovvero la sua rilevanza come fonte di responsabilità.

9. L'approccio dogmatico nell'evoluzione storica del dibattito interpretativo

Il silenzio nella fase diretta alla conclusione del contratto non rappresenta un problema unitario: investe, infatti, molteplici questioni, tra loro diverse; di conseguenza, non può rinvenire criteri di soluzione unici.

La pluralità di problemi racchiusi nel fenomeno del silenzio non risulta, tuttavia, adeguatamente percepita dagli studiosi che nel corso degli anni si sono occupati della tematica in oggetto: si registra, infatti, la tendenza a ridurre l'analisi giuridica ad una sola questione, variamente individuata, e a rinvenire un'unica giustificazione di ordine teorico per fondare l'eventuale riconoscimento di effetti giuridici ricollegabili al contegno silente tenuto dal soggetto¹⁴⁸.

Il primo tentativo di ricostruzione del fenomeno sul piano giuridico risale alla fine dell'Ottocento, nella vigenza del precedente codice: si apre la fase di studio del silenzio nel diritto civile basato sull'esame dei testi romani, alla ricerca di un principio guida cui riconoscere valore di criterio fondante la rilevanza giuridica del silenzio¹⁴⁹.

L'indagine sul valore giuridico del silenzio concerne, in particolare, il contegno omissivo serbato nell'ambito delle relazioni commerciali¹⁵⁰.

¹⁴⁸ In tal senso, cfr. ADDIS F. *op. cit.*, 256 s.: l'Autore osserva che «il silenzio nel diritto civile non ha mai rappresentato un problema unitario ma un “conglomerato” di problemi ... per gli interpreti il rischio maggiore è sempre stato ... di ricondurre ... a criteri di soluzione unitari questioni affatto diverse». In senso analogo, cfr. SOLIDORO MARUOTTI L. *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, 39, in cui si osserva che gli studi dottrinali sul tema «sono stati accomunati da un'impostazione troppo parziale, e perciò deviante».

¹⁴⁹ L'origine dell'interesse dottrinale per il fenomeno del silenzio è individuato in un saggio pubblicato nel 1892 in cui si propongono principi generali per l'interpretazione del contegno silente, sulla scorta delle fonti romane: al riguardo cfr. RANELLETTI O. *Il silenzio nei negozi giuridici* in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XIII, 1892, 5.

¹⁵⁰ In ordine alla rilevanza del silenzio manifestato nell'ambito delle relazioni commerciali, cfr. SIMONCELLI V. *Il silenzio nel diritto civile* in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e lettere*, serie II, vol. XXX, 1897, 276: il silenzio ha valore di consenso in forza degli “usi commerciali”, in base a cui si attribuisce rilievo alle «circostanze di fatto nelle quali sono tra loro le parti». In merito all'evoluzione del dibattito sull'efficacia giuridica del silenzio, cfr. OSILIA E. *op. cit.*, 13 s. L'Autore, illustrando le tendenze emerse in dottrina,

In tale contesto la visione del fenomeno appare circoscritta ad un unico profilo, riconducibile alla manifestazione di volontà negoziale: il valore giuridico del silenzio è quindi correlato alla sua qualificazione e/o interpretazione come dichiarazione, o più in generale, come manifestazione di volontà in senso positivo. In base alla configurazione in chiave volontaristica, il silenzio si assume come fatto idoneo a determinare l'assunzione di un obbligo, la perdita o l'acquisto di un diritto¹⁵¹.

Due sono le prospettive che emergono nelle trattazioni in ambito dottrinale: l'enucleazione di una teoria del silenzio, in cui la rilevanza giuridica del fenomeno è fondata su principi generali; la valutazione in concreto delle singole ipotesi in cui il silenzio può venire in rilievo¹⁵².

Il punto di partenza del percorso logico-giuridico è il medesimo: il silenzio di per sé è un fatto ambiguo ed equivoco, all'infuori dell'ipotesi in cui sia la legge stessa (o l'espressa convenzione tra le parti) ad attribuirgli un determinato significato sul piano giuridico; il silenzio può assumere valore positivo nel caso concorrano specifiche circostanze, idonee a determinare l'efficacia giuridica del contegno serbato dal soggetto. La rilevanza giuridica del fenomeno è quindi circoscritta, in assenza di un'espressa previsione di legge (o di un esplicito accordo tra le parti), alla figura del cd. "silenzio circostanziato"¹⁵³.

evidenzia i diversi approdi interpretativi in ambito commerciale rispetto al diritto civile, richiamando l'orientamento inteso a fondare la rilevanza giuridica del silenzio nell'ambito delle relazioni commerciali sulle consuetudini vigenti in tale settore, che impongono l'obbligo di rispondere nell'ambito delle contrattazioni tra assenti, in ragione dell'esigenza di assicurare la speditezza dei traffici commerciali. La rilevanza degli usi commerciali discende, in particolare, dal valore attribuito a tale fonte del diritto in ambito commerciale (cfr. art. 1, R.D. 31 ottobre 1882, n. 1062, cd. Codice del commercio: «*in materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili ... in mancanza, si applica il diritto civile*»). In merito alla diversa regola accolta nella materia civile, cfr. PAVONE LA ROSA A. *Consuetudine f) Usi normativi e negoziali* in *Enc. dir.*, IX, Torino, 1961, 514. L'Autore evidenzia l'operatività più limitata degli usi in materia civile rispetto all'ambito commerciale, nel sistema previgente all'unificazione dei codici: «nella precedente legislazione gli usi operavano in materia civile solo in virtù di espressioni richiami da parte della legge, la quale di volta in volta stabiliva il rapporto tra l'uso e la disciplina da essa eventualmente prevista. Si ammetteva, tuttavia, anche in forza del richiamo contenuto nell'art. 1124 c.c. 1865, che nelle materie non disciplinate dalla legge l'uso potesse operare come fonte primaria di diritto».

¹⁵¹ In merito agli effetti giuridici derivabili dal silenzio secondo gli studi dottrinali che si sono occupati del fenomeno, cfr. GABBA C. F. *op. cit.*, 93.

¹⁵² Per una ricognizione delle prospettive accolte in ambito dottrinale sulla tematica del silenzio in rapporto alle manifestazioni di volontà, cfr. SOLIDORO MARUOTTI L. *op. cit.*, 11 ss.

¹⁵³ In ordine alla teoria del silenzio circostanziato, cfr. PACCHIONI G. *op. cit.*, 26: «il silenzio, per se stesso, non dice nulla, ma sullo sfondo di una dato complesso di circostanze può dire tanto quanto le parole».

L'orientamento prevalente imposta il problema giuridico del silenzio come *quaestio facti*: la valutazione è condotta sulla base delle concomitanze del caso concreto, ossia delle circostanze che si accompagnano al silenzio. La questione è impostata in chiave casistica: il silenzio si assume come fatto da interpretare volta per volta, alla luce delle circostanze con esso concorrenti; evoca quindi un problema di interpretazione¹⁵⁴.

Lo studio del silenzio si incentra pertanto sull'identificazione delle circostanze idonee ad attribuirgli un valore significante. In tale contesto appaiono valorizzate condizioni di diversa natura; risultano infatti individuate sia condizioni fattuali (quali, ad esempio, le relazioni intercorrenti tra le parti o le pratiche invalse in un determinato contesto sociale o nell'ambito dei rapporti commerciali), sia circostanze di ordine giuridico (quali l'esistenza di un dovere o di un onere di parlare a carico del soggetto che viceversa tace)¹⁵⁵.

All'orientamento prevalente si contrappone una diversa tendenza sul piano interpretativo, volta alla ricostruzione della questione giuridica in chiave teorica mediante la ricerca di un principio generale idoneo a fondare la rilevanza giuridica del silenzio come manifestazione di volontà: la problematica è impostata in chiave di *quaestio iuris*.

Nell'ambito della ricostruzione teorica si recupera l'aspetto delle circostanze concorrenti con il contegno omissivo, valorizzando tuttavia l'esistenza di un principio capace di

Dunque tutta la difficoltà sta nel trovare lo sfondo atto a dargli rilievo: ma quando questo sfondo sia determinato, il silenzio da negativo diventerà positivo e potrà equivalere a consenso».

¹⁵⁴ In tal senso, cfr. FERRERO E. “*Dichiarazione espressa*”, “*dichiarazione tacita*” e *autonomia privata*, Torino, 1974, 177: «il punto di partenza di tutto è infatti rappresentato dal significato dell'omissione ..., fissato ... alla stessa maniera che per tutti gli altri comportamenti, cioè in via di interpretazione».

¹⁵⁵ In ordine alle circostanze idonee a “qualificare” il silenzio, cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile 3, Il contratto*, Milano, 1998, 215 s. In senso contrario all'impostazione per cui il valore di consenso riconosciuto al silenzio è ricollegato alla violazione di un obbligo di risposta in capo al soggetto silente, suscettibile di rilevanza alla luce del principio di buona fede e della tutela dell'affidamento della parte in attesa di risposta, cfr.: OSILIA E. *op. cit.*, 13 s.; TRAVI A. *Silenzio e formazione dei contratti*, in *Giur. it.*, 1953, II, 2, 76. L'opinione contraria alla qualificazione del silenzio in base alla sussistenza di un dovere di parlare è sostenuta in dottrina anche in epoca precedente, evidenziando la rilevanza della violazione di un obbligo di rispondere sotto un diverso profilo, quale la responsabilità per fatto illecito: «in tutti quei casi in cui la legge impone di parlare, senza però stabilire a priori le conseguenze del tacere, la violazione di questo obbligo legale, come fatto illecito, non potrà portare che all'azione di risarcimento a favore di chi era protetto dalla norma violata» (in tal senso, cfr. VIGHI A. *Considerazioni sulla dichiarazione tacita della volontà*, Camerino, 1889, 115).

In senso contrario alla rilevanza della possibilità o dell'obbligo di parlare quali circostanze idonee ad attribuire al silenzio valore di consenso, cfr. OSILIA E. *op. cit.*, 13 s.

giustificare a livello generale l'attribuzione al silenzio (considerato unitamente alle circostanze concomitanti) di un significato coincidente con la manifestazione di volontà in senso positivo. Tale principio viene individuato nell'esigenza di tutela dell'affidamento della parte destinataria del contegno silenzioso, assunto come fonte di responsabilità a carico dell'autore del silenzio, a sua volta origine della configurabilità del contegno silenzioso come manifestazione di volontà¹⁵⁶. Secondo questa prospettiva, il silenzio viene a porre una questione di qualificazione giuridica, anziché di interpretazione del fatto¹⁵⁷.

¹⁵⁶ In ordine alla tutela dell'affidamento ingenerato nel destinatario del contegno silenzioso fondato sul principio di buona fede, quale base giuridica dell'attribuzione al silenzio della parte di un significato equivalente ad accettazione, cfr. PATTI S. *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., 230 s. L'impostazione che attribuisce al silenzio valore equivalente alla manifestazione di volontà sulla base del principio di affidamento rimanda ai concetti di "volontà" e responsabilità", come distinti dalla dottrina tradizionale: al riguardo, cfr. GORETTI M.S. *op. cit.*, 32 ss. In particolare, la distinzione tra le due categorie, configurabili in relazione al negozio giuridico, risale ad una prolusione tenuta nel 1885 presso l'Università di Roma (cfr. SCIALOIA V. *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, Roma, 1885): si sostiene che «... tra i negozi giuridici debbono costituirsi due categorie governate da regole differenti, e che hanno per carattere l'una la volontà come causa direttamente efficace, l'altra la responsabilità come elemento essenziale per gli effetti giuridici della dichiarazione». In merito al criterio dell'autoresponsabilità quale base giuridica della configurazione del silenzio come manifestazione di volontà, cfr. BETTI E. *op. cit.*, 139. La distinzione tra i concetti di responsabilità e volontà nella teoria del silenzio è altresì evocata per evidenziare le conseguenze derivanti dall'individuazione nel principio di affidamento del fondamento giuridico per l'attribuzione al silenzio del valore di manifestazione di volontà: al riguardo, cfr. CARIOTA FERRARA L. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 459 ss. L'Autore osserva, in particolare, che il silenzio può avere il significato di una manifestazione di volontà, anche nel caso in cui in concreto manchi l'effettiva volontà della manifestazione da parte del soggetto silente; l'attribuzione di tale valore discende, infatti, dai principi di responsabilità e di affidamento. In tal senso, l'Autore afferma: «anche in tema di silenzio può aversi mancanza di volontà di manifestazione ... possono le parti aver convenuto che il successivo silenzio tenuto dopo la ricezione di una proposta valga, ad esempio, accettazione di essa; evidente è che il silenzio acquista il significato di una manifestazione di volontà. Ma può accadere, in una ipotesi concreta, che il destinatario della proposta taccia dopo la ricezione di questa non perché vuole aderirvi e manifestare col silenzio ... la volontà di accettazione, sibbene per distrazione; egli ha persino dimenticato l'esistenza dell'accordo sul significato del silenzio; orbene, in questa ipotesi, certamente manca sia la volontà del contenuto del contratto che la volontà della manifestazione; eppure, a nostro avviso, tale mancanza nella maggior parte delle ipotesi non si può far valere, vietandolo il principio della responsabilità e quello dell'affidamento ... Difficile è la ricostruzione della fattispecie: secondo noi, nonostante la mancanza di volontà della manifestazione, per i principi della responsabilità e dell'affidamento, la manifestazione di volontà è come esistente; esistente è, pertanto, il corrispondente negozio giuridico».

I fondamenti di questo indirizzo sono riconducibili a RANELLETTI O. *op. cit.*, 3 ss.: l'Autore rinviene la base giuridica dell'efficacia del silenzio nel principio di affidamento, volto a salvaguardare la sfera soggettiva della parte che subisce l'altrui silenzio, temperando gli eccessi della concezione volontaristica dell'autonomia privata tesa a configurare il negozio come dichiarazione di volontà.

¹⁵⁷ In senso contrario all'impostazione in chiave teorica della problematica sul silenzio, cfr. SIMONCELLI V. *op. cit.*, 253 ss.: l'Autore critica la ricerca di un principio generale basata sull'analisi dei casi in cui il silenzio

La tesi volta ad attribuire valore giuridico di consenso al silenzio serbato dalla parte tende a diffondersi nel contesto delle relazioni commerciali: l'esigenza di speditezza dei traffici giuridici rappresenta la giustificazione alla base della ricostruzione del silenzio come accettazione (tacita) della proposta formulata dal soggetto appartenente alla classe mercantile¹⁵⁸. Tale opzione interpretativa poggia, in particolare, sull'esistenza di una prassi commerciale che impone al destinatario della proposta, ove intenda rifiutarla, di manifestare la mancata accettazione in forma espressa¹⁵⁹. Si sceglie, pertanto, di accordare prevalenza all'interesse del proponente, in qualità di appartenente alla classe mercantile: in tale prospettiva, l'esigenza di garantire la speditezza dei traffici commerciali rende necessario il sacrificio degli interessi del destinatario della proposta, non commerciante¹⁶⁰.

assume valore di consenso, in quanto ancorata ad un'impostazione casistica, che sembra contraddire l'intento teorico sotteso alla ricostruzione della problematica sul silenzio come *quaestio iuris*.

In merito alla distinzione concettuale tra "interpretazione" e "qualificazione giuridica", cfr. BETTI E. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 11 ss. In particolare, l'operazione si sostanzia nella qualificazione giuridica della fattispecie quando «si tratta di verificare se e in quale misura la fattispecie concreta corrisponda alla fattispecie legale, nella quale si assume debba rientrare, e di ritrovarne i lineamenti rilevanti per il trattamento giuridico» (p. 11). L'interpretazione, invece, rappresenta «un'attività volta a riconoscere e a ricostruire il significato da attribuire, nell'orbita di un ordine giuridico, a forme rappresentative, che sono fonti di valutazioni giuridiche, o che di siffatte valutazioni costituiscono l'oggetto ... Oggetto di valutazioni giuridiche possono essere dichiarazioni o comportamenti, che si svolgono nella cerchia sociale disciplinata dal diritto, in quanto abbiano rilevanza giuridica secondo le norme e i precetti ivi in vigore» (p.1). L'Autore evidenzia la distinzione tra le due operazioni logiche nel caso in cui la fattispecie concreta consista in dichiarazioni o comportamenti: in tale contesto, l'attività di interpretazione si pone come operazione preliminare a quella di qualificazione giuridica: «la ricognizione del senso da attribuire all'atto in questione ... è logicamente precedente e pregiudiziale rispetto alla qualificazione e diagnosi che serve a giustificare il trattamento giuridico, a determinarne cioè gli effetti giuridici (p. 12).

¹⁵⁸ Per una ricostruzione dell'orientamento inteso ad attribuire valore di accettazione al silenzio serbato dal destinatario della proposta negoziale nell'ambito delle relazioni commerciali, cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 210. In senso contrario all'esigenza di tutelare l'interesse vantato dal commerciante cfr. VIVANTE C. *op. cit.*, 29 s.

¹⁵⁹ In merito al valore di accettazione attribuibile al silenzio per effetto della consuetudine in ambito commerciale, cfr. GIORGI G. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1925, 224: l'Autore, evidenziando che in base ai principi fondamentali il silenzio non può valere come manifestazione di consenso, sottolinea che in casi eccezionali il contegno silente può assumere significato di accettazione; tra questi, enuncia l'ipotesi in cui «la deroga ai principi fondamentali sia autorizzata dagli usi generali del commercio».

In senso contrario all'attribuzione del valore di consenso al silenzio in forza degli usi commerciali cfr. VIGHI A. *op. cit.*, 90 ss.: l'Autore osserva, in particolare, che la negazione del valore di consenso relativamente al silenzio rappresenta un principio generale, applicabile sia in sede civile che in ambito commerciale; conclude, di conseguenza, nel senso dell'inderogabilità ad opera degli usi commerciali.

¹⁶⁰ In senso contrario all'esigenza di tutelare l'interesse vantato dal commerciante cfr. VIVANTE C. *op. cit.*, 29 s.: «... non è tanto la buona fede dell'offerente quanto la libertà di chi riceve l'offerta che abbisogna di

La diffusione della tesi in chiave di valorizzazione dell'efficacia giuridica del silenzio nel contesto degli scambi commerciali discende dal valore attribuito alla consuetudine nell'ambito delle fonti del diritto: secondo la disciplina contenuta nel Codice del commercio, gli usi sono destinati a trovare applicazione in assenza di disposizioni normative in materia, prevalendo altresì sulle previsioni contenute nella legislazione civile¹⁶¹.

Nella dottrina risalente, lo studio del silenzio come manifestazione di volontà non interessa la fase di conclusione del contratto: la rilevanza giuridica del fenomeno viene analizzata nel contesto del rapporto negoziale, per valutare l'attitudine del silenzio ad integrare l'assenso del contraente alle modifiche del programma negoziale originario, formulate dalla controparte¹⁶². L'esame del silenzio è effettuato in relazione alle variazioni contenute nella fattura inviata all'acquirente: il contegno silenzioso viene a manifestarsi nella fase esecutiva del rapporto, rinveniente la sua fonte in un contratto (di compravendita) tra le parti, normalmente concluso in forma verbale¹⁶³. La questione

caute difese. La opportunità di queste difese è tanto più giustificata che, valendo la legge commerciale per chiunque partecipa ad un atto di commercio ancorché non sia commerciante, il diffondersi della dottrina che fa del silenzio un mezzo di obbligarsi minaccerebbe tutti gli ordini dei cittadini gravandoli di debiti non voluti o non meditati».

Per un richiamo alla diversa giustificazione dell'orientamento in senso opposto, teso a negare l'efficacia di consenso discendente dal silenzio, anche nell'ambito delle relazioni commerciali, cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 216: tale giustificazione risiede, in particolare, nella "tutela dell'autonomia contrattuale del singolo cittadino non commerciante".

¹⁶¹ Al riguardo, cfr. art. 1, R.D. 31 ottobre 1882, n. 1062, cd. "Codice del commercio": «*in materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili ... in mancanza, si applica il diritto civile*».

¹⁶² La mancata inerenza del silenzio al tema della conclusione del contratto è evidenziata in VITUCCI P. *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, 4. L'Autore, in particolare, osserva che «[le] polemiche ... sul silenzio restavano sostanzialmente estranee al tema della conclusione dei contratti, vertendo piuttosto sul valore di manifestazione di volontà da attribuire a determinati comportamenti unilaterali, quali soprattutto la mancata reazione alle clausole contenute nella fattura commerciale ricevuta dal compratore».

¹⁶³ Il tema è affrontato, in epoca assai risalente, in SRAFFA A. *L'accettazione delle fatture e il silenzio*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, 27 ss.: l'Autore si esprime, tuttavia, in senso contrario alla mancata inerenza del silenzio al tema della conclusione del contratto nel caso in cui il contegno inerte sia serbato a fronte dell'invio di una fattura commerciale: circoscrivendo l'analisi giuridica al caso in cui la fattura contenga aggiunte al programma negoziale concordato tra le parti, configura il comportamento omissivo del ricevente come silenzio manifestato a fronte di un "invito ad obbligarsi", riconducibile ad una proposta negoziale (in specie, cfr. pag. 37). In senso adesivo, cfr. ADDIS F. *op. cit.*, 262, in specie nt. 14: l'Autore osserva che il punto di partenza della problematica sul silenzio è indubbiamente costituito dall'intento di verificare se il mero contegno omissivo potesse identificare una manifestazione di volontà equivalente all'accettazione di una proposta negoziale.

giuridica all'attenzione degli interpreti è rappresentata dal valore attribuibile al silenzio serbato dall'acquirente a fronte della fattura inviata dal venditore, ove la lettera commerciale contenga indicazioni diverse da quelle abitualmente inserite in una fattura, come ad esempio una clausola relativa al luogo di pagamento o al termine per l'eventuale proposizione di reclami in relazione alla merce ricevuta¹⁶⁴. Il silenzio viene quindi serbato a fronte di indicazioni, contenute nella lettera commerciale, integranti proposte di modifica o di integrazione del contratto originario: si configura, in particolare, come mancata protesta a seguito della ricezione della fattura¹⁶⁵.

In merito all'orientamento giurisprudenziale diffuso nei primi anni del Novecento in materia di silenzio serbato dal ricevente di una fattura nell'ambito di un contratto di compravendita di merci, cfr. SRAFFA A. *op. cit.*, 31 ss.: la tesi prevalente in giurisprudenza è costituita dal riconoscimento del carattere obbligatorio per il ricevente delle clausole contenute nella fattura non protestata, derivante dalla configurazione del silenzio serbato dall'acquirente come accettazione in forma tacita. In senso favorevole al carattere vincolante della fattura non protestata, cfr. in dottrina (sempre nella vigenza del codice commerciale del 1882) PAGANI C. *Della fattura commerciale*, Torino, 1892, 31 s.: l'Autore, in particolare, configura il mancato reclamo della parte che riceve la fattura (quindi il silenzio successivo alla ricezione della fattura) come contegno da cui desumere, in via presuntiva, l'intenzione di accettare la fattura stessa. Le motivazioni alla base della tendenza giurisprudenziale a riconoscere rilievo giuridico all'omessa contestazione della fattura si riconducono essenzialmente alla maggiore celerità nei traffici commerciali: in tal senso, cfr. Cass., 25 agosto 1905, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, 23 ss. Nella fattispecie in oggetto, la Corte censura la decisione di merito in cui risultava accolta la tesi che, per aversi fattura accettata ai sensi dell'art. 44 cod. comm., occorresse il ritorno al venditore della fattura firmata dall'acquirente (richiedendosi, pertanto, un'accettazione in forma espressa). La fattispecie all'esame della Corte riguardava il caso dell'invio di una fattura il cui contenuto non corrispondeva a quello del contratto concluso tra le parti sul punto relativo al luogo destinato al pagamento del prezzo della merce. La Corte, evidenziando che la clausola inserita nella fattura costituiva un'aggiunta (ossia una condizione nuova), non già una modifica (ossia una previsione contraria all'accordo raggiunto dalle parti), ribadisce l'orientamento per cui nell'ipotesi di condizioni nuove l'accettazione del ricevente può esprimersi anche in forma tacita; di conseguenza, ravvisa nel comportamento tenuto in concreto dall'acquirente a fronte della fattura ricevuta (il quale non l'ha contestata in modo espresso, ha proceduto al ritiro – incondizionato – della merce acquistata e al rilascio di effetti cambiari in pagamento del prezzo senza riserve) una manifestazione, in forma tacita, della volontà di accettare la fattura, e quindi anche la clausola nuova in essa inserita.

¹⁶⁴ La fattura è un documento scritto inviato al compratore, una lettera commerciale contenente il conto relativo alle merci spedite (o da spedire): «generalmente contiene indicazioni sulla qualità, sulla misura, sul prezzo, sul modo e sul tempo fissati per il pagamento, sul mezzo di spedizione» (in tal senso, cfr. SRAFFA A. *op. cit.*, 29).

¹⁶⁵ La questione è stata affrontata dalla dottrina successiva in relazione ad una fattispecie analoga, quale il silenzio serbato a fronte di una lettera di conferma, intesa come documento riproduttivo di un contratto validamente concluso in modo informale (ossia in forma orale), contenente una dichiarazione unilaterale di conferma tempestivamente inviata alla controparte: al riguardo, cfr. ADDIS F. *op. cit.*, 271 ss.; la questione relativa all'eventuale "significato impegnativo" del silenzio si pone, in particolare, nel caso in cui la lettera di conferma contenga previsioni diverse o aggiuntive rispetto alla contrattazione informale. L'analogia tra le fattispecie esaminate dalla dottrina discende dalla circostanza per cui il silenzio è serbato dalla controparte a fronte di una dichiarazione unilaterale (contenuta in una fattura o in una lettera di conferma) ricevuta in un momento successivo al perfezionamento della fattispecie contrattuale, secondo un modello

Nell'evoluzione successiva del dibattito interpretativo si assiste ad un abbandono dell'impostazione volta a circoscrivere lo studio del silenzio al tema della fattura commerciale ricevuta dall'acquirente: i principi elaborati in via dottrinale e giurisprudenziale in tale contesto influenzano, tuttavia, i termini del dibattito spostatosi sulla fase di conclusione del contratto¹⁶⁶.

Il problema giuridico del silenzio nel campo del diritto privato finisce per interessare, quindi, la struttura stessa del contratto, in particolare la sua concezione come scambio di consensi: la percezione del valore giuridico del silenzio conduce la dottrina a domandarsi se il riconoscimento dell'efficacia del silenzio possa tradursi in un'alterazione della struttura tradizionale del contratto, determinando una "diminuzione" del requisito del consenso; il silenzio verrebbe a configurarsi come "consenso debole", implicante un assentimento in forma passiva della parte destinataria della proposta negoziale¹⁶⁷. In tale prospettiva si pone l'interrogativo degli interpreti in merito all'attitudine del silenzio a valere come negozio giuridico: oggetto di valutazione è l'idoneità del contegno silenzioso ad integrare il momento di perfezionamento della fattispecie negoziale e, di conseguenza, determinare la produzione di effetti giuridici¹⁶⁸.

diffuso nella prassi commerciale: la problematica esaminata riguarda, in entrambe le ipotesi, l'attitudine del silenzio a rappresentare una manifestazione di volontà.

¹⁶⁶ In merito alla tendenza a studiare il tema del silenzio nella conclusione dei contratti in connessione con il tema delle lettere di conferma ove il destinatario assuma un contegno inerte, cfr. PATTI S. *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., 234. La connessione tra le due tematiche giustifica, in particolare, la riproposizione dei medesimi criteri per la definizione del valore giuridico del silenzio serbato dalla parte, in relazione ad entrambe le fattispecie.

¹⁶⁷ In tal senso, cfr. BONFANTE P. *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, cit., 150 ss.: l'Autore, in particolare, evidenzia l'esigenza di interrogarsi se «da giurisprudenza (o la legislazione), nel riconoscere via via l'efficacia del silenzio, abbia inteso di alterare il concetto di contratto, di diminuire il requisito del consenso in generale» (p. 152); nel caso del silenzio, «da legge si accontenta di un consenso più debole, di un assentimento puramente negativo, passivo» (p. 153).

In merito al concetto generale di accordo quale momento conclusivo del contratto, cfr. SCOGNAMIGLIO R. *Dei contratti in generale, Disposizioni preliminari – Dei requisiti del contratto, Art. 1321-1352*, in SCIALOJA A., BRANCA G., a cura di, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1970, 75 ss. L'Autore evidenzia, in particolare, che «l'accordo si identifica con l'incontro e congruenza esteriore della proposta e dell'accettazione; o, in termini che ci paiono più comprensivi e penetranti, con la coincidenza di uno degli atti in cui si esprime l'autonoma partecipazione di ciascuna parte alla stipula del comune regolamento di interessi» (p. 76).

¹⁶⁸ Al riguardo, cfr. BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 141 ss.: l'Autore configura la questione giuridica del silenzio come verifica in ordine all'attitudine del fenomeno a valere come negozio giuridico; conclude la sua indagine in termini affermativi, ritenendo che in determinati casi il silenzio abbia valore di

Le tesi che ammettono il valore consensuale del silenzio, pur addivenendo alla medesima conclusione sul piano degli effetti giuridici, mostrano tuttavia di divergere quanto all'aspetto relativo all'identificazione della natura giuridica della fattispecie in esame: non risulta, infatti, condivisa l'impostazione volta a riconoscere al silenzio il significato di consenso, emergendo un diverso orientamento inteso ad assimilare il silenzio al consenso solo sul piano degli effetti¹⁶⁹.

Alle ricostruzioni favorevoli all'efficacia giuridica del silenzio si contrappone l'orientamento in senso opposto, che viceversa esclude a monte la configurabilità del silenzio come manifestazione di volontà e, di conseguenza, nega la rilevanza del fenomeno sul piano giuridico, limitandola ai casi in cui siano la legge oppure l'accordo delle parti ad attribuire al silenzio determinati effetti (e quindi, a monte, uno specifico significato)¹⁷⁰.

L'orientamento in senso contrario alla configurazione del silenzio come espressione di consenso propone un diverso inquadramento del fenomeno: il contegno silente è assunto come comportamento idoneo a manifestare la mancata opposizione ad un fatto altrui¹⁷¹.

Tale impostazione attribuisce rilievo giuridico al silenzio come manifestazione di *patientia*: la sua efficacia è condizionata alla conoscenza del fatto altrui ed alla possibilità di opporsi al fatto stesso. Il fenomeno in esame viene quindi ad operare in un contesto più ampio

negozio e, di conseguenza, il comportamento silenzioso vada assoggettato a tutte le regole proprie del negozio giuridico (cfr. in specie, p. 145).

¹⁶⁹ In tal senso, cfr. BORGNA G. *Del silenzio nei negozi giuridici*, Cagliari, 1901, 94: l'Autore esclude che il silenzio possa assumere il significato di consenso; ammette, tuttavia, che possano ricorrere dei casi in cui il contegno silenzioso produca i medesimi effetti dell'accettazione (in particolare, ove il contegno omissivo consista in un "silenzio doloso", ossia «mantenuto nei rapporti contrattuali al fine di abusare della ... buona fede»).

¹⁷⁰ In senso contrario alla configurazione del silenzio come fatto idoneo a realizzare il perfezionamento di una fattispecie negoziale, cfr. SRAFFA A. *op. cit.*, 27 ss.

¹⁷¹ In tal senso cfr. DONATUTI G. *op. cit.*, 464 ss.: l'Autore, nell'analizzare il rilievo giuridico del silenzio muovendo dall'analisi delle fonti giuridiche romane, afferma che i comportamenti ricondotti nel concetto di silenzio dagli scrittori moderni non possono considerarsi come manifestazioni di consenso vero o proprio o di volontà, potendo valere solo come espressione di *patientia*.

dell'area contrattuale, ma al contempo assume un valore diverso dal consenso, limitato alla tolleranza¹⁷².

L'opinione intesa a ridurre il silenzio ad una mera manifestazione di *patientia* non vale, tuttavia, a scalfire l'impostazione tradizionalmente accolta dalla dottrina maggioritaria, che continua a collocare lo studio del silenzio nel settore delle dichiarazioni e manifestazioni di volontà negoziale. Esula da questo ambito la considerazione del silenzio come omessa dichiarazione di un fatto o di una situazione di diritto: gli autori ne evidenziano l'estraneità alla questione relativa al valore giuridico del silenzio¹⁷³.

La questione giuridica del silenzio non viene dunque affrontata al di fuori del contesto relativo alle manifestazioni di volontà, nonostante assuma rilievo come fatto naturalistico anche in ambiti diversi, in particolare nella fase delle trattative. La ragione dell'impostazione diffusa in dottrina risiede nel fatto per cui in tale sede il comportamento in considerazione non è rappresentato dal mero silenzio, quale contegno consistente nel tacere o nel non-parlare: nella fase delle trattative, infatti, il fenomeno in rilievo è costituito dalla reticenza del soggetto, in cui l'atteggiamento inerte resta assorbito nella condotta (complessiva) di occultamento¹⁷⁴.

In tale contesto, la reticenza vale ad indicare il contegno di chi ha taciuto una circostanza che altri, con cui si accinge a stipulare un contratto, aveva interesse a conoscere¹⁷⁵.

Gli studi dedicati alla reticenza, che in origine muovono dall'analisi del fenomeno sulla scorta delle fonti romane in relazione ad una specifica fattispecie negoziale quale il

¹⁷² In merito all'orientamento della dottrina meno recente, che riduceva il silenzio alla figura della *patientia*, da contrapporre alla manifestazione di *volutas*, cfr. CASTIGLIA G. *op. cit.*, 2.

¹⁷³ In tal senso, cfr. GABBA C. F. *op. cit.*, 97: nell'evocare l'ipotesi in cui un soggetto «taccia di vizi redibitori, oppure della altrui proprietà della cosa veduta, o di una servitù passiva gravante un immobile alienato», l'Autore osserva che nel caso di omessa comunicazione di circostanze (di fatto o di diritto) il silenzio viene ad incidere in una dichiarazione di volontà, concernendo non la volontà stessa ma «la dichiarazione di un fatto o di un dato stato di diritto». In senso analogo, cfr. PARRELLA A. *op. cit.*, 373: l'Autore osserva che «quando parliamo di reticenza intendiamo non attribuire alla stessa il significato lessicale generico di semplice silenzio: significato che potrebbe anche creare l'equivoco sull'oggetto delle nostre ricerche e scambiarlo con quello che offrì materia anche in Italia di diligente disamina ed acuta penetrazione scientifica. Intendiamo alludere al silenzio come manifestazione tacita di volontà ... ».

¹⁷⁴ Al riguardo, cfr. PARRELLA A. *op. cit.*, 374: «per noi reticenza non è soltanto il tacere, ma è il celare, l'occultare, il nascondere, il dissimulare: in altre parole essa equivale a menzogna, ad alterazione e diniego della verità, a falsa rappresentazione della realtà. E la reticenza nel negozio giuridico altro non è se non la menzogna sotto forma di dissimulazione su circostanze utili e necessarie a tradurlo in atto».

¹⁷⁵ In tal senso, cfr. VISINTINI G. *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1971, 1.

contratto di compravendita, espressamente circoscrivono la nozione di silenzio, insita nella figura della reticenza, al fine di attribuirvi efficacia giuridica: attesa l'inerenza al concetto di dissimulazione e celamento, il silenzio serbato dalla parte acquista la configurazione di reticenza ove sia connotato dall'intenzione soggettiva di tacere, che a sua volta presuppone la conoscenza della circostanza (di fatto o di diritto) taciuta alla controparte¹⁷⁶.

Il tema della reticenza viene analizzato nei contributi dottrinali per valutarne la rilevanza in termini di causa di annullamento del contratto per vizio della volontà: la soluzione in senso positivo postula la qualificazione della reticenza come manifestazione di dolo¹⁷⁷. La questione investe, in particolare, la configurabilità del dolo in forma omissiva e l'assunzione dell' "induzione in errore" quale requisito necessario per l'attribuzione di rilievo giuridico al contegno omissivo¹⁷⁸.

Il problema giuridico si sostanzia, quindi, nella definizione dei casi e delle condizioni per cui il silenzio o la reticenza siano idonei a rendere enucleabile la presenza del dolo, ai fini

¹⁷⁶ Al riguardo, cfr. GRISI G. *op. cit.*, 278: in particolare, si osserva che la rilevanza giuridica della reticenza come causa di annullamento del contratto è esclusa qualora la parte che ha subito il silenzio altrui fosse già a conoscenza della circostanza taciuta o il soggetto reticente ignorasse l'esistenza della circostanza non comunicata; in senso analogo, il rilievo giuridico della reticenza è escluso qualora la mancata comunicazione abbia ad oggetto circostanze marginali, non essenziali per la controparte.

In merito alle origini dello studio della reticenza, condotto sulla base delle fonti romane, cfr. SOLIDORO MARUOTTI L. *op. cit.*, 20 s. L'Autore evidenzia, tra le più antiche testimonianze romane sul valore giuridico del silenzio, la trattazione svolta da Cicerone, nel libro terzo del *De officiis*, in cui si sviluppa il tema della reticenza nella compravendita: i casi affrontati riguardano il silenzio serbato dal venditore su diverse circostanze, quali ad esempio l'arrivo imminente di ingenti quantità di merce (nel caso specifico di vendita di grano in tempo di carestia), la sussistenza di difetti di non poco conto della merce alienata, a conoscenza del venditore, l'esistenza di un ordine di demolizione della casa compravenduta.

¹⁷⁷ Al riguardo, cfr. STOLFI G. *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 153: in particolare, la fattispecie dolosa è rappresentata dall' "occultare callidamente dei fatti veri", che nel caso di silenzio si realizza mediante un'omissione di attività.

¹⁷⁸ In merito al dibattito maturato in sede interpretativa sulla configurabilità del dolo negativo (o dolo omissivo), cfr. DE POLI M. *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza: da Alfredo Trabucchi alla stagione della trasparenza contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 5, 679 ss. Il principale argomento addotto dalla dottrina tradizionale in senso contrario alla configurabilità del silenzio come dolo negativo è rappresentato dall'incompatibilità tra il contegno inerte e la condotta attiva viceversa insita nel concetto di dolo, costituita dall'elemento dei "raggiri".

del ricorso all'azione di annullamento o alla tutela risarcitoria da parte del soggetto pregiudicato, ai sensi degli artt. 1439 e 1440 c.c.¹⁷⁹

In tale contesto emerge l'esigenza di un passaggio intermedio ai fini dell'attribuzione di efficacia giuridica al silenzio configurabile in termini di reticenza, rappresentato dalla ricorrenza di un obbligo di informare, la cui violazione è integrata dal silenzio cosciente finalizzato all'occultamento della situazione di fatto o di diritto esistente¹⁸⁰. Questo aspetto viene peraltro esaltato nelle elaborazioni dottrinali successive, per attribuire rilevanza giuridica al silenzio in forma di reticenza, riconoscendo allo stesso una diversa efficacia, non più in chiave di invalidità negoziale bensì in termini di responsabilità precontrattuale: il silenzio, integrando una violazione del dovere di informativa, è configurato come inadempimento all'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative ai sensi degli articoli 1337 e 1338 c.c.¹⁸¹

La qualificazione del silenzio come violazione del dovere di informare la controparte è un aspetto ampiamente valorizzato nei contributi dottrinali più recenti, attesa la correlazione con l'esigenza di tutela del contraente debole, in specie del consumatore nei rapporti con il professionista, ed il conseguente sviluppo della relativa normativa in chiave protezionistica, su impulso del legislatore europeo: in tale contesto, infatti, trova

¹⁷⁹ In ordine alla definizione del problema giuridico rappresentato dalla manifestazione del silenzio nell'ambito delle trattative negoziali, cfr. GRISI G. *op. cit.*, 282, in specie nt. 30. Per un'impostazione del problema in chiave diversa rispetto alla questione della configurazione del dolo in forma omissiva, cfr. DE POLI M. *op. cit.*, 681: l'Autore osserva, in particolare, che il problema giuridico è rappresentato dalla definizione dei rimedi esercitabili in caso di violazione dell'obbligo di parlare.

¹⁸⁰ In ordine all'attribuzione di rilievo giuridico al contegno reticente a condizione che costituisca violazione di un dovere giuridico, cfr. FUNAIOLI C.A. *Dolo (diritto civile)* in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 745, per cui «la reticenza o il silenzio non bastano a costituire il dolo se non ... in quanto si contravvenga ad un dovere o onere di comunicazione posto dalla legge nei confronti di altri»; in senso analogo, cfr. PARRELLA A. *op. cit.*, 378. La violazione di un obbligo di parlare rappresenta, ad avviso di una parte della dottrina, il presupposto necessario per l'integrazione di un'ipotesi di dolo in forma negativa: al riguardo, cfr. STOLFI G. *op. cit.*, 153. In merito alla distinzione tra i concetti di silenzio, reticenza e dolo, cfr. GRISI G. *op. cit.*, 282, in specie nt. 30: «il silenzio sta ad indicare semplicemente l'atteggiamento di chi non parla, di chi non rivela, di chi tiene il segreto; la reticenza è invece rappresentativa del contegno di chi non dice quello che potrebbe o dovrebbe dire; il silenzio non necessariamente presuppone la conoscenza della circostanza non rilevata, mentre la reticenza sempre implica la cognizione di ciò che non si dice, e quindi la coscienza e volontarietà dell'atto omissivo. Ma ciò nondimeno, non basta la reticenza per configurare il dolo, né a questo fine è sufficiente accertare l'intenzionalità del silenzio osservato».

¹⁸¹ In tale contesto emerge l'orientamento teso ad estendere l'ambito dell'obbligo di parlare, non più circoscritto ad ipotesi specifiche: in tal senso, cfr. DE POLI M. *op. cit.*, 681, che valorizza il carattere generico dell'obbligo in questione, riconducibile al dovere di buona fede nelle trattative negoziali.

un riconoscimento espresso il diritto del consumatore ad essere adeguatamente informato, nell'ottica di assicurare la trasparenza nei rapporti tra le parti; il silenzio del professionista si assume quindi come comportamento lesivo del diritto del consumatore¹⁸².

La valorizzazione del profilo inerente ai rimedi esperibili a fronte della reticenza manifestata nella fase precontrattuale si inserisce nel contesto del dibattito maturato in ordine ai rapporti tra regole di validità e regole di comportamento: recuperando gli insegnamenti della dottrina tradizionale, secondo cui il suddetto rapporto deve improntarsi al principio di non interferenza, si assiste ad una valorizzazione del rimedio risarcitorio quale forma di tutela invocabile dalla parte che ha subito il silenzio altrui, sulla base della configurazione del contegno inerte come violazione del dovere di buona fede, per cui si abbandona la tendenza a studiare la reticenza nel solo contesto del dolo quale causa di invalidità del negozio¹⁸³.

Il problema giuridico della reticenza manifestata nella fase precontrattuale si trasforma, pertanto, nella definizione dei rapporti tra i rimedi invocabili dalla parte pregiudicata per effetto del contegno silente serbato dalla controparte, in specie tra il risarcimento del danno e l'annullamento del contratto per dolo.

Il silenzio serbato dalla parte nell'ambito delle trattative negoziali viene analizzato dalla dottrina tradizionale in un contesto ulteriore, sempre sulla scorta delle fonti romane, coincidente con la manifestazione della condotta omissiva nel corso delle trattative finalizzate alla conclusione di un contratto di compravendita: anche in questo contesto

¹⁸² In ordine alla valorizzazione dei doveri di informazione quale strumento inteso ad attenuare l'asimmetria informativa nei rapporti tra il professionista ed il consumatore, colmando almeno in parte il divario esistente tra operatore professionale e consumatore, cfr. GALLO P. *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, 655 ss.

¹⁸³ In merito alla distinzione, sul piano dei rimedi esperibili, tra violazione di una regola di validità e violazione di una regola di comportamento, in relazione alle fattispecie negoziali cfr. D'AMICO G. *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto* in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss. In ordine all'estensione del problema giuridico della reticenza, non circoscrivibile al solo contesto dell'invalidità negoziale, cfr. GALLO P. *op. cit.*, 645. L'Autore, nell'elencare i problemi connessi ai doveri di informazione nella fase precontrattuale, afferma: «quand'anche fosse possibile individuare con precisione la linea di distinzione tra le informazioni che devono essere rivelate e quelle che possono essere taciute, resta il problema di capire quali conseguenze giuridiche comporti la reticenza; vi sono infatti per lo meno due ordini di conseguenze, vale a dire il risarcimento del danno ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., nonché l'annullamento del contratto per dolo omissivo ai sensi dell'art. 1439 c.c.».

gli studiosi si preoccupano di evidenziare l'estraneità del tema alla questione giuridica del silenzio, circoscritta all'ambito delle manifestazioni di volontà negoziale¹⁸⁴.

Il silenzio rileva quindi come fatto idoneo ad integrare il presupposto di attivazione della garanzia per i vizi del bene compravenduto, quale forma di tutela prevista dalla legge in favore della parte acquirente (rappresentata dalla possibilità di agire per la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo): il silenzio si configura come omessa comunicazione dei vizi del bene ad opera dell'alienante¹⁸⁵.

In tale contesto il silenzio suscettibile di rilievo giuridico presenta contorni più ampi: prescinde, infatti, dall'intenzione soggettiva di tacere e dalla conoscenza del fatto taciuto, estendendosi anche all'omessa comunicazione di circostanze ignorate dal soggetto silente¹⁸⁶.

Da un rapido *excursus* delle fonti dottrinali in materia risulta, quindi, la tendenza a collocare lo studio del silenzio nella materia contrattuale: fuoriesce da questa impostazione l'orientamento inteso a circoscrivere l'attribuzione di rilievo giuridico al silenzio mediante la qualificazione in termini di *patientia* e, quindi, di tolleranza a fronte di un comportamento altrui lesivo del diritto dell'autore del contegno silente, per cui il fenomeno in questione viene ad interessare una relazione tra soggetti che non necessariamente trova origine in un contratto.

¹⁸⁴ In tal senso, cfr. GABBA C. F. *op. cit.*, 97.

¹⁸⁵ Al riguardo, cfr. SOLIDORO MARUOTTI L. *op. cit.*, 41: esaminando la questione alla luce delle fonti giuridiche romane, l'Autore evidenzia che la tutela dell'acquirente in conseguenza della mancata comunicazione di vizi occulti prescinde dall'imputazione soggettiva di responsabilità a carico dell'alienante, autore del contegno inerte.

¹⁸⁶ Al riguardo, cfr. GABBA C. F. *op. cit.*, 97: l'Autore evidenzia la rilevanza, in questo contesto, del silenzio a prescindere dalla connotazione soggettiva («silenzio doloso, colposo o incolpevole»). In merito alle origini ed all'evoluzione della questione concernente la reticenza del soggetto, anche in relazione all'istituto della garanzia per i vizi, se pure in base ad una diversa *ratio*, cfr. VISINTINI G. *op. cit.*, 12. L'Autore osserva, in particolare, che «il contratto di compravendita ha comunque rappresentato il primo campo di applicazione e di rilevanza del concetto di reticenza. Peraltro l'istituto della garanzia per vizi occulti attraverso il quale rileva ancor oggi la reticenza del venditore e che deriva dai rimedi romani ..., risponde a una *ratio* diversa da quella che ispira la normativa sul dolo. Esso è una conseguenza della natura stessa del contratto di vendita, in forza del quale il venditore deve procurare al compratore non soltanto il possesso pacifico della cosa venduta, ma anche il possesso utile».

Emerge quindi una visione parziale del fenomeno nell'ambito dei contributi dottrinali, che si riflette nella tendenza a ridurre la questione giuridica del silenzio ad un singolo profilo, non accogliendo una prospettiva di analisi in senso complessivo.

Non sempre emerge un'effettiva percezione del campo di indagine da parte degli studiosi del fenomeno: vengono, sovente, ricompresi nel silenzio casi che propriamente non concernono la questione giuridica ad esso sottesa, oppure inserite fattispecie che la riguardano ma senza distinguerne i caratteri specifici, confusi in un'unica ipotesi nel tentativo di ricondurre ad unità il fenomeno viceversa complesso sul piano giuridico¹⁸⁷. L'atteggiamento in questione si registra, ad esempio, nell'equiparazione del silenzio serbato dal destinatario della proposta negoziale con il contegno suscettibile di integrare l' "inizio di esecuzione" del contratto ai sensi dell'art. 1327 c.c., nel tentativo di attribuire rilievo giuridico al silenzio in termini di modalità idonea a determinare la conclusione del contratto¹⁸⁸.

L'impostazione seguita negli studi dottrinali si riflette nell'ambito dei contributi a livello giurisprudenziale: il silenzio è infatti evocato in vari settori di applicazione del diritto civile, corrispondenti agli ambiti presi in considerazione, singolarmente, in sede dottrinale.

In particolare, il contegno silente è richiamato in riferimento alla conclusione di una fattispecie contrattuale – nel cui contesto trova accoglimento la tesi della rilevanza giuridica del cd. "silenzio circostanziato" – nonché ai fini dell'annullamento del contratto per dolo o dell'addebito di responsabilità a carico dell'autore del silenzio, ovvero nell'ottica di invocazione della garanzia per i vizi o per l'evizione del bene compravenduto, nel caso in cui il contegno silente sia serbato nella fase delle trattative preordinate alla conclusione di un contratto ed alla definizione delle relative condizioni negoziali. Il silenzio risulta altresì evocato nel campo dei diritti reali e delle obbligazioni,

¹⁸⁷ In tal senso, cfr. GABBA C. F. *op. cit.*, 94 s.: in particolare, l'Autore osserva che la questione giuridica del silenzio non interessa il caso delle dichiarazioni omesse entro il termine fissato dalla legge o dal giudice, trattandosi non di una fattispecie di silenzio in senso proprio bensì di inazione.

¹⁸⁸ Evidenzia l'esigenza di distinguere il silenzio circostanziato dalla cd. attuazione di volontà (esecuzione del contratto senza previa dichiarazione) SACCO R. *Il contratto*, in *Trattato di diritto italiano* diretto da VASSALLI F., VI, t. 2, Torino, 1975, 51, nt. 1.

per stabilire se il comportamento omissivo possa valutarsi come manifestazione di tolleranza o addirittura di acquiescenza da parte del soggetto silente a fronte di un comportamento altrui invasivo o lesivo della sua sfera giuridica.

L'esame dei contributi in materia di silenzio evidenzia il carattere tradizionale del tema: i contributi recenti sono, infatti, esigui, mentre numerosi sono gli scritti dedicati a questo argomento nella dottrina della prima metà del secolo scorso, anche inseriti in lavori di più ampia portata¹⁸⁹.

10. Delimitazione dell'ambito di indagine

L'attività di ricerca si propone di esaminare il valore giuridico del silenzio serbato dalle parti nell'ambito dell'esercizio dell'autonomia privata, circoscrivendo l'analisi alla materia contrattuale.

In particolare, l'indagine intende limitarsi alla fase precontrattuale, prendendo in considerazione tre momenti in cui il silenzio della parti può manifestarsi: le trattative, il procedimento di formazione del contratto, la conclusione dello stesso¹⁹⁰.

A seconda del momento di manifestazione in seno alla fase precontrattuale, il silenzio può assumere un diverso valore giuridico.

¹⁸⁹ In tal senso, cfr. TAFARO L. *Forniture non richieste: valore negoziale del silenzio e procedimenti formativi del contratto* in *Notariato*, 2008, 6, 636. Alla luce di questa considerazione, l'Autore evidenzia che pur essendo necessario rifarsi agli studi tradizionali sul tema, occorre non sopravvalutare il contributo che possono offrire ad una riflessione generale sul silenzio, «trattandosi di analisi e soluzioni maturate in un contesto culturale e giuridico completamente diverso dall'attuale al quale, nello specifico, erano completamente estranee tutte le problematiche riguardanti le forme di contrattazione moderne». Al riguardo, cfr. altresì ADDIS F. *op. cit.*, 263 s.

¹⁹⁰ In ordine alla definizione delle nozioni di trattativa e di formazione progressiva del contratto, cfr. MIRABELLI G. *Dei contratti in generale*, Torino, 1961, 36: le trattative in senso stretto si identificano nella fase di scambio dei rispettivi punti di vista e propositi, fino alla formulazione di una proposta; viceversa, la formazione progressiva è rappresentato dal caso in cui le parti procedano attraverso una serie di proposte e controproposte, fino al raggiungimento (in modo graduale) di un accordo sui vari punti del contenuto contrattuale. Il criterio discretivo accolto da questa dottrina si identifica, pertanto, nell'elemento temporale, per cui la distinzione tra la fase delle trattative e quella di formazione del contratto risiede nel confine rappresentato dall'elaborazione (ed invio) della proposta. Al riguardo, cfr. altresì BIANCA C.M. *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 228: l'Autore afferma la ricorrenza dell'ipotesi di “formazione progressiva dell'accordo” nel caso “di scambio di proposte e controproposte” oppure nel caso di “elaborazione comune del testo”. In merito alla nozione di conclusione del contratto, cfr. SCOGNAMIGLIO R. *op. cit.*, 99, definita come “incontro tra la proposta e l'accettazione”.

L'indagine si propone di qualificare il silenzio nei singoli momenti della fase diretta alla conclusione del contratto, individuando le conseguenze suscettibili di derivazione nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti (l'autore del contegno silenzioso ed il destinatario del silenzio), apprezzando l'interesse di volta in volta ritenuto meritevole di protezione.

La definizione degli effetti giuridici del silenzio serbato da una delle parti nella fase precontrattuale investe altresì l'individuazione dei rimedi a tutela della parte pregiudicata dal silenzio altrui.

L'attività di ricerca muove pertanto dallo studio del silenzio come manifestazione di volontà (nella specie, quale accettazione della proposta negoziale della controparte, idonea al perfezionamento del contratto); si sviluppa, in via successiva, mediante la valorizzazione del silenzio come forma di inadempimento di un obbligo specifico, rappresentato dal dovere di informativa nella fase delle trattative.

Il tentativo è di inquadrare in modo compiuto il fenomeno del silenzio ove manifestato in fase precontrattuale, combinando nell'analisi aspetti solitamente esaminati dalla dottrina in contesti separati¹⁹¹.

L'indagine sul fenomeno del silenzio, muovendo dal momento di conclusione del contratto, mostra di non seguire l'ordine cronologico in cui il silenzio può venire in considerazione nell'ambito della fase precontrattuale, che imporrebbe di iniziare la trattazione dal momento delle trattative negoziali.

La scelta di anteporre l'analisi del silenzio come manifestazione di volontà negoziale intende riproporre l'evoluzione del dibattito giuridico sul fenomeno, muovendo dal profilo cui la dottrina tradizionalmente riconduce la problematica giuridica del silenzio, collegato alla fase di formazione e di conclusione del contratto.

L'esame del silenzio nella fase delle trattative segue l'indagine sul valore giuridico del contegno omissivo serbato in sede di perfezionamento della fattispecie contrattuale.

L'ordine proposto evidenzia la valorizzazione del tema intervenuta nel dibattito recente,

¹⁹¹ La circostanza rappresentata dalla prospettiva parziale degli studi sul silenzio è evidenziata in SOLIDORO MARUOTTI L. *op. cit.*, 11: l'Autore osserva che a lungo il problema del silenzio è stato identificato con la tematica della manifestazione di volontà nel campo del diritto privato e, ancora più specificatamente, in ambito contrattuale; prospettiva che l'Autore ritiene «deviante» e «ancora oggi molto diffusa».

in specie nel contesto della legislazione, di ispirazione comunitaria, a tutela del consumatore: si assiste, in particolare, ad un'estensione dell'ambito di illiceità del silenzio inteso come violazione di un obbligo informativo.

Capitolo II

IL SILENZIO COME MANIFESTAZIONE DI VOLONTÀ E MOMENTO DI CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

4. Il silenzio come fatto idoneo a determinare la conclusione del contratto: i termini della questione. Ipotesi astrattamente in rilievo

Il problema giuridico del silenzio è inteso come configurabilità del contegno silente in termini di manifestazione di volontà negoziale¹⁹².

Nell'ambito della fase di formazione del contratto, la questione viene a prospettarsi in termini ancor più circoscritti: il problema giuridico investe la configurabilità del silenzio come fatto idoneo a determinare la conclusione del negozio¹⁹³. In tale contesto, l'efficacia giuridica del silenzio è quindi collegata al suo riconoscimento come modalità di perfezionamento della fattispecie contrattuale. Oggetto di valutazione è altresì la qualificazione giuridica del fatto, ove se ne assuma la corrispondenza ad una manifestazione di volontà. Due sono, in particolare, le tesi prospettate in dottrina: la configurabilità in termini di accettazione in forma tacita; la valenza come comportamento concludente¹⁹⁴.

¹⁹² In merito al concetto di manifestazione, cfr. CARIOTA FERRARA L. *op. cit.*, 364: «perché si abbia manifestazione, occorre che la volontà sia esteriorizzata, cioè sia portata dal di dentro, nel mondo esteriore; il soggetto deve farla evadere dal proprio *io* ed immetterla nella vita sociale in modo apprendibile, percepibile ... Condizione necessaria e sufficiente è che la volontà evada, venga all'esterno e in guisa tale che vi sia la possibilità che altri la apprendano». In senso analogo, cfr. BARASSI L. *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1964, 116: «... la volontà contrattuale (fatto interiore) non può conoscersi che attraverso le forme esternamente rivelatrici».

¹⁹³ In merito alla definizione della nozione di conclusione del contratto, cfr. VITUCCI P. *op. cit.*, 3: «... si usa qui il termine nell'accezione più rigorosa di momento finale della fase formativa ...». In senso analogo, cfr. MESSINEO F. *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU A. - MESSINEO F., XXI, t. 1, 292 s.: l'Autore, nel riportare la tendenza ad adoperare promiscuamente i termini "formazione" e "conclusione" del contratto, evidenzia l'esigenza, invece, di distinguerli dal punto di vista concettuale, per cui la conclusione si configura come "evento terminale del procedimento di formazione"; il concetto di formazione presenta, quindi, un ambito più vasto, che include il momento di conclusione del contratto.

¹⁹⁴ La questione evoca la distinzione tra il concetto di manifestazione e la nozione di dichiarazione, assunto come rapporto di *genus ad speciem*: in tal senso, cfr. CASTIGLIA G. *Dichiarazione* in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1 ss.

Il silenzio può manifestarsi in momenti diversi della fase precontrattuale, a seconda dei termini in cui risulti articolato il singolo procedimento di formazione del contratto.

Un dato, tuttavia, accomuna le ipotesi in astratto prospettabili, ossia la manifestazione del contegno silenzioso in un momento successivo alla formulazione della proposta negoziale: il silenzio, del cui contegno giuridico si discute nella fase di conclusione del contratto, postula infatti l'iniziativa altrui, cui segue l'omissione verbale del destinatario della proposta.

Tale circostanza evoca l'esistenza di una relazione tra le parti coinvolte, quale contesto nel cui ambito è destinato a formarsi il silenzio¹⁹⁵.

Due sono, quindi, gli aspetti valorizzati nell'indagine diretta alla definizione del valore del silenzio: la sussistenza di una relazione tra i soggetti coinvolti, quale presupposto di verifica del silenzio; l'esistenza di un'altrui iniziativa.

Nella prospettiva di ricerca del significato attribuibile al silenzio, tali elementi rappresentano il dato di partenza per l'elaborazione di un'interpretazione del fenomeno muovendo dalla qualificazione del fatto in termini positivi sul piano materiale, prima ancora che giuridico; evidenziano, in particolare, il carattere secondario del fenomeno, in quanto la sua esistenza dipende da un fatto primario, costituito dall'attività altrui, diretta a sollecitare la presa di posizione del destinatario della proposta¹⁹⁶.

In tale ottica, il silenzio assume significato esclusivamente in un contesto di relazione: in questo ambito viene a qualificarsi come "mancata risposta", formandosi in un momento successivo alla richiesta altrui, che pone l'autore in una posizione di attesa¹⁹⁷.

La configurazione in termini di mancata risposta vale a connotare il silenzio in termini positivi, sul piano materiale e giuridico.

Il silenzio, seguendo la domanda di un altro soggetto, presuppone la volontà di tacere in capo all'autore del contegno omissivo. Tale circostanza è valorizzata in campo dottrinale

¹⁹⁵ In ordine alla configurazione del silenzio come "fatto relazionale", cfr. SOLIDORO MARUOTTI L. *op. cit.*, 10.

¹⁹⁶ In ordine al "carattere secondario" del fenomeno rappresentato dal silenzio, cfr. GORETTI M.S. *op. cit.*, 16.

¹⁹⁷ In tal senso, cfr. LA TORRE A. *op. cit.*, 546: l'Autore evidenzia che «il silenzio acquista una peculiare dimensione se inserito nella dialettica domanda-risposta».

per evidenziare la connotazione positiva del fatto, nonostante il suo carattere formalmente negativo¹⁹⁸. L'aspetto positivo viene ancorato all'elemento volontaristico: il silenzio denota la volontà elusiva del suo autore, presentandosi come risposta, che si esplicita in forma negativa (non-parlare).

La preesistenza di una domanda altrui vale altresì a connotare in termini positivi il fenomeno sul piano sociale: la relazione esistente tra le parti consente di interpretare il fatto, desumendo il significato ad esso attribuito dal suo autore.

Il meccanismo logico alla base dell'interpretazione del silenzio nell'esperienza comune consente di porre le basi per un'analisi del fenomeno sul piano giuridico.

La relazione tra le parti è infatti valorizzata come circostanza idonea a "colorare" il silenzio (in termini di accettazione tacita ovvero di comportamento concludente), assumendo rilievo sul piano dell'interpretazione del fenomeno.

La configurazione in termini di (mancata) risposta, invece, viene ripresa nell'ambito della teorizzazione del silenzio, intesa all'enucleazione di un principio giuridico a fondamento del valore del fatto in chiave di manifestazione di volontà: lascia emergere, infatti, una prospettiva basata sugli interessi coinvolti, valorizzando quello della parte cui è rivolto il contegno silenzioso.

La sequenza "domanda-risposta", ove trasposta nel campo giuridico in specie nell'ambito del procedimento di formazione del contratto, evoca lo schema "proposta-accettazione", in cui la mancata risposta segue la proposta negoziale della controparte; la configurazione del silenzio in termini di mancata risposta fonda, in questo contesto, l'esigenza di tutelare l'affidamento del soggetto proponente, che spinge una parte della dottrina a proporre una conformazione del silenzio in termini corrispondenti alla volontà positiva del suo autore, accordando prevalenza all'interesse vantato dal proponente, in posizione di attesa.

¹⁹⁸ In tal senso, cfr. GORETTI M.S. *op. cit.*, 17: in particolare, si evidenzia che «... quando il silenzio esiste come tale, esiste proprio la volontà precisa del tacere».

Il problema giuridico del silenzio nell'ambito del procedimento di conclusione del contratto può venire in rilievo in varie ipotesi, la cui verifica è essenzialmente collegata all'articolazione in concreto dell'*iter* di formazione della fattispecie negoziale.

I singoli casi sono stati oggetto di valutazione in sede dottrinale per cercare di definire il significato del silenzio.

La prima ipotesi prospettabile concerne lo schema procedimentale più semplice, consistente nella sequenza "proposta-accettazione": il silenzio è manifestato dal destinatario della proposta negoziale. In particolare, si osserva che il silenzio dell'interessato non può che essere quello della parte chiamata a manifestare l'accettazione: la proposta, infatti, per il suo contenuto non può esprimersi mediante la forma del silenzio¹⁹⁹.

La variante in forma più complessa riguarda, invece, il caso in cui alla proposta iniziale sia seguita un'accettazione non conforme, che ai sensi dell'art. 1326, comma 5, c.c. equivale a nuova proposta: il silenzio è serbato dall'originario proponente a fronte dell'accettazione non conforme alla proposta iniziale²⁰⁰.

La terza ipotesi ricorre, viceversa, nel caso di silenzio manifestato a fronte di una fornitura di beni non richiesta: il contegno inerte è realizzato nell'ambito di uno schema articolato in termini diversi dal modello generale "proposta-accettazione" delineato dall'art. 1326 c.c.; il silenzio è infatti serbato a fronte di un'iniziativa altrui che non si traduce nel compimento di un atto prenegoziale (proposta in senso formale) bensì nell'adozione di un comportamento attuativo (fornitura di beni), che vale a rendere manifesta la proposta negoziale, non formulata in modo espresso dal soggetto.

¹⁹⁹ In merito all'inconfigurabilità del silenzio quale forma di espressione della proposta negoziale, cfr. BARASSI L., *op. cit.*, 118. In ordine alla natura giuridica della proposta, cfr. MESSINEO F., *op. cit.*, 295: l'Autore ne evidenzia la configurazione in termini di "atto prenegoziale", in particolare come "frammento di un eventuale negozio", privo di rilevanza agli effetti della conclusione del contratto ove non segua l'accettazione.

²⁰⁰ In merito al valore della cd. controproposta, cfr. BIANCA C.M., *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 227: «la controproposta non è accettazione dell'offerta ma non costituisce neppure un rifiuto. Essa implica l'intento di proseguire le trattative sulla base dell'offerta originaria. Rispetto all'accettazione difforme il proponente assume a sua volta la veste di oblatore ... ».

La quarta ed ultima ipotesi riguarda, invece, i rapporti contrattuali di durata, in cui le parti convengono che la mancata disdetta entro un termine predeterminato determini il rinnovo del contratto: il silenzio della parte, venendosi a configurare come mancata disdetta, comporta automaticamente la conclusione di un contratto avente il medesimo contenuto di quello stipulato in origine tra le parti stesse.

Tra le ipotesi elencate, solo la terza rinvia un'esplicita regolamentazione in sede normativa: il silenzio a fronte di una fornitura di beni non richiesta è, infatti, disciplinato espressamente in relazione ai rapporti tra consumatore e professionista (art. 57 cod. cons.)²⁰¹. In tale contesto, il valore giuridico del silenzio serbato dal consumatore è definito in via diretta dal legislatore che, ispirandosi ad una logica di tutela del consumatore quale parte debole del rapporto, esclude l'equivalenza del suo silenzio ad una manifestazione di volontà in senso positivo; il silenzio del consumatore non vale quindi consenso, di conseguenza non può considerarsi un fatto idoneo a determinare la conclusione di un contratto avente ad oggetto la fornitura dei beni in questione e, per l'effetto, non può determinare la nascita dell'obbligo del ricevente di corrispondere il corrispettivo per la merce ricevuta²⁰².

²⁰¹ Al riguardo, cfr. art. 57 cod. cons., rubricato "Fornitura non richiesta", in particolare il comma primo: «il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso l'assenza di risposta non implica consenso del consumatore». È interessante notare, nel linguaggio utilizzato dal legislatore, il riecheggiare dei termini del dibattito maturato in dottrina sul tema del silenzio, in cui si evidenzia il carattere relazionale del fenomeno in questione, in particolare la sua configurazione in termini di "mancata risposta".

²⁰² In dottrina si propone l'assimilazione dell'ipotesi in esame con la tesi interpretativa emersa nel contesto delle relazioni commerciali, nella vigenza del cd. "Codice del commercio" del 1882, che si opponeva all'opzione volta a riconoscere al silenzio efficacia giuridica di consenso, evidenziando l'esigenza di tutelare l'autonomia contrattuale del singolo cittadino non commerciante: al riguardo, cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 216: «senza nulla concedere ad accostamenti forzati, si può osservare come emergessero quelle prime istanze di tutela dell'opposta "classe" che, a meno di un secolo di distanza, l'odierna legislazione di matrice comunitaria definisce dei "consumatori", ancorché le esigenze di tale protezione si connotino attualmente non solo sul piano formale di tutela dell'autonomia contrattuale, bensì anche nella direzione di un controllo sostanziale sul contenuto del contratto, e talvolta, sull'equilibrio delle sue prestazioni». Possono quindi riproporsi, nel contesto della previsione contenuta nel citato art. 57 cod. cons., le considerazioni svolte da autorevole dottrina nella vigenza del Codice del commercio per negare la rilevanza in termini di consenso del silenzio serbato a fronte della proposta negoziale proveniente da un commerciante: «oggi in cui una indiscreta caccia al cliente fa penetrare le offerte anche nelle più umili e più schive aziende domestiche le parti sono rovesciate, e non è tanto la buona fede dell'offerente quanto la libertà di chi riceve l'offerta che abbisogna di caute difese ... La dichiarazione contenuta nella proposta di ritenerla per accettata se non è respinta, oppure se non è rimandata la merce che l'accompagna non ha valore, perché

Anche la quarta ipotesi è suscettibile di immediata definizione: il valore giuridico del silenzio serbato dalla parte è infatti determinato sulla base dell'accordo delle parti, espresso nella clausola contrattuale contenente la previsione del rinnovo in caso di mancata disdetta: il silenzio produce, quindi, i medesimi effetti del consenso alla conclusione di un contratto avente contenuto identico a quello stipulato in origine dalle parti²⁰³; non viene a configurarsi una prosecuzione dell'originario rapporto negoziale, che ricorre invece nel caso di proroga, in cui si determina un allungamento del termine di durata del contratto iniziale²⁰⁴.

nessuno può costituirsi titolo del suo diritto, farsi arbitro della volontà altrui: chi ha ricevuto la merce non è obbligato a rimandarla; chi l'ha spedita deve imputare il danno che ne risente alla sua indiscrezione».

La questione relativa al valore giuridico del silenzio serbato dal destinatario di una fornitura non richiesta era già venuto in rilievo in sede interpretativa, ancor prima dell'introduzione di una legislazione di protezione del consumatore. Il dibattito giuridico era emerso, in particolare, in riferimento ad una pratica assai diffusa nella prassi, quale l'invio dei fascicoli di una rivista, nel caso in cui il ricevente non avesse provveduto a restituirli: «se ricevo a titolo di saggio i fascicoli successivi di una rivista senza scomodarmi a respingerli, il mio silenzio vale accettazione di un contratto di abbonamento? Vecchia e sempre rinnovantesi questione che naturalmente gli editori delle riviste hanno per conto loro subito risolto positivamente. Ma la soluzione non è così semplice» (in tal senso, cfr. BARASSI L., *op. cit.*, 118).

²⁰³ Al riguardo, cfr. GALGANO F. *Il contratto*, ed. II, Padova, 2011, 126: tra le ipotesi in cui il silenzio assume valore di consenso, l'Autore cita, in particolare, il «caso in cui il soggetto che tace poteva e doveva parlare, ... per l'onere di parlare assunto per contratto, come nel caso, emblematico, del rinnovo tacito del contratto, derivante dalla mancata disdetta».

²⁰⁴ Tale aspetto trova conferma in sede giurisprudenziale: in tal senso, cfr. Cass., sez. III, 15 aprile 1998, n. 3803, in *Foro it.*, 1988, I, 2133 ss. Nel caso in esame la Cassazione, muovendo dalla qualificazione del silenzio (configurato come mancato esercizio dell'onere di disdetta previsto nel contratto) in termini di «manifestazione tacita di volontà», giunge a definire il rinnovo (conseguente al silenzio della parte) come «nuovo accordo negoziale, ancorché avente lo stesso contenuto di quello inizialmente concordato». (Nel caso di specie, veniva in rilievo un contratto di mediazione, inizialmente stipulato per tre mesi, soggetto a tacita rinnovazione, di tre mesi in tre mesi, in mancanza di disdetta scritta da inviare almeno quindici giorni prima di ogni scadenza. La Corte non accoglie la tesi del ricorrente, che configurava la fattispecie in oggetto come contratto unico, avente una durata nel tempo ripetutamente differita per effetto della mancata disdetta, per poter sostenere che non dovesse trovare applicazione la previsione legislativa, sopravvenuta alla conclusione del contratto, secondo cui il mediatore non ha diritto alla provvigione ove non sia iscritto nei ruoli ex art. 6, L. 3 febbraio 1989, n. 39. La Corte conclude in senso opposto, escludendo il diritto del mediatore, non iscritto nei ruoli, al pagamento del compenso, essendo il rinnovo tacito intervenuto in un momento successivo all'entrata in vigore della normativa in materia).

La configurazione del rinnovo tacito come nuovo accordo negoziale trova altresì conferma nell'ambito dell'orientamento giurisprudenziale accolto in materia di rinnovazione tacita della locazione ai sensi dell'art. 1597 c.c.: in tal senso, cfr. *ex multis* Cass., sez. III, 27 maggio 1995, n. 5922, in *Banca dati Pluris*, in cui si ribadisce che il rinnovo (tacito) determina la nascita di un nuovo rapporto.

In merito alla nozione di rinnovazione, evocante la costituzione di «un nuovo rapporto che si sostituisce a quello originario», ed alla sua distinzione dal concetto di proroga, intesa come prosecuzione del rapporto originario, cfr. LIPARI M. *Proroga in generale a) Diritto privato in Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXVII, 400 ss. (in particolare, p. 407).

Il problema giuridico del silenzio può quindi circoscriversi al silenzio manifestato dal destinatario della proposta negoziale, al silenzio serbato dal proponente originario a fronte di modifiche proposte dal destinatario, ovvero al silenzio manifestato dinanzi ad una fornitura di beni non richiesti al di fuori dei rapporti tra consumatore e professionista.

5. Il silenzio con significato certo

5.1. *Il silenzio con valore legalmente determinato. La fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c.: il silenzio come mancato rifiuto*

Il problema giuridico del silenzio, inteso come attitudine del fatto a manifestare un dato volere del soggetto, non si pone nel caso in cui sia la legge stessa a definire il significato del contegno inerte, come manifestazione di volontà in senso positivo (consenso) o in senso negativo (dissenso)²⁰⁵.

Il silenzio assume valore di manifestazione di volontà legalmente tipizzata: acquista il contenuto di accettazione ovvero di rifiuto.

In tale ipotesi, la legge interviene a qualificare il comportamento silenzioso del soggetto: non si rende, quindi, necessaria l'attività interpretativa del giudice per la decodificazione del fatto umano²⁰⁶.

Tra le ipotesi di silenzio con valore tipico di consenso è annoverato il caso previsto in materia di mandato, in cui la legge prevede che il ritardo del mandante successivo alla

Evidenzia la tendenza, nel linguaggio comune ed a volte in quello giuridico, ad usare indifferentemente i termini "rinnovazione" e "proroga", intendendoli come sinonimi, CARBONE V. *Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso* in *Corriere giuridico*, 1993, 10, 1181 ss., in particolare nt. 2 (l'Autore osserva che la commistione tra i due concetti emerge anche dal dato normativo, ad esempio nell'ambito della previsione contenuta nell'art. 1341 c.c., in cui tra le clausole vessatorie, prive di effetto in assenza di specifica approvazione per iscritto, sono incluse le clausole comportanti "tacita proroga o rinnovazione del contratto").

²⁰⁵ Evidenzia che la problematica giuridica del silenzio non si pone nel caso in cui il significato da attribuire al fenomeno rinvenga la sua fonte in una previsione di legge (oppure in un accordo tra le parti) STOLFI G. *op. cit.*, 168 s.

²⁰⁶ In tal senso, cfr. GIAMPICCOLO G. *Note sul comportamento concludente* in *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano, 1961, 110: l'Autore osserva che ricorre "la figura del comportamento con significato legale tipico", in cui «è la stessa legge a darne, con norma particolare, una interpretazione tipica», per cui «almeno per quel che concerne il valore espressivo del contegno, il problema è superato in termini».

ricezione della comunicazione in ordine all'esecuzione del mandato per un tempo determinato importa approvazione, anche se il mandatario si è discostato dalle istruzioni del mandante o ha ecceduto i limiti del mandato (art. 1712, comma 2, c.c.)²⁰⁷.

Viceversa, tra le ipotesi di silenzio con valore legale di rifiuto viene invocata la previsione in materia di rappresentanza, per cui la mancata pronuncia del rappresentato sulla ratifica del contratto concluso dal rappresentante entro il termine fissato dal giudice su richiesta del terzo contraente vale come diniego di ratifica (art. 1399, comma 4, c.c.)²⁰⁸.

La qualificazione ad opera della legge rende superflua qualsiasi indagine in ordine all'esistenza di un'effettiva volontà negoziale del soggetto: tale aspetto ha indotto una parte della dottrina a configurare in alcuni casi la manifestazione di volontà come presunta o, addirittura, come finzione di volontà (nel caso in cui la presunzione presenti carattere assoluto, in quanto insuscettibile di superamento mediante prova contraria)²⁰⁹.

La configurazione del silenzio come finzione di volontà è, tuttavia, censurata da alcuni interpreti che contestano il valore negoziale del silenzio ove il suo rilievo giuridico risulti

²⁰⁷ Tra le ipotesi di silenzio con valore legale di consenso in dottrina si richiama altresì il caso previsto dall'art. 1832 c.c. in materia di conto corrente, per cui l'estratto conto trasmesso da un correntista ad un altro "si intende approvato" se non è contestato entro un certo termine.

²⁰⁸ Per l'elencazione delle ipotesi di silenzio-consenso e silenzio-diniego contemplate nel codice civile, cfr. SCALISI V. *Manifestazione (teoria gen.)* in *Enc. dir.*, 1975, XXV, 494. In senso contrario alla configurazione del caso previsto dall'art. 1399, comma 4, c.c. come silenzio-diniego, cfr. GIAMPICCOLO G. *op. cit.*, 110, in specie nt. 24: l'Autore esclude che la fattispecie di silenzio ivi contemplata possa avere valore di manifestazione di volontà. In senso analogo si esprime BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 147, che configura la fattispecie come ipotesi di «decadenza dipendente da inadempienza ad un onere di reazione». Mostra di accogliere la medesima interpretazione SEGNI M. *op. cit.*, 337: l'Autore, nell'esaminare il caso previsto dall'art. 1399, comma 4, c.c., qualifica la fattispecie contemplata dalla norma come "ipotesi di decadenza; evidenza, in via generale, l'esigenza di stabilire in via interpretativa «se la legge faccia riferimento a un vero e proprio silenzio o alla omissione di una dichiarazione», escludendo che la relativa indagine possa basarsi esclusivamente sul tenore letterale delle varie norme, attesa l'imprecisione della terminologia utilizzata dal legislatore (come nel caso contemplato dal citato art. 1399, comma 4, c.c., in cui l'espressione legislativa "la ratifica si intende negata" sembrerebbe accordare al silenzio valore di manifestazione (tacita) di rifiuto, per cui la ratifica dovrebbe intendersi negata solo se non risultasse in qualsiasi modo una diversa volontà del rappresentato; la previsione normativa in esame si sostanzia, invece, in una statuizione di decadenza.

²⁰⁹ In tal senso, cfr. BETTI E. *op. ult. cit.*, 146 s.: l'Autore si esprime in senso critico, evidenziando il carattere equivoco della formula "presunzione o finzione di volontà" di acquiescenza. In merito ai rapporti tra il fenomeno del silenzio e la questione relativa alle "finzioni di volontà" cfr. FERRERO E. *op. cit.*, 172: l'Autore nega che «il delicato problema della distinzione tra atti che sono effettive esplicazioni dell'autonomia privata, e atti che invece si riducono a pure finzioni di tali esplicazioni, ovvero, in termini più tradizionali, a pure finzioni di "dichiarazioni di volontà"» possa porsi «... per il "silenzio" in termini diversi da quelli in cui si pone per gli altri mezzi di autonomia privata».

definito in via legislativa: in particolare, si osserva che le singole previsioni di legge attribuiscono al silenzio efficacia di consenso, ricollegando al contegno inerte quei medesimi effetti che avrebbe potuto produrre la dichiarazione di volontà in senso positivo; il silenzio non viene quindi a configurarsi come reale manifestazione di volontà del soggetto, conservando la sua natura di comportamento umano negativo, con efficacia legalmente tipizzata in termini equivalenti al consenso²¹⁰.

Il convincimento in ordine all'assenza di un'effettiva dichiarazione di volontà è espresso soprattutto nei casi in cui l'effetto previsto dalla norma sia ricollegato alla mancanza di un'apposita dichiarazione entro un certo termine (a titolo esemplificativo si richiama l'ipotesi contemplata dall'art. 481 c.c., in cui è stabilito che la mancata dichiarazione entro il termine fissato dall'autorità giudiziaria su richiesta dell'interessato determina la perdita del diritto del chiamato di accettare l'eredità)²¹¹.

Al riguardo si osserva che il silenzio integrato dall'omessa dichiarazione entro un certo termine non assume valore negoziale, non potendosi intendere come manifestazione (o finzione) di volontà in senso negativo (o meglio di rinuncia): rappresenta, invece, una fattispecie di omessa dichiarazione sanzionata con una previsione di decadenza (ossia con la perdita del diritto)²¹².

²¹⁰ In tal senso, cfr. in dottrina le considerazioni svolte, nella vigenza della precedente codificazione, da PACCHIONI G. *op. cit.*, 25. L'Autore, riferendosi ai casi in cui il silenzio possa rappresentare un mezzo certo di manifestazione di volontà, osserva: «... è fuori di dubbio che in taluni casi la legge stessa attribuisce al silenzio l'efficacia di vero consenso per cui sembrerebbe naturale il dedurre che anche il silenzio può servire ad esprimere una volontà. Tuttavia la deduzione non è irresistibile: può obiettarsi che nei casi nei quali la legge attribuisce al silenzio l'effetto di consenso non si ha nella realtà delle cose una vera manifestazione di volontà, ma si hanno solo, per forza di legge, quei medesimi effetti, che avrebbe potuto produrre una certa volontà dichiarata».

²¹¹ In merito alla qualificazione giuridica dell'ipotesi in oggetto, cfr. GIAMPICCOLO G. *op. cit.*, 110: l'Autore evidenzia che nel caso contemplato dall'art. 481 c.c. «la legge ricollega all'inerzia un certo effetto, prescindendo dall'esistenza di un qualunque fatto interiore coerente del soggetto: qui, per la disciplina che lo distingue, l'atto non afferma già alcun contenuto di manifestazione».

²¹² In ordine al dibattito sulla natura giuridica delle fattispecie di silenzio tipizzate dalla legge, con specifico riguardo alle tesi proposte (manifestazione tacita di volontà o mera decadenza dal potere di contraddire), cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 256 s. In senso analogo, cfr. BETTI E. *op. ult. cit.*, 146: l'Autore evidenzia che occorre distinguere "l'efficacia del silenzio come negozio giuridico" dall' "efficacia preclusiva" dispiegata dal silenzio inteso come "inosservanza di un onere di iniziativa". In merito alle fattispecie di comportamento la cui conclusione è astrattamente predeterminata dal legislatore, cfr. SCHLESINGER P. *Dichiarazione (teoria generale)* in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 384. L'Autore illustra le ipotesi prospettabili (che rievocano le configurazioni proposte in ambito dottrinale relativamente ai casi di silenzio con valore legalmente

Tale considerazione presenta risvolti non solo sul piano teorico, concernente la natura giuridica della fattispecie legalmente tipizzata, ma anche sul piano applicativo: l'opinione in senso contrario alla qualificazione in termini negoziali della fattispecie legale esclude, infatti, l'applicazione delle regole previste in tema di negozi giuridici, in specie l'impugnabilità per i vizi del consenso²¹³.

Nel contesto della fase di formazione del contratto, il valore giuridico del silenzio risulta definito per espressa previsione di legge nel caso contemplato dall'art. 1333 c.c., relativo al contratto con obbligazione del solo proponente²¹⁴.

La fattispecie di silenzio presa in considerazione dalla norma si sostanzia nel mancato rifiuto della proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni a carico del solo proponente: ai sensi dell'art. 1333, comma 2, c.c., il mancato rifiuto del destinatario entro un certo termine determina la conclusione del contratto²¹⁵.

tipizzato): il legislatore può intervenire «con norme interpretative e dispositive, o a valutare in modo tipico il significato attribuibile ad una condotta, o ad imporre un onere di contraddizione per escludere gli effetti che da essa altrimenti deriverebbero. Lo schema del comportamento concludente, poi, si trasforma addirittura in una finzione, quando la norma detta rigidamente il complesso degli effetti ricollegabili ad un'azione, precludendo sia ogni indagine sulla loro concreta corrispondenza al comportamento considerato, sia qualsiasi facoltà di paralizzarne la produzione mediante una riserva o una protesta (cd. dichiarazione legalmente tipizzata)».

²¹³ In tal senso, cfr. CARIOTA FERRARA L. *op. cit.*, 383, con specifico riguardo alla questione relativa all'applicabilità delle norme relative ai requisiti del contratto. In senso analogo si esprime, nella vigenza del precedente codice, OSILIA E. *op. cit.*, 7: l'Autore evidenzia che, nel caso in cui sia la legge positiva a dare efficacia al silenzio, debba parlarsi di "effetti legali" del silenzio, per cui si fuoriesce dal campo contrattuale.

²¹⁴ Una parte della dottrina annovera tra le ipotesi di silenzio con significato legale tipizzato nel contesto della conclusione del contratto anche la previsione contemplata dall'art. 1326, comma 2, c.c., ossia «il silenzio del destinatario della proposta contrattuale che perduri oltre il termine entro il quale l'accettazione deve giungere al proponente», da intendersi come ipotesi di "silenzio-rigetto" (in tal senso, cfr. SCALISI V. *op. cit.*, 494). Tale conclusione si ricollega all'interpretazione del dettato normativo in esame come ostacolo al riconoscimento del valore di consenso relativamente al silenzio in sé (al di fuori delle ipotesi di legge o di precedenti convenzioni tra i soggetti coinvolti): al riguardo, cfr. OSILIA E. *op. cit.*, 7. L'Autore, pronunciandosi sui principi ricavabili dagli artt. 1098 cod. civ. e 36 cod. comm. nella vigenza della precedente codificazione (corrispondenti all'art. 1326 dell'attuale codice civile), evidenzia l'esigenza, ai fini del perfezionamento della fattispecie contrattuale, di «almeno due interni voleri ... convergenti ... volutamente diretti dai loro autori verso i rispettivi destinatari, e da questi percepiti»; pertanto «si esige tutto un processo di attività volontarie, che non è realizzabile col silenzio, in quanto inerzia, cioè inespressione di volontà e negazione di movimento».

²¹⁵ Cfr. art. 1333, comma 2, c.c.: «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». La fattispecie in cui è destinata ad operare la rilevanza giuridica del silenzio è indicata nella rubrica normativa come "contratto con obbligazioni del solo proponente": risulta delineata nel primo comma del citato art. 1333 c.c., in cui è

Il silenzio dell'oblato viene quindi inteso come elemento sufficiente per determinare la conclusione del contratto e, di conseguenza, vincolare le parti alla realizzazione del programma negoziale²¹⁶.

L'effetto legale del silenzio si identifica, quindi, nella costituzione del rapporto giuridico tra il proponente e l'oblato.

L'ambito operativo della disposizione, che vale a circoscrivere l'efficacia legale del silenzio serbato dall'oblato, si identifica nei "contratti da cui derivino obbligazioni a carico del solo proponente": la locuzione normativa rimanda ai contratti a titolo gratuito, ad eccezione della donazione (quale atto di liberalità) ove assoggettata alla forma pubblica²¹⁷.

L'ambito operativo della disposizione normativa consente di ricavare la *ratio* della previsione contenuta nel comma 2 del citato art. 1333 c.c.: la circostanza rappresentata dall'assenza di pregiudizio derivabile dall'efficacia dell'atto nella sfera giuridica dell'oblato e dalla contemporanea attribuzione di un vantaggio giustifica la scelta di semplificare la costituzione del rapporto giuridico, stabilendo che il mancato rifiuto determina il perfezionamento della fattispecie negoziale²¹⁸.

L'effetto legale del silenzio serbato dall'oblato risulta quindi definito in modo espreso: è, invece, lasciata all'interprete la qualificazione giuridica del fenomeno preso in considerazione dalla norma.

stabilito che «la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni del proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata».

In ordine all'omissione di rifiuto della proposta di contratto con obbligazioni del solo proponente quale ipotesi di silenzio con significato fissato da una fonte normativa, cfr. FERRERO E. *op. cit.*, 172 s.: in particolare, l'Autore osserva che in questo caso l'attività del giudice è limitata a «prende[re] atto di un "significato legale" predeterminato».

²¹⁶ La conclusione del contratto, costituendo il rapporto giuridico tra le parti, determina la nascita dell'obbligazione a carico del (solo) proponente, quale effetto derivante dalla fattispecie negoziale: l'espressione indicata dalla norma è, in particolare, interpretata in senso ampio, comprensivo non soltanto delle obbligazioni in senso tecnico ma anche delle attribuzioni (in tal senso, cfr. SEGNI M. *op. cit.*, 393).

²¹⁷ In merito alla delimitazione dell'ambito operativo della disposizione *ex* art. 1333 c.c. cfr. In tal senso, cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 258: l'Autore aggiunge, tra le ipotesi insuscettibili di inclusione nella fattispecie normativa, i contratti a titolo gratuito che stabiliscono a carico del beneficiario obbligazioni modali, in quanto destinate a limitare l'entità del beneficio.

²¹⁸ Al riguardo, cfr. TAFARO L. *op. cit.*, 624. L'Autore evidenzia che «l'esigenza della semplificazione del procedimento di conclusione del contratto incontra dunque il limite del principio del rispetto per le sfere patrimoniali, costituito dal carattere vantaggioso dell'effetto».

L'identificazione della natura giuridica del silenzio nel caso previsto dall'art. 1333 c.c. dipende, in particolare, dalla soluzione accolta in merito alla qualificazione della fattispecie negoziale, come denominata nella rubrica normativa.

In via preliminare, è opportuno osservare che la questione si pone soltanto nell'ipotesi in cui si aderisca all'impostazione in termini contrattuali, che nell'ambito del dibattito giuridico maturato in sede interpretativa si contrappone alla tesi della natura unilaterale della fattispecie negoziale²¹⁹.

Due sono, in particolare, le tesi emerse in ordine alla qualificazione del mancato rifiuto: la definizione come manifestazione di volontà, in specie come accettazione in forma tacita; la configurazione come comportamento negativo, con valore legale di accettazione²²⁰.

La contrapposizione tra le opzioni interpretative risiede nel riconoscimento o meno del valore negoziale del silenzio preso in considerazione dalla norma.

La tesi favorevole alla ricostruzione in termini di accettazione tacita incontra numerose critiche in dottrina: pur mostrando una formale aderenza al dogma della bilateralità del consenso, riduce il fenomeno ad una mera finzione di volontà²²¹.

²¹⁹ L'impostazione contrattuale si presenta in due varianti: accanto alla tesi della natura contrattuale in senso proprio, che ricostruisce la fattispecie in termini di accordo tra le parti in cui la volontà di uno dei soggetti (l'oblato) è manifestata in forma tacita, emerge l'opinione intesa a configurare l'accordo come elemento alleggerito nella sua struttura, composto dal mancato rifiuto dell'altrui proposta (di cui si esclude la configurazione in termini di accettazione tacita). In merito al dibattito giuridico sulla configurazione dell'accordo nell'ambito della figura del contratto con obbligazioni del solo proponente, cfr. ROPPO E. *Contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, 104. L'Autore sceglie di aderire alla tesi dell'accordo in forma più leggera, vista come soluzione capace di salvaguardare la bilateralità del contratto senza dover ricorrere a finzioni di volontà (come quella di ritenere il mancato rifiuto una manifestazione tacita della volontà di accettare la proposta); in tale prospettiva, il contratto con obbligazioni del solo proponente viene a realizzare un sub-modello di formazione del contratto, alternativo al modello ordinario (quale lo scambio di proposta e accettazione).

²²⁰ La configurazione del silenzio come manifestazione tacita di volontà è valorizzata, in particolare, per riconoscere l'applicazione al silenzio della disciplina in ordine alle dichiarazioni di volontà, quale ad esempio le norme in materia di impugnazione per i vizi del consenso: in tal senso, cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 258. In merito alla definizione in termini di comportamento legalmente tipizzato, cfr. TAFARO L. *op. cit.*, 624.

²²¹ In tal senso, cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 259 s.: l'Autore osserva che «da vantaggio della promessa non ne fa presumere l'accettazione da parte di colui che tace, il quale potrebbe essere impedito o disinteressato o comunque non tenuto a rispondere. Se si esclude che la mancata risposta ad una promessa gratuita abbia socialmente il significato di un'accettazione, deve anche escludersi che questo

Tale considerazione emerge dall'analisi del dato normativo, con specifico riguardo al tenore letterale della disposizione: il legislatore, nel prevedere che il contratto è concluso in mancanza di rifiuto dell'oblato, non detta un criterio di interpretazione, inteso a definire il significato del silenzio come manifestazione della volontà di accettazione della proposta, bensì si limita a statuire il perfezionamento del contratto in assenza del predetto rifiuto.

Tale circostanza induce gli interpreti a privilegiare la tesi volta a configurare il silenzio, insito nel mancato rifiuto, come comportamento con valore legale di accettazione: l'assimilazione del silenzio all'accettazione si limita, pertanto, al piano degli effetti scaturenti dalla fattispecie, non anche a quello della fattispecie stessa, per cui dall'equivalenza sul piano dell'efficacia non può desumersi l'identità delle figure sotto il profilo della natura giuridica.

Il problema della qualificazione giuridica del silenzio non viene, invece, in rilievo ove si accolga la tesi della natura unilaterale della fattispecie negoziale²²². In tale contesto, infatti, il silenzio non entra nella struttura della fattispecie, che viene a comporsi soltanto della volontà del proponente, configurandosi come negozio unilaterale, al pari delle promesse *ex art. 1987 c.c.* ma operando anche al di fuori dei casi previsti dalla legge: l'inutilità della volontà dell'oblato rende, quindi, superfluo anche il suo silenzio²²³.

5.2. *Il silenzio con significato definito in virtù di espressa convenzione tra le parti*

significato sia legalmente imposto dalla legge. Una tale impostazione costituirebbe una sicura finzione legale nel convertire la mera inerzia del soggetto in un atto di autonomia negoziale».

In dottrina propone la configurazione del silenzio considerato dall'art. 1333 c.c. come finzione di volontà (di accettazione) BARASSI L., *op. cit.*, 123: l'Autore osserva, in particolare, che «sarebbe insomma un modo ... per rendere concretamente più accettabile una norma: come se fosse, cioè, la volontà dell'interessato».

²²² La tesi della natura unilaterale della fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c. corrisponde alla nota teoria elaborata da Sacco, che nega la ricorrenza dell'elemento del consenso (cfr. *ex multis* SACCO R., *Il contratto*, cit., 56: l'Autore valorizza, in particolare, la previsione relativa al carattere irrevocabile della proposta nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario, ricavandone la regola per cui tale momento viene a radicare il perfezionamento della fattispecie negoziale. In senso critico si evidenzia la contrarietà di tale tesi con il tenore letterale della disposizione (che utilizza i termini di "contratto" e "proposta"): al riguardo, cfr. ROPPO E., *op. cit.*, 104.

²²³ In merito al carattere superfluo del silenzio nelle fattispecie negoziali in cui non risulti necessario il consenso, cfr. SACCO R., *Silenzio*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, Torino, aggiornamento 2012, 973.

Il silenzio assume valore di consenso ove il significato del contegno inerte risulti definito in virtù di un'espressa convenzione tra le parti: i soggetti coinvolti pattuiscono che l'eventuale silenzio serbato dal destinatario della proposta valga come manifestazione di volontà in senso positivo o, viceversa negativo, a seconda dell'accordo in concreto raggiunto dai soggetti interessati²²⁴. Nell'ipotesi in cui la volontà concorde delle parti stabilisca che l'eventuale silenzio serbato dal destinatario della proposta abbia valore di consenso, il contegno inerte assume l'attitudine a determinare la conclusione del contratto: in particolare, acquista forma e valore di accettazione della proposta negoziale. L'accordo tra le parti non può, tuttavia, valere a derogare le prescrizioni normative in materia di forma del contratto: l'efficacia del silenzio non è destinata ad operare nel caso di contratti assoggettati alla regola della forma scritta *ad substantiam*²²⁵.

La definizione del valore giuridico del silenzio per effetto del precedente accordo stipulato tra i soggetti coinvolti esclude, pertanto, l'esigenza di un'attività interpretativa del giudice intesa alla decodificazione del silenzio serbato dalla parte nel procedimento di formazione del contratto²²⁶.

L'esistenza di un accordo tra le parti preesistente alla manifestazione del silenzio è destinata ad incidere sulla qualificazione giuridica del contegno inerte serbato dal destinatario della proposta negoziale: il silenzio viene a configurarsi come manifestazione diretta di volontà ovvero come dichiarazione espressa²²⁷.

²²⁴ In merito al silenzio con valore predefinito in forza di una previsione di legge o dell'accordo tra le parti, cfr. FERRI G.B. *La nozione di contratto* in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI E., Torino, 1999, V, 1, 23: l'Autore, nel definire la valenza del silenzio, osserva che «non è, per così dire, *originaria*, ma *derivata* da “fonti” legali o volontarie».

²²⁵ In merito alla delimitazione dell'ambito in cui il silenzio può valere come manifestazione di volontà contrattuale, cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 236: si evidenzia, in particolare, che il valore giuridico del silenzio non opera qualora per la stipula del contratto sia richiesta la forma scritta. In senso analogo si esprime, nella vigenza del codice precedente, PACCHIONI G. *op. cit.*, 26. L'Autore rinviene nel “formalismo” l'ostacolo alla parificazione tra silenzio e consenso: «quando per la validità di un negozio si richiede che esso venga concluso in date forme, è evidente che esso non potrà più compiersi col silenzio poiché il silenzio, essendo di sua natura negativo, non è mai formale».

²²⁶ In tal senso, cfr. SACCO R. *Il contratto*, cit., 56 s.

²²⁷ Al riguardo, cfr. CARIOTA FERRARA L. *op. cit.*, 373. L'Autore osserva: «se una previo accordo tra le parti ha attribuito al successivo silenzio un dato valore, non si pone neppure la questione: il silenzio vale come manifestazione espressa». In senso analogo, cfr. OSILIA E. *op. cit.*, 5: l'Autore osserva che nel caso in cui «l'obbligo di parlare derivasse dal contratto, allora si verserebbe in un caso non più di silenzio, ma di consenso espresso, perché, p. es., chi non avrà accettato o rifiutato espressamente nel termine stabilito

In virtù dell'accordo sul significato da attribuire al contegno inerte, il silenzio diventa, infatti, un mezzo di comunicazione tra le parti: in particolare, rappresenta un segno convenzionale di espressione, destinato ad assumere valore equipollente alla parola, ai simboli o ad altri segni di linguaggio, nell'ambito delle relazioni di affari tra i soggetti coinvolti²²⁸.

Tale aspetto giustifica l'orientamento dottrinale inteso a negare che il silenzio, ove significativo, debba configurarsi in ogni caso come manifestazione di volontà in forma tacita: nell'ipotesi di un accordo preventivo tra le parti, il silenzio non è una manifestazione tacita di volontà, bensì equivale ad una dichiarazione espressa, in quanto diventa uno strumento di espressione della volontà del soggetto per effetto della preventiva convenzione tra le parti²²⁹.

contrattualmente, avrà in questo modo manifestato di voler rifiutare o accettare, secondo che l'obbligo contrattuale sarà di manifestare espressamente l'assenso o il dissenso». Si esprime nei medesimi termini BONFANTE P. *I rapporti continuativi e il silenzio*, in *Scritti giuridici vari*, Torino, 1926, III, 207 s.: l'Autore, nel commentare l'orientamento giurisprudenziale che ravvisa nel caso di rapporti precedenti tra le parti la ricorrenza della figura del silenzio circostanziato, osserva che «l'ipotesi ... ci trasporta dal campo della dichiarazione di volontà a quello della mera presunzione di volontà». In tale contesto, distingue l'ipotesi in oggetto dal caso in cui tra le parti non ricorra una mera pratica costante invalsa nei rapporti precedenti ma una vera e propria convenzione iniziale «per cui le nuove proposte della serie successiva dei rapporti contrattuali tra le stesse parti si dovevano accettare o respingere, allora questa generale convenzione riverbera la sua azione su tutti i contratti che le parti concludono»; evidenzia, in particolare, che questa ipotesi non è riconducibile al caso precedente in cui viene in rilievo una «pura riconoscibilità e presunzione di volere», rientrando sul campo della «manifestazione e dichiarazione». In senso analogo, cfr. STOLFI G. *op. cit.*, 164 s.: si ha ... manifestazione espressa non solo quando si parla e si scrive, ma anche nell'ipotesi di silenzio se tra due persone, in rapporti di affari tra loro, sia stato pattuito che il tacere per un certo tempo valga come accettazione o rifiuto dell'offerta» (p. 164).

²²⁸ In ordine alla configurazione del silenzio definito in virtù di un'esplicita convenzione tra le parti come «ipotesi di linguaggio convenzionale», cfr. SCALISI V. *op. cit.*, 493. In senso analogo, cfr. GIAMPICCOLO G. *op. cit.*, 110: l'Autore osserva che nell'ipotesi in oggetto «il tipo di condotta considerata risponde a un modo di linguaggio convenzionale».

²²⁹ Critica la tendenza a sovrapporre il concetto di «silenzio» con la nozione di «dichiarazione tacita di volontà» che giunge a utilizzare i due termini come sinonimi FERRERO E. *op. cit.*, 162 s.: «... la suggestiva «parentela» di termini come «tacito» e «silenzio» rischia di spingere a classificare il «silenzio» come «dichiarazione tacita», precludendogli invece la possibilità di essere classificata come «dichiarazione espressa», il che ... si riduce ad una semplificazione del tutto arbitraria». L'Autore offre altresì una ricostruzione dei criteri elaborati in ambito dottrinale per distinguere le nozioni di «dichiarazione espressa» e «dichiarazione tacita»: criticando i vari orientamenti emersi in dottrina (fondati sul criterio della qualità dei mezzi di manifestazione, sul criterio soggettivo in contrapposizione a quello oggettivo, ovvero sul modo diretto o indiretto della manifestazione), osserva che «in generale tutti i criteri proposti risentono della loro mancanza di una base sicura nel diritto positivo, e ciò finisce per consentire oscillazioni che invece non dovrebbero avere luogo» (p. 53). L'Autore propone un diverso criterio distintivo, muovendo dalla definizione della nozione di «modo espresso» della dichiarazione, da intendersi collegata al grado di

Diversamente, il silenzio dell'oblato non può assumere valore di accettazione in virtù dell'espressa volontà unilaterale del soggetto proponente: l'inserimento, all'interno della proposta formulata dalla parte, della previsione per cui il silenzio del destinatario oltre un certo termine implica accettazione, non vale a definire il significato da attribuire al silenzio manifestato dall'oblato²³⁰.

Tale conclusione discende dal principio di intangibilità dell'altrui sfera giuridica: l'accordo tra le parti può valere a definire il valore da attribuire al silenzio dell'oblato; non è, invece, sufficiente la sola volontà della parte che formula la proposta negoziale, trattandosi di una previsione destinata ad incidere sulla sfera giuridica del destinatario della proposta²³¹.

chiarezza del comportamento in rilievo: «... per integrare il modo di essere “espresso” richiesto occorrerà che un comportamento offra una compiuta espressione e, conseguentemente, sufficiente certezza circa un determinato autoregolamento» (p. 78). In senso analogo, cfr. STOLFI G. *op. cit.*, 164: l'Autore afferma di aderire all'opinione più accreditata in merito alla distinzione tra manifestazione espressa e manifestazione tacita, per cui sostiene che «la manifestazione è espressa quando i mezzi sensibili a cui ricorre sono – o per le usanze generali o per uno speciale accordo delle parti – destinati a rendere riconoscibile l'interno volere, e che al contrario la manifestazione è tacita qualora manchi questa destinazione, ma si compiano fatti da cui si possa argomentare la volontà dell'interessato»; proseguendo nella trattazione, l'Autore specifica che «la manifestazione tacita presuppone ... uno di quei fatti che si dicono concludenti ... perché da loro si argomenta l'esistenza di una volontà di un dato contenuto, essendo incompatibili con una volontà contraria».

²³⁰ In tal senso, cfr. SCOGNAMIGLIO R. *op. cit.*, 97. L'Autore, nell'esaminare l'ipotesi in cui il proponente avverte la controparte che il mancato rifiuto entro un certo termine sarà considerato come un'accettazione, osserva che «nessuno può arrogarsi in linea di principio il potere di imporre ad altri un onere di risposta; e si deve ribadire anzi, di fronte alla crescente invadenza di chi offre prestazioni di cose e servizi non richieste, il principio già segnalato che un soggetto non possa ritenersi vincolato contrattualmente senza un idoneo atto di accettazione». In particolare, l'Autore evidenzia che nel caso di specie non può trovare applicazione la regola contenuta nell'art. 1326, comma 4, c.c. per cui il proponente può richiedere una forma determinata per l'accettazione: il silenzio, infatti, non rappresenta una forma di accettazione da intendersi come aggravio per l'oblato corrispondente ad un interesse meritevole di tutela del proponente. La conclusione riportata nel testo corrisponde ad un principio accolto in modo pacifico dalla giurisprudenza: al riguardo, cfr. *ex multis* Cass., sez. III, 6 giugno 1947, n. 858, in *Banca dati Italgiure*, in cui è affermato che «non può essere lecito a nessuno di attribuire con la proprio unilaterale dichiarazione una predeterminata efficacia giuridica al silenzio altrui, preconstituendosi il diritto di interpretare in via presuntiva come consenso tale silenzio».

²³¹ In ordine al principio di intangibilità dell'altrui sfera giuridica, unitamente al principio di autonomia contrattuale, quali ragioni giustificative dell'orientamento inteso ad escludere che un dovere di parlare possa essere unilateralmente imposto dal proponente a carico del destinatario della proposta contrattuale, cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 237. In senso analogo, cfr. STOLFI G. *op. cit.*, 170: a giustificazione dell'affermazione per cui la parte non può aggiungere alla proposta contrattuale l'indicazione in merito alla valenza come accettazione del silenzio serbato dall'interessato oltre un certo termine, l'Autore adduce la considerazione per cui «nessuno può restringere a suo capriccio la libertà degli altri costringendoli a compiere un fatto positivo in suo favore». In ordine all'impossibilità per il proponente di imporre in via unilaterale un

La soluzione in senso negativo trova applicazione nel caso, assai diffuso nella pratica commerciale, della fornitura di merci o servizi non richiesti con l'avvertenza che la mancata risposta entro un certo termine implica consenso, legittimando il suo autore ad esigere il corrispettivo per la merce inviata: la volontà del fornitore non può attribuire al silenzio valore vincolante per l'autore del contegno inerte, né tantomeno la valenza di elemento perfezionativo del sinallagma contrattuale²³².

L'orientamento in senso negativo, ampiamente condiviso in sede interpretativa, trova conferma a livello legislativo, con specifico riguardo ai rapporti tra consumatore e professionista: ai sensi dell'art. 57 cod. cons., la mancata risposta del consumatore a seguito del ricevimento di una fornitura non richiesta, in ogni caso non implica accettazione della proposta negoziale integrata dall'invio della merce ad opera del professionista²³³.

6. L'elaborazione della figura del "silenzio circostanziato"

6.1. *Delimitazione della fattispecie: nozione e ambito operativo*

obbligo di rispondere a carico del destinatario della proposta contrattuale, cfr. GALGANO F. *op. cit.*, 127, in specie nt. 9.

²³² In tal senso, cfr. STOLFI G. *op. cit.*, 170. L'Autore riporta, a titolo esemplificativo, un caso assai diffuso nella pratica: «ciò vale anche nel caso che l'offerta sia accompagnata dalla spedizione della cosa, come avviene quando si mandano giornali o libri a chi non li abbia richiesti con l'avvertenza che lo riterrà abbonato al giornale o acquirente dei libri se non li respinga entro una certa data». L'Autore osserva altresì che nel caso di specie non può dirsi sussistente un obbligo di restituzione o di custodia dei beni ricevuti, non potendo discendere dal silenzio del ricevente. In senso analogo, cfr. ROPPO E. *op. cit.*, 109: l'Autore evidenzia l'esigenza di distinguere il caso in oggetto dall'ipotesi in cui il destinatario della fornitura, pur omettendo una risposta espressa, effettui il versamento del corrispettivo richiesto nell'invio della merce; il comportamento del destinatario si configura come accettazione, ma siffatta manifestazione di volontà non deriva dal "silenzio in sé e per sé", bensì dal «(silenzioso) comportamento concludente che, attraverso l'esecuzione del pagamento, rivela la volontà del soggetto di accettare l'impegno».

²³³ In ordine alla configurabilità della fornitura (non richiesta) come proposta negoziale in forma implicita, cfr. TAFARO L. *op. cit.*, 622. In merito ai requisiti necessari perché la fornitura possa valere come proposta contrattuale, cfr. in giurisprudenza Cass., sez. II, 4 dicembre 2007, n. 25290, in *Notariato*, 2008, 6, 619 s.: in particolare, si evidenzia che «la proposta ..., per poter assolvere alla sua stessa funzione, deve contenere tutti gli elementi essenziali del contratto che mira a concludere e deve avere il carattere della completezza con riguardo, almeno, a tali elementi, tra i quali, nella compravendita, il prezzo»; di conseguenza, la fornitura (non richiesta) di beni può valere come proposta contrattuale ove sia accompagnata dall'indicazione del prezzo della merce (nella fattispecie in esame, la Corte conferma la decisione sul punto del giudice di merito, che aveva escluso la sussistenza di una proposta negoziale, in quanto ritenuta «non integrata dal mero invio della merce senza una documentazione contenente il prezzo»).

La problematica giuridica del silenzio si pone, dunque, nei casi in cui il significato del silenzio non risulti definito né in virtù di una specifica previsione di legge né in base ad un'espressa convenzione tra le parti.

La questione investe, in particolare, l'attitudine del silenzio ad esprimere la volontà del soggetto di accettare la proposta negoziale della controparte, determinando la conclusione del contratto²³⁴.

Il convincimento in senso negativo nasce, in particolare, dalla constatazione relativa al carattere ambiguo del fenomeno: il silenzio in sé considerato non è connotato da un significato certo, per cui non può assumersi come fatto idoneo ad esprimere la volontà del soggetto²³⁵.

Tale constatazione rappresenta il punto di partenza del ragionamento giuridico alla base dell'elaborazione della figura del cd. "silenzio circostanziato", coniata dalla giurisprudenza (e ripresa negli studi dottrinali) al fine di delimitare le ipotesi in cui il silenzio, venendo ad assumere un significato certo, possa configurarsi come manifestazione della volontà di accettare la proposta della controparte²³⁶.

²³⁴ Vengono quindi in rilievo due distinte nozioni: "il silenzio semplice", che indica il silenzio in sé e per sé considerato, privo di significato certo in ragione del suo carattere ambiguo; "il silenzio circostanziato", laddove al contegno inerte si accompagnino circostanze idonee ad attribuirgli valore di consenso (in tal senso, cfr. CARBONE V. *op. cit.*, 1181 ss., nt. 3). In senso critico, cfr. ADDIS F. *op. cit.*, 267 s. L'Autore contesta la conclusione desumibile dalla teoria del "silenzio circostanziato", ossia che il "circostanzamento" costituirebbe una peculiarità del silenzio: «l'idea muove probabilmente dall'assunto, infondato e fuorviante, che vi siano comportamenti oggettivamente dotati di un'intrinseca capacità significativa, mentre altri ve ne sarebbero, privi di una siffatta, ontologica qualità, in difetto della quale solo particolari circostanze, esterne al comportamento in sé, potrebbero consentire all'interprete, varcando per mezzo di esse questa soglia di opacità, di colmare tale lacuna». In senso analogo, cfr. FERRERO E. *op. cit.*, 169 s.

²³⁵ In tal senso, cfr. Cass., sez. lav., 29 luglio 1999, n. 8235: «in materia negoziale il silenzio, in sé considerato, non può valere di regola come consenso, attesa la sua naturale equivocità» (tale considerazione corrisponde a quanto affermato in precedenza dalla Corte: al riguardo, cfr. *ex multis* Cass., sez. I, 26 maggio 1965, n. 1064). In senso analogo, cfr. Cass., sez. I, 10 aprile 1975, n. 1326: «il silenzio, in via generale, è un fatto ambiguo, per cui di regola non può valere come consenso».

²³⁶ L'origine della figura elaborata in via giurisprudenziale è assai risalente nel tempo: la figura del silenzio circostanziato è, infatti, coniata nella vigenza del codice commerciale del 1882. Le considerazioni alla base dell'elaborazione della figura in esame emergono già negli studi dottrinali dei primi anni del Novecento: al riguardo, cfr. PACCHIONI G. *op. cit.*, 26 ss.: il silenzio, per se stesso, non dice nulla, ma sullo sfondo di un dato complesso di circostanze può dire tanto quanto le parole. Dunque tutta la difficoltà starà nel trovare lo sfondo atto a dargli rilievo: ma quando questo sfondo sia determinato, il silenzio da negativo diventerà positivo e potrà equivalere a consenso» (p. 26); «il silenzio in date circostanze che lo qualificano potrebbe essere anche definito come atto positivo».

La perdita del carattere di opacità connotante per sua natura il fenomeno in esame discende, in particolare, da una serie di circostanze – esterne al comportamento omissivo– nel cui contesto matura il silenzio²³⁷.

Tali circostanze, valendo a “colorare” il contegno inerte del soggetto, consentono di attribuire in concreto un significato certo ad un comportamento in astratto inespressivo in ragione della sua naturale ambiguità: il silenzio acquista sufficiente chiarezza in virtù delle particolari circostanze che lo accompagnano²³⁸.

Il significato del silenzio viene quindi ricavato in via interpretativa, mediante l'apprezzamento delle circostanze del caso concreto, nel cui contesto è tenuto il comportamento omissivo: la problematica giuridica del silenzio si risolve, quindi, in un'attività di interpretazione del fatto, operata dal giudice chiamato a valutare l'idoneità del silenzio ad integrare l'accettazione della proposta negoziale²³⁹.

²³⁷ In merito alla nozione di “silenzio circostanziato” quale fattispecie di silenzio suscettibile di produrre gli effetti del consenso in materia di conclusione del contratto, cfr. Cass., sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363: «che il silenzio acquisti il valore di negozio dipende da una situazione contingente e variabile, secondo l'ambiente storico, il costume e la coscienza sociale, avuto riguardo alla qualità delle persone ed alle circostanze in cui esse operano, in relazione alle concezioni degli affari». In senso analogo, cfr. Cass., sez. III, 9 dicembre 1974, n. 4128, in *Banca dati Italggiure*: «il semplice silenzio non può avere alcun valore negoziale fuori dei casi in cui il tacere possa essere significativo in relazione ad una concreta fattispecie».

²³⁸ Al riguardo, cfr. Cass., sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363: «il silenzio, in sé e per sé, non costituisce mai manifestazione negoziale, potendo acquistare significato soltanto in relazione alle circostanze in cui viene osservato o che lo accompagnano ... può valere come negozio solo il silenzio circostanziato, ossia accompagnato da circostanze tali che lo rendono significativo quale sintomo rilevatore della volontà delle parti». In merito al ruolo rivestito dalle circostanze nell'ambito della fattispecie in considerazione, cfr. TRAVI A. *op. cit.*, 75 s.: l'Autore evidenzia che le circostanze, collegandosi al silenzio, «possono conferire al comportamento del soggetto il valore positivo di esprimere un intento»; valorizzando la funzione rivestita dalle circostanze all'interno della figura in esame, l'Autore conclude che sarebbe più corretto parlare non di formazione dei negozi “mediante” silenzio, ma di formazione degli stessi “nonostante” il silenzio, che «in sé e per sé ... non significa né affermazione né negazione».

²³⁹ Al riguardo, cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 250: «quello che affermano la dottrina e la giurisprudenza che fanno applicazione della regola citata è ... che alla luce di altri ed ulteriori elementi esterni al silenzio, tale comportamento omissivo possa, se interpretato in rapporto a tali situazioni, assumere valore di contegno concludente». In ordine alla qualificazione dell'operazione diretta all'attribuzione di un significato giuridico al silenzio come attività di interpretazione del fatto ad opera del giudice (alla luce delle circostanze concorrenti), cfr. FERRERO E. *op. cit.*, 170 s.: l'Autore evidenzia, in particolare, la differenza rispetto all'ipotesi di silenzio con valore attribuito da una norma di legge, in cui il significato del fatto è fissato «in via di predeterminazione “autoritativa”, direttamente da parte di una norma».

In alcune pronunce si adduce un'ulteriore argomentazione a sostegno dell'idoneità del silenzio ad esprimere in determinate circostanze una volontà negoziale, nonostante il carattere formalmente negativo del fatto (integrato da un'omissione). In particolare, si osserva la configurabilità del silenzio come evento, da intendersi integrato anche dalla permanenza della situazione fattuale preesistente: «è pur vero che talora

Il silenzio circostanziato, risolvendosi in una manifestazione di volontà in forma non espressa connotata da un comportamento avente un sostrato naturalistico negativo, incontra dei limiti quanto alla sua operatività.

Tali limiti discendono dalla previsione in merito alla necessità di una forma determinata in relazione a specifiche fattispecie contrattuali: gli oneri formali riguardano, in particolare, l'estrinsecazione del programma negoziale concordato dalle parti²⁴⁰.

In primo luogo, il silenzio circostanziato non può assumere alcun rilievo sul piano della conclusione del contratto ove la fattispecie negoziale in considerazione risulti assoggettata ad una determinata forma, prevista *ad substantiam* (quale, ad esempio, la forma scritta *ex art. 1350 c.c.*)²⁴¹.

In senso analogo, la figura del cd. silenzio circostanziato non può operare nel caso in cui il legislatore sia intervenuto a regolare in modo specifico la modalità di manifestazione della volontà negoziale, ossia nelle ipotesi in cui sia richiesta la forma espressa (si pensi, a titolo esemplificativo, al caso della fideiussione, *ex art. 1936 c.c.*)²⁴².

Parimenti, il silenzio con valore di consenso non può operare qualora la legge, pur non circoscrivendo la modalità di manifestazione della volontà negoziale alla sola forma espressa, delimiti i comportamenti suscettibili di integrare manifestazione tacita di volontà prevedendo modalità precise, insuscettibili di sostituzione (ad esempio, nel caso di accettazione tacita dell'eredità, ai sensi dell'*art. 474 c.c.*)²⁴³. In tali casi, il silenzio non

il silenzio, inteso come assenza di una manifestazione positiva, può valere quale negozio giuridico: ciò perché un evento non consiste necessariamente nel mutamento dello stato di fatto preesistente, ma può risolversi anche nella sua permanenza. Quindi, in date circostanze, un evento può essere configurato anche dal silenzio». La medesima argomentazione è svolta da BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 141: l'Autore specifica che «l'evento in senso giuridico si concreta in un atteggiamento del mondo esteriore qualificato dalla differenza sia rispetto a quel che era prima, sia rispetto a quello che avrebbe dovuto o potuto (per obbligo o onere) essere dopo. Un evento in questo senso può avere in date circostanze anche il silenzio o, in genere, il comportamento omissivo».

²⁴⁰ Al riguardo, cfr. TRAVI A. *op. cit.*, 75: «ogni negozio ha una forma, un "come": forma è ciò che permette all'oggettivo contenuto di esprimersi e di rendersi sensibile, proporzionandosi e conformandosi alla natura "sensibile" dell'uomo, del suo organismo. Non vi è negozio là dove, attraverso la forma, non si verifichi in modo idoneo tale estrinsecazione. Salvi i casi di necessità di una determinata forma, l'autore o gli autori possono scegliere fra tutti i tipi di forme idonee».

²⁴¹ Si tratta, infatti, di ipotesi in cui è richiesta una forma solenne, che diventa «un elemento costitutivo della dichiarazione di volontà» (in tal senso, cfr. BARASSI L. *op. cit.*, 126).

²⁴² Al riguardo, cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 229.

²⁴³ In tal senso, cfr. LA TORRE A. *op. cit.*, 549.

vale ad integrare il contegno previsto dalla norma come equipollente alla forma espressa, in quanto estraneo alle modalità (positive) prescritte dalla legge²⁴⁴.

La figura del “silenzio circostanziato” può dunque trovare applicazione nei casi in cui operi il principio della libertà delle forme, ossia non risulti determinata dall’ordinamento giuridico la modalità in cui la volontà delle parti deve essere manifestata²⁴⁵.

6.2. *Presupposti: concomitanze fattuali; onere o dovere di parlare*

Il “silenzio circostanziato” ricorre, secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente, nell’ipotesi in cui sussista una “consuetudine prevalente in una determinata cerchia sociale” ovvero una “certa pratica invalsa tra le parti”, secondo cui il silenzio è interpretabile come accettazione²⁴⁶.

Tali circostanze rimandano ad elementi di natura fattuale, di stampo oggettivo (consuetudine in una determinata cerchia sociale) ovvero soggettivo (pratica invalsa tra le parti)²⁴⁷.

²⁴⁴ Al riguardo, cfr. SCARDIGNO M.S. *Il valore del silenzio all'interno del rapporto contrattuale*, in *Giur. it.*, 1998, 6, 1118: nei casi in cui «la legge consente che in luogo della forma espressa, propria dell’atto, operi un contegno equipollente, del quale però descrive con esattezza le modalità necessarie», non può attribuirsi al silenzio (circostanziato) alcun valore negoziale, in quanto «il silenzio ... non vale a surrogare né la forma espressa né ad integrare il contegno equipollente, essendo inidoneo nel primo senso ed irrilevante nel secondo».

²⁴⁵ In ordine all’attitudine del silenzio a valere come consenso nei soli casi in cui venga in rilievo il liberismo formale, cfr. PACCHIONI G. *op. cit.*, 25: «quanto alla manifestazione ... tutto dipende dall’ordinamento giuridico: un dato ordinamento può richiedere che la manifestazione di volontà possa avvenire in qualsiasi modo: con la parola, con i gesti, e anche con il silenzio».

²⁴⁶ Al riguardo, cfr. Cass., sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363.

²⁴⁷ In tal senso, cfr. Cass., sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363, cit.: «il silenzio può essere reso significativo, obbiettivamente, da una consuetudine prevalente in una determinata cerchia sociale; oppure soggettivamente, da una certa pratica invalsa, ovvero da un accordo stabilitosi tra gli interessati». L’elemento rappresentato dalla “pratica invalsa tra le parti” rimanda, in particolare, all’esistenza di una pregressa e continua relazione tra i soggetti coinvolti: al riguardo, cfr. Cass., sez. III, 15 maggio 1959, n. 1442, in *Banca dati Italgjure*, in cui la circostanza di carattere soggettivo è indicata come “la pratica invalsa tra persone in continua relazione d’affari». In merito alla configurazione della “pratica invalsa tra le parti” come uso negoziale (da contrapporre al concetto di consuetudine quale uso di carattere normativo), cfr. PAVONE LA ROSA A. *op. cit.*, 515 ss.: l’Autore, evidenziando i sensibili contrasti interpretativi in merito alla definizione degli elementi distintivi tra le due figure di usi, riporta altresì la diffusa tendenza interpretativa volta a configurare gli usi negoziali in termini di “usi interpretativi” in considerazione del fatto che «esplicano una funzione (in senso ampio) interpretativa della volontà contrattuale», integrando la volontà

Non sempre, tuttavia, le ipotesi menzionate valgono ad esaurire il novero delle circostanze idonee a “colorare” il silenzio serbato dal soggetto: in alcuni contributi, infatti, l’indicazione dei presupposti di formazione del silenzio circostanziato è operata in senso generico, evocando il concorso di “peculiari circostanze e situazioni, oggettive o soggettive, che diano un univoco significato al silenzio”²⁴⁸. La rilevanza di tali circostanze è subordinata, in particolare, all’esistenza di una determinata relazione tra le parti ed alla sussistenza di un interesse a contraddire (cui si aggiunge l’elemento inerente alla possibilità di esercizio dell’interesse)²⁴⁹.

Il “silenzio circostanziato” può altresì radicarsi nel caso in cui, instaurata una determinata relazione tra le parti, “il comune modo d’agire” o “la buona fede” impongano al soggetto “l’onere o il dovere di parlare”, per cui il silenzio di una parte possa intendersi come adesione all’altrui volontà²⁵⁰.

delle parti, «ma sempre nel presupposto che tale integrazione corrisponda alla (presunta) intenzione delle parti» (p. 517).

²⁴⁸ In tal senso, cfr. Cass., sez. I, 3 dicembre 1974, n. 3950, in *Banca dati Italggiure*: «il silenzio, se di regola non vale come dichiarazione di volontà né equivale ad adesione all’altrui dichiarazione, ben può tuttavia acquistare rilevanza giuridica quando particolari circostanze e situazioni, oggettive o soggettive, siano tali da renderlo significativo» (in senso analogo, cfr. Cass., sez. I, 15 gennaio 1973, n. 126, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1574 ss.; Cass., sez. I, 26 maggio 1965, n. 1064, in *Banca dati Italggiure*). Per un’applicazione successiva nel tempo, cfr. Cass., sez. II, 22 luglio 1993, n. 8191, in cui si ribadisce che «il silenzio è produttivo di effetti giuridici quando concorrono particolari circostanze soggettive ed oggettive che diano allo stesso un univoco significato».

²⁴⁹ Al riguardo cfr. Cass., sez. II, 15 aprile 1980, n. 2451, in *Banca dati Italggiure*: il consenso suscettibile di determinare la conclusione del contratto può manifestarsi «anche in un contegno omissivo e, al limite, nel concorso di peculiari circostanze e situazioni oggettive, persino nel silenzio serbato da chi abbia interesse a contraddire e si trovi nella possibilità di farlo». In senso analogo, cfr. Cass., sez. II, 12 aprile 1977, n. 1367, in *Mass. Foro it.*, 1977: «il silenzio di chi abbia interesse a contraddire e si trovi nella possibilità di farlo può assurgere a manifestazione tacita di volontà, produttiva di effetti giuridici, ove concorrano peculiari circostanze e situazioni, oggettive e soggettive, che diano un univoco significato al silenzio medesimo».

²⁵⁰ In ordine al silenzio circostanziato quale violazione del dovere di parlare, cfr. Cass., sez. I, 10 aprile 1975, n. 1326, in *Mass. Foro it.*, 1975: «il silenzio può valere come dichiarazione quando, data una certa relazione tra due persone, il comune modo di agire imporrebbe il dovere di parlare. E soprattutto di fronte alla dichiarazione di una parte, che implichi un obbligo per quella cui essa è rivolta, il tacere di quest’ultima può intendersi come assentimento». In merito al rilievo non solo del dovere ma anche dell’onere di parlare ai fini della formazione del silenzio circostanziato cfr. Cass., sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363, cit.: «Il silenzio, cioè, può considerarsi come manifestazione di volontà quando, instauratosi una certa relazione fra le parti, il comune modo di agire o la buona fede impongono l’onere o il dovere di parlare, cosicché il tacere dell’una possa essere inteso come adesione alla volontà dell’altra» (in senso analogo, cfr. Cass., sez. III, 20 febbraio 2004, n. 3403).

In merito alla rilevanza dell’ “obbligo di parlare” quale elemento suscettibile di attribuire una rilevanza giuridica al silenzio in generale, cfr. in dottrina ROLLI R. *op. cit.*, 250: «... inizialmente si attribuiva valore di

L'instaurazione di una specifica relazione tra i soggetti coinvolti si conferma, quindi, come elemento costitutivo della fattispecie elaborata in via giurisprudenziale. Nell'ambito dell'impostazione in considerazione, tale elemento costituisce il presupposto fattuale cui è collegata l'insorgenza dell'onere o del dovere di parlare, rinveniente la sua fonte in elementi di carattere eterogeneo: il "comune modo d'agire", che rimanda ad un aspetto di carattere fattuale, quale l'esistenza di una determinata prassi sul piano sociale; la "buona fede", che viceversa rappresenta un principio avente base normativa²⁵¹.

In base a questa ricostruzione, il "silenzio circostanziato" si incentra su un profilo di ordine giuridico, quale l'esistenza di un onere o di un dovere di parlare (o meglio, di rispondere) a carico del soggetto.

Nel novero dei presupposti necessari per la formazione della fattispecie in esame sono inclusi, quindi, elementi di carattere eterogeneo: accanto a situazioni fattuali (tra cui, in particolare, la pratica invalsa tra le parti, il comune modo d'intendere, la determinata relazione tra i soggetti coinvolti, o in generale le peculiari circostanze o situazioni oggettive e soggettive) sono, infatti, indicati parametri di ordine giuridico (l'onere o il dovere di parlare)²⁵².

dichiarazione di volontà al silenzio solo se serbato dinanzi ad un obbligo di parlare previsto dalla legge o da un ordine del giudice».

²⁵¹ Al riguardo, cfr. Cass., sez. II, 4 dicembre 2007, n. 25290, in *Notariato*, 2008, 6, 619 s.: «in materia contrattuale il silenzio, che di per sé non costituisce manifestazione negoziale, può acquistare il significato di un fatto concludente o di manifestazione negoziale tacita, tale da integrare consenso e determinare il perfezionamento di un rapporto contrattuale ed assume tale portata laddove si accompagni a circostanze e situazioni, oggettive e soggettive, che implicino, secondo il comune modo di agire, un dovere di parlare, specie quando il silenzio stesso venga serbato a fronte di una dichiarazione di altri, comportante per chi tace un obbligo». In merito al ruolo della buona fede quale fonte dell'obbligo di rispondere, cfr. Cass., sez. III, 6 giugno 1947, n. 858, cit.: «il silenzio di regola non significa consenso; può tuttavia ... produrre determinate conseguenze giuridiche ... quando, pur non sussistendo tra le parti l'abitudine di attribuire un significato al silenzio, per la speciale correttezza e buona fede dei loro rapporti, l'una di esse non possa non ritenere come assolutamente certo che nel caso particolare l'altra, tacendo, abbia voluto consentire».

²⁵² In senso critico nei riguardi del carattere eterogeneo delle circostanze elaborate dalla giurisprudenza, che invece dovrebbero avere carattere necessariamente fattuale, cfr. ADDIS F. *op. cit.*, 269 s. L'Autore, nel commentare gli elementi inclusi nel novero delle circostanze idonee ad attribuire al silenzio valore di consenso in base all'indirizzo giurisprudenziale prevalente in materia, osserva che vengono richiamati elementi di carattere genericamente normativo, non situazioni fattuali: «... le circostanze cui fare riferimento per attribuire un significato positivo ad un contegno di per sé inespressivo – il silenzio – si dovrebbe necessariamente ritenere che siano elementi di fatto, selezionati all'interno della cd. fattispecie reale: vale a dire, uno o più fatti del mondo fenomenico che circonda quel dato contegno. I risultati, senz'altro condivisibili, di una penetrante e spregiudicata lettura giurisprudenziale hanno tuttavia

Dall'esame della giurisprudenza non emerge, tuttavia, un quadro chiaro sui rapporti tra le due tipologie di circostanze in considerazione.

In alcune occasioni, le condizioni indicate dai giudici quali presupposti di formazione del "silenzio circostanziato" appaiono intese in senso cumulativo: devono ricorrere congiuntamente perché il silenzio serbato dalla parte possa assumere il significato di consenso²⁵³. Il rapporto tra le stesse sembra delinarsi in termini di connessione. Le circostanze fattuali appaiono, in particolare, come fattori concorrenti alla nascita dell'onere o del dovere di parlare: in particolare, la consuetudine viene inclusa (al pari della legge, dell'accordo tra le parti o del principio di buona fede) tra le fonti dell'onere o del dovere in questione²⁵⁴.

Viceversa, in altre occasioni le due tipologie di circostanze appaiono intese dalla giurisprudenza come fattori alternativi, che non devono ricorrere congiuntamente ai fini della formazione del silenzio circostanziato²⁵⁵.

evidenziato come le circostanze poste alla base delle decisioni dei giudici consistano invece, proprio al contrario, nel richiamo di criteri di qualificazione del contegno omissivo di natura genericamente normativa, espressione cioè di una regola *iuris*, di fonte sì diversa ma pur sempre preventiva ed eventuale ... Non si tratta, in realtà, di un "circostanziamento fattuale", dal quale, per via di inferenza necessaria, possa ricavarsi un significato, ma di una normale sussunzione di un certo fatto sotto una ipotesi astratta, che lo qualifica e lo disciplina».

²⁵³ Il cumulo tra le circostanze in questione, attesa la relazione di collegamento tra le stesse, ai fini della formazione del silenzio circostanziato trova la sua affermazione nella pronuncia Cass., sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363, cit.: «il silenzio può essere reso significativo, obiettivamente, da una consuetudine prevalente in una determinata cerchia sociale; oppure soggettivamente, da una certa pratica invalsa, ovvero da un accordo stabilito tra gli interessati: consuetudini, pratiche ed accordi, secondo i quali il silenzio è interpretabile come accettazione. Il silenzio, cioè, può considerarsi come manifestazione di volontà quando, instauratosi una certa relazione tra le parti, il comune modo di agire o la buona fede impongano l'onere o il dovere di parlare, così che il tacere dell'una possa essere inteso come adesione alla volontà dell'altra».

²⁵⁴ Al riguardo, cfr. Cass., sez. III, 6 giugno 1947, n. 858, cit.: in questa pronuncia, la consuetudine non è definita come circostanza idonea a rendere significativo, obiettivamente, il silenzio, bensì è annoverata (insieme alla legge ed all'accordo tra le parti) nell'ambito delle fonti suscettibili di imporre alla parte interpellata l'obbligo di rispondere. Si dubita, invece, sulla possibilità di un rapporto di connessione tra l'elemento rappresentato dalla "pratica invalsa tra le parti" e il requisito del dovere o onere di rispondere: la pratica invalsa tra le parti in continui rapporti giuridici può configurarsi, infatti, come uso interpretativo tra i soggetti coinvolti, per cui il silenzio viene a configurarsi, nei rapporti tra le parti, come mezzo di manifestazione del volere (in merito all'ipotesi di silenzio significativo per effetto di un uso interpretativo tra le parti, che rimanda ad una pratica invalsa tra i soggetti coinvolti, cfr. OSILIA E. *op. cit.*, 9).

²⁵⁵ In tal senso, cfr. Cass., sez. III, 6 giugno 1947, n. 858, cit.: «il silenzio ... può in taluni casi essere considerato come manifestazione tacita di volontà, ovvero ... produrre determinate conseguenze giuridiche ... se la parte interpellata aveva l'obbligo, per legge, per consuetudine o per contratto, di

Non sempre entrambe le tipologie di circostanze vengono incluse nell'ambito dei presupposti per il radicamento della figura di "silenzio circostanziato" ad opera della giurisprudenza: in alcuni contributi è attribuita rilevanza soltanto alle circostanze di tipo fattuale, mentre in altre pronunce l'efficacia giuridica del silenzio è ricollegata esclusivamente all'esistenza di un dovere (o di un onere) di parlare²⁵⁶.

La tendenza emersa in giurisprudenza è, tuttavia, di privilegiare l'aspetto inerente alla sussistenza di un obbligo di parlare, di cui il silenzio costituisce inosservanza²⁵⁷.

Viceversa, il riferimento in senso generico alle "peculiarità circostanze e situazioni" che accompagnano il silenzio tende a svilupparsi in relazione al contegno inerte manifestato tra le parti legate da un rapporto contrattuale: appartiene, quindi, al tema della rilevanza

rispondere; oppure se, in conformità al sistema invalso tra i soggetti, sia ragionevolmente da riconoscere nel silenzio l'espressione del consenso; ovvero quando, pur non sussistendo tra le parti l'abitudine di attribuire un significato al silenzio, per la speciale correttezza e buona fede dei loro rapporti, l'una di esse non possa non ritenere come assolutamente certo che nel caso particolare l'altra, tacendo, abbia voluto consentire». Nella pronuncia citata, l'efficacia giuridica di consenso è attribuita al silenzio ove sussista un obbligo di rispondere (tra le cui fonti si include la "consuetudine" o, in alternativa, si possa riconoscere l'espressione di un'accettazione in base alla pratica invalsa tra le parti (riconducibile alla locuzione di "sistema invalso tra i soggetti").

²⁵⁶ A titolo di esemplificazione delle opposte tendenze riportate nel testo possono richiamarsi le seguenti pronunce: Cass., sez. III, 15 maggio 1959, n. 1442, in *Banca dati Italgiure*, in cui la Corte ammette la rilevanza del silenzio come manifestazione di volontà, oltre che nei casi previsti dalla legge o nelle ipotesi di uno specifico accordo tra le parti, pure qualora "gli usi in una determinata cerchia sociale" o "la pratica invalsa tra persone in continua relazione d'affari" attribuiscono quel determinato valore (al di fuori di queste ipotesi si esclude che il silenzio della parte possa assumere efficacia di consenso); Corte App. Milano, sez. III, 11 gennaio 1952, in *Giur. it.*, 1953, II, 2, 73 ss., in cui si afferma che l'irrilevanza giuridica del silenzio è esclusa nei casi in cui vi sia un "obbligo giuridico di risposta", per cui l'interessato è tenuto a dare una risposta ove "non voglia lasciarsi intendere decaduto", con il silenzio, dal "diritto di accettare la proposta (in senso analogo, cfr. Cass., 26 marzo 1924, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 1 ss., in cui la rilevanza giuridica del silenzio in materia negoziale è circoscritta al solo caso in cui «si abbia il dovere di parlare e si taccia»).

²⁵⁷ In ordine all'esigenza di riconsiderare il ruolo rivestito dall' "obbligo di parlare" quale elemento indicato dalla giurisprudenza come requisito costitutivo della fattispecie in esame, cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 251. L'Autore, nel ripercorrere la genesi del suddetto elemento nell'ambito della teoria del "silenzio circostanziato" e la sua evoluzione nei contributi giurisprudenziali successivi, formula alcune riflessioni sull'effettiva portata del richiamo contenuto nelle pronunce in tema di silenzio: «... nella regola del "silenzio circostanziato", per come essa si è venuta a sedimentare lungo i secoli, il riferimento all'obbligo di parlare costituisce un omaggio, un richiamo all'antica teoria del silenzio ... oggi ... il riferimento all'obbligo di parlare potrebbe, in verità, anche essere omissivo, per affermare che il silenzio può valere accettazione ogni qualvolta ciò possa essere affermato alla luce delle circostanze e delle situazioni che incorniciano il caso di specie. Il richiamo all'obbligo di parlare finisce, infatti, per essere un passaggio per valutare le situazioni e le circostanze emergenti. Questo, in ultima analisi, pare essere il ragionamento sotteso alle pronunce che fanno applicazione della regola del silenzio».

giuridica del silenzio nell'esecuzione del contratto, collegato alla proposta di modifica delle condizioni negoziali formulata da uno dei contraenti²⁵⁸.

Tale aspetto induce una parte della dottrina ad escludere che le conclusioni accolte dalla giurisprudenza nel contesto dei rapporti negoziali possa estendersi alla problematica del silenzio manifestato nell'ambito del procedimento di formazione e di conclusione di un contratto: la figura del "silenzio circostanziato" rilevante ai fini del perfezionamento della fattispecie negoziale si incentra, quindi, sull'onere o sul dovere di parlare, che può rinvenire la sua origine in fonti diverse, di natura giuridica (legge, convenzione, consuetudine), oppure di carattere fattuale (pratica invalsa tra le parti, evocante l'esistenza di una pregressa relazione tra i soggetti coinvolti, che a sua volta giustifica l'operatività del dovere di buona fede, suscettibile di imporre l'onere o l'obbligo di parlare a carico della parte)²⁵⁹.

Le ipotesi in considerazione non presentano, quindi, la fisionomia di "concomitanze fattuali": non costituiscono, infatti, situazioni oggettive o circostanze soggettive che accompagnano il silenzio, idonee a "colorare" il fatto. Viceversa, si rivelano criteri di

²⁵⁸ Al riguardo, cfr. Cass., sez. I, 15 gennaio 1973, n. 126, cit.: la fattispecie concreta riguardava il silenzio serbato a fronte della comunicazione dell'intenzione di modifica del contratto (di agenzia) in corso ad opera della controparte (modifica rappresentata dalla riduzione del corrispettivo pattuito). La Corte, nel ribadire che «il silenzio ... può avere valore di manifestazione tacita di volontà, ed acquistare efficacia giuridica, quando peculiari circostanze e situazioni, oggettive e soggettive, siano tali da renderlo significativo, come sintomo rivelatore dell'intenzione delle parti, conclude nel senso della rilevanza giuridica del silenzio serbato dall'agente, vista la concorrenza di particolari circostanze (la continuazione nella prestazione dell'opera, lo scambio di corrispondenza tra le parti, in epoca successiva alla comunicazione della riduzione, in cui l'agente aveva scritto alla controparte proponente senza contestare né tantomeno far alcun cenno alla riduzione), per cui interpreta il silenzio dell'agente come accettazione (in forma tacita) della proposta di modifica del contratto originario tra le parti. Parimenti, il riferimento generico alle peculiari circostanze idonee ad attribuire al silenzio un significato univoco è contenuto in Cass., sez. II, 12 aprile 1977, n. 1367, cit.: anche qui si tratta di un contesto estraneo alla sfera della conclusione del contratto, riguardando le modifiche proposte da una delle parti nella fase successiva alla costituzione del rapporto giuridico. La fattispecie concreta concerneva il silenzio serbato dal committente a seguito del ricevimento di fatture e lettere di sollecito inviate dall'esecutore dei lavori, in cui risultavano modifiche ad elementi del programma negoziale quale il prezzo e la prestazione dedotta in contratto. La Corte valorizza la circostanza rappresentata dalla successiva instaurazione di altri rapporti contrattuali tra i soggetti coinvolti, per desumere il valore di tacita accettazione riconducibile al silenzio serbato dal committente.

²⁵⁹ In merito alla tendenza contraria all'applicazione, nel contesto della fase di formazione del contratto, dei principi elaborati dalla giurisprudenza in relazione alle fattispecie di silenzio serbato a fronte di una modifica contrattuale, cfr. GALGANO F. *op. cit.*, 127, nt. 9.

qualificazione di natura normativa: non circondano il silenzio, ma preesistono allo stesso; non rappresentano, quindi, elementi circostanziali in senso tecnico²⁶⁰.

Nei contributi giurisprudenziali in materia di silenzio l'onere ed il dovere di parlare sono di solito evocati congiuntamente; in alcuni casi, invece, è menzionato soltanto il dovere di rispondere²⁶¹. Non sempre, peraltro, i concetti richiamati sono utilizzati nella loro accezione tecnica: si assiste talvolta ad una commistione tra le rispettive nozioni²⁶².

La locuzione utilizzata in sede giurisprudenziale rimanda, quindi, a due distinte situazioni giuridiche soggettive, aventi il medesimo contenuto (ossia l'atto di parlare)²⁶³.

L'onere, sostanziandosi in un comportamento da tenere per la realizzazione di un proprio interesse, risulta evocato non solo attraverso l'espresso riferimento operato nella locuzione utilizzata di frequente nelle massime giurisprudenziali in tema di silenzio, ma

²⁶⁰ Al riguardo, cfr. ADDIS F. *op. cit.*, 270: l'Autore evidenzia la distinzione tra le circostanze in senso tecnico, aventi carattere necessariamente fattuale, che si accompagnano al silenzio, e le circostanze di carattere genericamente normativo, consistenti invece in strumenti di qualificazione preventiva del fatto, preesistenti al contegno inerte.

²⁶¹ Al riguardo, cfr.: Cass., sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363, cit., in cui l'efficacia del silenzio è connessa alla ricorrenza di "un onere o dovere di parlare"; Cass., sez. I, 10 aprile 1975, n. 1326, cit., in cui la rilevanza giuridica del silenzio è collegata all'esistenza di un dovere di parlare – senza alcuna menzione dell'onere – (tale orientamento trova conferma, di recente, in Cass., sez. II, 4 dicembre 2007, n. 25290, cit., in cui si menziona il solo dovere di parlare).

²⁶² Al riguardo, cfr. Corte App. Milano, sez. III, 11 gennaio 1952, cit.: la Corte, circoscrivendo l'efficacia giuridica del silenzio al caso in cui sussista un "obbligo giuridico di risposta", specifica che la parte interessata «era tenuta a darla, ove non avesse voluto lasciarsi intendere decaduta, col silenzio, dal diritto di accettare la proposta». La situazione soggettiva in rilievo sembra, quindi, configurarsi come onere: l'atto di parlare (o meglio, di rispondere) è infatti configurato come comportamento da tenere per la soddisfazione di un proprio interesse, per cui il silenzio determina la perdita del diritto – rappresentato, nel caso di specie, dal diritto di accettare la proposta di aggiornamento dei prezzi fissati nel contratto – (il silenzio era stato manifestato nel contesto di un contratto di appalto d'opera, in cui l'appaltatore non aveva potuto procedere all'esecuzione della prestazione – costruzione di una preziosa macchina – in favore del committente a causa dello scoppio della guerra; in particolare, il silenzio era stato serbato dal destinatario della proposta (formulata dall'appaltatore) in cui si invitava l'avente diritto alla prestazione a dichiarare se l'esecuzione a prezzi aggiornati fosse ancora di suo interesse – visto l'intervento di circostanze sopravvenute tra cui «la vorticosa discesa del potere di acquisto della moneta» che rendeva necessaria la revisione dei prezzi in origine concordati – e si rendeva manifesto che, in caso di disinteresse dell'avente diritto, anche il soggetto obbligato – autore della proposta di revisione – avrebbe rinunciato all'esecuzione dell'appalto. Nella fattispecie in esame, la Corte ha affermato che il silenzio del committente dovesse intendersi come manifestazione dell'intendimento di rinunciare all'esecuzione della prestazione oggetto del contratto; di conseguenza, ha ritenuto che si fosse perfezionata la fattispecie di risoluzione consensuale - o mutuo dissenso - configurando l'invito rivolto al committente come comunicazione contenente una proposta di risoluzione contrattuale ed il silenzio serbato dal destinatario come accettazione).

²⁶³ In merito alla distinzione tra i concetti di onere e di obbligo, cfr. GAZZONI F. *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 64 s.

anche nel passaggio contenuto in alcune pronunce rese in materia, nella parte in cui è richiamato l'interesse a contraddire (la cui rilevanza è collegata, in particolare, alla possibilità stessa di tenere il comportamento oggetto dell'interesse)²⁶⁴.

Nella fase di formazione e conclusione del contratto, l'onere di rispondere determina l'esigenza di un'espressa manifestazione di volontà ove la parte interessata intenda respingere la proposta negoziale²⁶⁵. Il silenzio si configura quindi come inosservanza dell'onere di parlare: in assenza del comportamento idoneo a soddisfare l'interesse proprio del soggetto, si producono i medesimi effetti giuridici di una risposta in senso positivo²⁶⁶.

²⁶⁴ La finalità di soddisfacimento di un interesse proprio (alla cui realizzazione è subordinata l'attuazione di un determinato comportamento) giustifica la configurazione dell'onere come situazione soggettiva attiva (a differenza dell'obbligo): in tal senso, cfr. GAZZONI F. *op. cit.*, 64.

In merito alla sussistenza di un interesse a contraddire (ed alla ricorrenza di una situazione in cui il soggetto si trovi nella possibilità di farlo), cfr. Cass., sez. II, 15 aprile 1980, cit. e Cass., sez. II, 12 aprile 1977, n. 1367, cit. In ordine al collegamento tra l'interesse a contraddire e l'esistenza di un onere a carico del soggetto (silente), cfr. SACCO R. *Il contratto*, cit., 55, nt. 3: l'Autore, nel commentare le pronunce che menzionano l'interesse a parlare nell'ambito degli elementi costitutivi del cd. "silenzio circostanziato", osserva che «l'interesse sussiste in quanto sussista l'onere».

In merito al requisito rappresentato dalla "possibilità di contraddire", la sua necessità emerge già nel dibattito dottrinale maturato nella vigenza del precedente codice civile: tale elemento è infatti menzionato in GABBA C. F. *op. cit.*, 102. L'Autore, in particolare, osserva: «occorre che il silente ... sia stato nella possibilità di dissentire ... E quella possibilità s'intende non solo fisica, cioè dipendente dalle condizioni corporee del silente, ma eziandio morale, cioè piena libertà di dissenso, non contrastata in nessuna guisa, né da chi vorrebbe prevalersi del silenzio, né da un terzo qualunque a saputa o insaputa di quello».

²⁶⁵ La mancata realizzazione in concreto del comportamento oggetto dell'onere comporta effetti negativi per il soggetto (nel caso di specie, l'assunzione di un vincolo rinveniente la sua fonte nel contratto concluso per effetto del silenzio, integrante l'inosservanza dell'onere di rispondere incombente sul destinatario della proposta negoziale). Tale circostanza giustifica il carattere doveroso dell'onere (che lo avvicina in qualche modo alla figura dell'obbligo): al riguardo, cfr. GAZZONI F. *op. cit.*, 64; in senso analogo, cfr. SCOZZAFAVA O.T. *Onere (nozione)* in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 109 (l'Autore evidenzia che l'elemento comune alla figura del dovere/obbligo è identificabile nell'imposizione al soggetto di tenere un determinato comportamento, se non vuole andare incontro a conseguenze a lui pregiudizievoli).

²⁶⁶ Il principio secondo cui il silenzio della parte può determinare la conclusione di un contratto nel caso di integrazione dell'inosservanza di un onere, trova applicazione nella pronuncia Cass., sez. III, 15 aprile 1998, n. 3803, in *Foro it.*, 1998, I, 2133 ss.: nel caso di specie, il silenzio è serbato a fronte dell'onere di disdetta che il contratto poneva a carico delle parti perché fosse impedito l'effetto di rinnovazione (del contratto di mediazione tra le parti stesse, stipulato per la durata di tre mesi e soggetto a tacita rinnovazione, di tre mesi in tre mesi, in mancanza di disdetta scritta da inviare almeno quindi giorni prima di ogni scadenza). Nella fattispecie in esame, risultando incontestato il mancato invio della disdetta, la Corte conclude nel senso di ritenere di volta in volta integrato un nuovo accordo negoziale, ancorché avente lo stesso contenuto di quello inizialmente concordato, per effetto del silenzio serbato dalla parte, configurato come inosservanza dell'onere di disdetta imposto dal contratto (rinveniente quindi la sua fonte nell'accordo originario tra le parti coinvolte).

Viceversa, il dovere di parlare rappresenta una situazione giuridica di carattere passivo: la parte è gravata dell'obbligo di rispondere, imposto per la realizzazione di un interesse altrui²⁶⁷.

Nella fase di formazione e conclusione del contratto, l'interesse al cui soddisfacimento mira il comportamento imposto al soggetto attiene alla sfera soggettiva della controparte, autore della "domanda" insita nella proposta negoziale (ovvero nella controproposta del destinatario). Il silenzio viene quindi a configurarsi come violazione del dovere di rispondere ovvero di contraddire, ossia di esprimere la volontà di non accettare la proposta della controparte.

L'orientamento inteso a ricollegare al silenzio l'efficacia di consenso ove sussista un obbligo di parlare incontra numerose critiche in sede dottrinale²⁶⁸.

Tre sono, in particolare, i profili censurati: le conseguenze giuridiche ricollegate violazione del dovere in questione; la natura dell'obbligo; la fonte del dovere stesso, ove individuata nel principio di buona fede.

In primo luogo, si contesta la scelta di riconnettere alla violazione dell'obbligo in questione l'effetto di determinare la costituzione di un rapporto contrattuale, anziché la naturale conseguenza derivante in genere dall'inadempimento di un'obbligazione, quale la sanzione giuridica rappresentata dalla responsabilità del soggetto inadempiente per i danni cagionati all'avente diritto²⁶⁹.

²⁶⁷ In merito alla distinzione tra i concetti di "onere" e "obbligazione", cfr. MESSINEO F. *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 203: «l'obbligazione adempiuta mira a soddisfare un interesse del creditore e se non adempiuta genera responsabilità verso altri e dovere di risarcimento; l'onere osservato soddisfa, di regola, un interesse dell'onerato medesimo: quindi, l'onere stimola l'interesse di colui sul quale incombe; e l'onere inosservato produce effetti, indipendentemente dalla presenza di un comportamento colposo; spicca così il carattere strumentale, indirettamente sanzionatorio, dell'onere».

²⁶⁸ In senso contrario alla configurabilità di un onere o dovere di parlare (o meglio, di manifestare il proprio dissenso) per attribuire al silenzio il valore di consenso, cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile 3, Il contratto*, cit.: l'Autore osserva che deve, invece, attribuirsi rilevanza al "complessivo comportamento" della parte che, in relazione alle circostanze, può esprimere il significato di consenso, rivelando l'intento del soggetto. In senso analogo, cfr. FERRERO E. *op. cit.*, 177. L'Autore evidenzia l'inutilità del richiamo alla figura dell'obbligo od onere di pronunciarsi: «l'aspetto fondamentale resta ... quello del significato rivestito dalla "omissione"..., fissato, nella stessa maniera che per tutti gli altri comportamenti, cioè per via di interpretazione ... L'obbligo di onere od obbligo suddetto presuppone già tale significato della "omissione di ...", e parlarne non aggiunge niente di essenziale alla comprensione del fenomeno giuridico».

²⁶⁹ In tal senso, cfr. SCALISI V. *op. cit.*, 494. In merito alle conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione di un dovere, cfr. MESSINEO F. *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 201, in cui si evidenzia che viene a

Tale censura, evocando l'irragionevole commistione di un profilo (quale l'esplicazione dell'autonomia privata) estraneo alla realtà giuridica del fatto, è estesa all'ipotesi in cui l'atto di parlare sia oggetto non di un dovere, bensì di un onere: la sua inosservanza dovrebbe determinare la perdita di un diritto o di una facoltà, non già la conclusione di un contratto²⁷⁰.

In secondo luogo, si dubita dell'effettiva natura giuridica dell'obbligo in questione, ove ricondotto al "comune modo di intendere" in ragione della relazione instaurata tra le parti. Tali espressioni, utilizzate nei primi contributi maturati nella vigenza del codice di commercio e riprese in modo sostanzialmente equivalente nelle massime successive, sembrano rimandare, infatti, ad un dovere non già di carattere giuridico bensì di ordine morale o, piuttosto, ad una "necessità pratica" collegata all'interesse di contraddire emergente nella realtà fattuale²⁷¹.

La figura del "dovere di parlare" in seno alla fattispecie del "silenzio circostanziato" è altresì criticata nell'ipotesi in cui la sua nascita sia ricollegata non già ad una previsione di legge o ad un accordo tra le parti, bensì al dovere di buona fede: il principio in esame, integrando una clausola normativa di ordine generale, non sarebbe una fonte idonea a determinare l'insorgenza di un obbligo giuridico di parlare in senso tecnico²⁷².

radicarsi un'ipotesi di responsabilità del soggetto. In senso analogo, cfr. STOLFI G. *op. cit.*, 169: «... bisognerebbe pur sempre spiegare per quale sortilegio il silenzio di chi abbia contravvenuto al dovere di parlare debba ritenersi manifestazione di volontà che importi rinuncia ad un diritto o assunzione di obblighi, in contrasto col principio generale che l'inadempimento di un obbligo anche specifico produce solo la conseguenza del risarcimento dei danni ... ».

²⁷⁰ L'espressione riportata nel testo è di ADDIS F. *op. cit.*, 265. In senso critico verso la configurazione del dovere di parlare come obbligo giuridico, cfr.: SCALISI V. *op. cit.*, 494; FERRERO E. *op. cit.*, 177; CARIOTA FERRARA L. *op. cit.*, 380.

²⁷¹ In tal senso, cfr. OSILIA E. *op. cit.*, 5: le sole esigenze etiche dell'onestà e della buona fede non possono dar vita ad un'obbligazione giuridica ... di parlare ... il silenzio non è tra i mezzi normali e sociali di manifestazione di volere, e quindi ... l'interessato ad avere la manifestazione non può ragionevolmente – se non vi sono rapporti precedenti speciali i quali però fanno del silenzio un modo di parlare – attribuire al silenzio il senso che non ha per nessuno». L'Autore esclude la rilevanza della buona fede quale fonte di un obbligo (giuridico) di parlare; valorizza, viceversa, l'esistenza di una pregressa relazione tra le parti e l'esistenza di una determinata pratica invalsa tra le parti per cui il silenzio assume il significato di consenso. Avanza dubbi sul carattere giuridico del "dovere di parlare" SCALISI V. *op. cit.*, 492. Dubita dell'effettivo carattere giuridico dell'obbligo di rispondere ADDIS F. *op. cit.*, 266: «in realtà, sarebbe da chiarire se quando si parla di obbligo di rispondere, reagire, sollevare obiezioni, etc. si vuol veramente fare riferimento ad un dovere giuridico piuttosto che alla *necessità pratica* di opporre una manifestazione di volontà all'interpretazione del proprio contegno come consenso».

Tale censura rimanda, quindi, alla natura dell'obbligo in questione, riconnettendosi alle considerazioni svolte da una parte della dottrina nel negare il carattere giuridico del dovere di parlare, configurabile piuttosto come necessità pratica o dovere di carattere morale, insuscettibile di rilevanza sul piano giuridico.

La genesi della figura elaborata in via giurisprudenziale, collegandosi all'esigenza di speditezza dei traffici economici nel vigore del codice del commercio, determina altresì l'esigenza di riconsiderare il riferimento alla "consuetudine", ripreso anche nelle massime successive, quale fonte dell'onere e del dovere di parlare ovvero quale circostanza idonea ad attribuire al silenzio il significato di accettazione.

Nei contributi adottati dopo il processo di unificazione dei codici in materia civile e commerciale prosegue, infatti, il richiamo al concetto di "consuetudine", che nel contesto originario assumeva una diversa portata, discendente dal suo valore come fonte del diritto in materia commerciale: si collegava, infatti, all'esistenza di un uso normativo, suscettibile di applicazione al silenzio serbato dal destinatario di una proposta negoziale in determinate circostanze, in quanto afferente ad un profilo non regolato dalla legge commerciale, idoneo a prevalere sulle disposizioni della legge civile in forza dei principi

²⁷² Al riguardo, cfr. SACCO R. *Il contratto*, cit., 58 s. L'Autore critica il riferimento generico alla buona fede nell'ambito dei contributi giurisprudenziali in tema di silenzio, quale fondamento dell'equiparazione del silenzio al consenso, osservando che non basta la buona fede (ed i correlati principi di affidamento ed auto responsabilità) a rendere univoco un fatto di per sé ambiguo; conclude osservando che «il vero problema è dunque questo: chiarire quali circostanze debbano intercorrere perché la buona fede elevi il comportamento omissivo di una parte a consenso, nei confronti della controparte». I dubbi sulla rilevanza della buona fede ai fini del riconoscimento dell'efficacia giuridica del silenzio in campo contrattuale emergono già nell'ambito del dibattito dottrinale maturato nella vigenza del codice di commercio del 1882: in particolare, si contesta l'impostazione per cui il principio di buona fede dovrebbe giustificare la prevalenza accordata all'interesse del proponente, sottesa all'equiparazione del silenzio all'accettazione: in tal senso, cfr. SRAFFA A. *op. cit.*, 33. L'Autore, nel commentare l'orientamento giurisprudenziale maturato in riferimento al silenzio serbato dal compratore a fronte della fattura non conforme al pattuito, inviata dal venditore, contesta l'attribuzione di un valore giuridico alla mancata contestazione del contenuto della fattura (desunta dal contegno silente). In particolare, osserva: «è strano come si sia giunti a considerare quale vittoria della buona fede il dirizzone preso dalla nostra giurisprudenza! ... io domando se la mala fede non si riscontri piuttosto nella proposta, insidiosamente introdotta nella fattura, anziché nel silenzio del compratore serbato di fronte alla proposta stessa ...». In merito all'atteggiamento di diffidenza dimostrato in ambito dottrinale nei riguardi della concreta applicazione di clausole generali (e per l'effetto, nei confronti della pretesa esplicitazione del principio di buona fede nel dovere di parlare (o meglio, di pronunciarsi sulla proposta negoziale ricevuta), cfr. ADDIS F. *op. cit.*, 265 s.

generali in materia di fonti del diritto in ambito commerciale (espressi nell'art. 1 del codice di commercio)²⁷³.

Tale impostazione non può riproporsi a seguito dell'unificazione della materia civile e commerciale nel codice del 1942: il ruolo della consuetudine in ambito commerciale è infatti mutato, non potendo mai prevalere sulla legge nel rapporto tra le fonti del diritto²⁷⁴.

Di conseguenza, la consuetudine non è invocabile come fonte del dovere di parlare nella fase di conclusione del contratto: il dettato normativo in tema di accordo tra le parti e di silenzio con valore legale predeterminato rappresenta, infatti, il dato positivo contrario alla rilevanza giuridica del contegno inerte nella fase di conclusione del contratto al di fuori delle ipotesi eccezionali in cui la legge attribuisce al silenzio efficacia di consenso²⁷⁵.

Il silenzio in sé considerato, essendo un fatto ambiguo e quindi privo di significato certo, non può esprimere l'intenzione di accettare la proposta negoziale della controparte ai

²⁷³ In merito al ruolo degli usi in materia commerciale e al collegamento con il principio di buona fede (nella vigenza del codice di commercio del 1882), cfr. PACCHIONI G. *op. cit.*, 29: «l'uomo di affari si muove in una atmosfera nella quale domina sovrana la buona fede, e la buona fede non tollera che alcuno si trincerò dietro un silenzio quando il suo silenzio può avere l'esteriore apparenza di consenso. La indipendenza individuale è sufficientemente tutelata quando all'individuo sia reso possibile con una sola recisa parola chiarire la sua situazione di fronte a terzi: essa diventerebbe tirannia quando venisse garantita per se stessa, senza riguardo alcuno ai terzi e alle necessità dei commerci».

²⁷⁴ La questione investe, in particolare, i rapporti tra legge e consuetudine nell'ambito delle fonti del diritto. Al riguardo, cfr. le disposizioni sulla legge in generale, in specie l'articolo 8 (da considerare in combinato disposto con l'articolo 1 che elenca le fonti del diritto in materia civile, collocando la consuetudine all'ultimo della scala gerarchica): «1. Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti, gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati». In base al dettato normativo, è ammessa soltanto al consuetudine *secundum legem*. (nel conflitto con una norma di legge, la regola derivante dalla consuetudine non può prevalere). Si ritiene altresì ammissibile la consuetudine operante nelle materie non regolate da legge o da regolamenti, ossia la *consuetudo praeter legem* (in tal senso, cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile 1. La norma giuridica- I soggetti*, Milano, 1990, 75; in senso analogo, cfr. CARIOTA FERRARA L. *op. cit.*, 380). Diversamente, l'articolo 1, R.D. 31 ottobre 1882, n. 1062, cd. Codice del commercio, prevedeva: «in materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili ... in mancanza, si applica il diritto civile» (risultava, quindi, ammessa la consuetudine *contra legem*). L'abbandono, nell'unificazione della disciplina delle fonti del diritto, dell'impostazione accolta dall'art. 1 cod. comm. è evidenziato in PAVONE LA ROSA A. *op. cit.*, 514.

²⁷⁵ Il ruolo della consuetudine nell'ambito della figura del "silenzio circostanziato" è evidenziato in PEIRANIS D. *Il diritto, seguito da esecuzione, ha lo stesso valore nella conclusione di un contratto nuovo e nel rinnovo, con modifiche, di un contratto esistente?* in *Giur. it.*, 1994, 11, 1562 ss. In particolare, si osserva che gli usi sono indicati tra le fonti dell'obbligo di parlare, per cui «gli effetti giuridici che si ricollegano al silenzio non derivano dalla significatività dello stesso ma hanno il valore di una sanzione per la violazione di un dovere imposto al soggetto. Legge, autonomia privata e usi non possono imporre al silenzio un significato che non ha ma possono ricollegare allo stesso gli effetti di un consenso».

sensi dell'art. 1326 c.c., né tantomeno è sufficiente per integrare l'inizio di esecuzione del contratto *ex art. 1327 c.c.*: dal dettato normativo in tema di accordo tra le parti si deduce, quindi, l'esistenza di un principio generale per cui il silenzio non può di per sé valere come accettazione della proposta, idonea a perfezionare la fattispecie contrattuale²⁷⁶. Tale principio non può dirsi intaccato per effetto di previsioni normative che attribuiscono al silenzio una valenza determinata: le ipotesi legali, infatti, sono riconducibili a norme di tipo eccezionale, insuscettibili di estensione oltre i casi in esse previsti²⁷⁷. Di conseguenza, non può trovare applicazione un'eventuale consuetudine intesa ad attribuire efficacia di consenso al silenzio nella fase di formazione del contratto, imponendo alla parte un dovere di pronunciarsi e sanzionando la sua inosservanza con l'attribuzione al silenzio della medesima valenza di una manifestazione di volontà: verrebbe, infatti, ad integrare una consuetudine *contra legem*, la cui operatività è esclusa in base al sistema dei rapporti tra fonti del diritto²⁷⁸.

Il riferimento alla consuetudine nell'ambito dei contributi giurisprudenziali in tema di silenzio rappresenta, quindi, un richiamo di dubbia applicazione nel contesto normativo vigente. Nel tentativo di assicurarne la compatibilità con il sistema giuridico odierno, si è prospettata una diversa ricostruzione della funzione rivestita dagli usi nel contesto della fattispecie di "silenzio circostanziato": il termine evocato non va inteso nella sua accezione di fonte del diritto, origine del dovere di parlare incombente sulla parte (invece

²⁷⁶ In ordine alla configurazione del dato positivo come espressione del principio generale per cui è esclusa l'efficacia del silenzio in termini di consenso, cfr. OSILIA E. *op. cit.*, 7 (l'Autore esprime il suo convincimento in relazione al dettato normativo vigente all'epoca – artt. 1098 cod. civ. e 36 cod. comm. – seguendo un ragionamento suscettibile di estensione anche al dato positivo odierno, vista la sostanziale corrispondenza all'art. 1326 c.c.). In senso analogo, cfr. CARIOTA FERRARA L. *op. cit.*, 380. L'Autore esclude che possa invocarsi la consuetudine come fonte dell'obbligo di pronunciarsi suscettibile di determinare l'efficacia giuridica del silenzio nella materia della formazione dei contratti, individuando nel dettato normativo contenuto nell'art. 1326 c.c. il dato ostativo all'operatività di un'eventuale uso normativo in tal senso: «... la consuetudine ha valore solo se richiamata dalla legge (*consuetudo secundum legem*), ovvero nelle materie non regolate dalle leggi e dai regolamenti (*consuetudo praeter legem*), il che non può dirsi della materia della formazione dei negozi giuridici (vedi, infatti, gli artt. 1326 sgg. cod. civ.)».

²⁷⁷ Al riguardo, cfr. STOLFI G. *op. cit.*, 168 s.: l'Autore, in particolare, esclude che dalle specifiche norme di legge in tema di rilevanza giuridica del silenzio possa dedursi l'esistenza di un principio generale per cui il silenzio debba valere come consenso qualora taccia chi poteva o doveva parlare, trattandosi di norme eccezionali, che non possono estendersi oltre i casi previsti, ai sensi dell'art. 14, disp. prel.

²⁷⁸ In ordine al concetto di "consuetudine *contra legem*", cfr. BOBBIO N. *Consuetudine (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 438 s.

silente), bensì come circostanza di carattere obiettivo, suscettibile di attribuire al silenzio, nel rapporto tra le parti, il significato di consenso²⁷⁹. Tale ricostruzione è, tuttavia, criticata nella misura in cui ricorre ad una finzione, nello sforzo di eliminare il contrasto tra il perdurante riferimento agli usi in tema di silenzio e il sistema giuridico vigente in materia di rapporti tra le fonti del diritto: in particolare, rivela la mancata corrispondenza al ruolo effettivo degli usi nell'ambito della fattispecie del "silenzio circostanziato", che non vale a rendere espressivo il comportamento omissivo per sua natura privo di significato certo, bensì opera equiparando gli effetti del silenzio a quelli della dichiarazione di consenso, incidendo sul piano degli obblighi e degli oneri delle parti²⁸⁰.

Nell'ambito delle riflessioni dottrinali sulla figura del "silenzio circostanziato", riceve particolare attenzione l'elemento rappresentato dalla preesistenza di relazioni d'affari tra i

²⁷⁹ L'esigenza di riconsiderare il richiamo alla consuetudine in tema di silenzio alla luce del contesto normativo vigente è espressa in SACCO R. *Il contratto*, cit., 57: l'Autore evidenzia che il riferimento utilizzato dalla giurisprudenza può operare ove si intenda circoscritto al piano del significato del fatto, non della regolazione dei suoi effetti, per cui la consuetudine (e gli usi) valgono soltanto ad attribuire al silenzio il valore sociale di accettazione; il richiamo alla consuetudine non può dunque operare sul piano della qualificazione del fatto (in forza del suo valore di fonte del diritto), ma solo su quello dell'interpretazione del fatto stesso. In particolare, l'Autore svolge le seguenti considerazioni: «in tema di silenzio, la giurisprudenza (non meno della dottrina) supera la legge scritta e chiama in vigore usi e consuetudine. Siamo di fronte ad un contrasto tra norma scritta cogente, e diritto applicato. La consuetudine, come ogni altra norma, può reagire soltanto sugli *effetti*, e non, sul significato espressivo, del silenzio. Ma la giurisprudenza non può, formalmente, ammetterlo: equivarrebbe ad ammettere che essa ricerca negli usi, *contra legem*, il regolamento degli effetti del silenzio. Il linguaggio della giurisprudenza risente pertanto di una finzione: nei suoi schemi gli effetti del silenzio saranno gli effetti di una dichiarazione, e la consuetudine, o gli usi, varranno soltanto per attribuire a quel silenzio il valore sociale, di fatto, di dichiarazione. Finzioni siffatte potranno forse apparire a taluno inevitabili, per colmare l'inevitabile divario tra legge e diritto applicato in tema di fonti del diritto. Tuttavia, nel nostro caso, il ricorso alla finzione era forse superfluo; gli oneri imposti dalla consuetudine e dagli usi (che non siano stati manifestamente rifiutati dalle parti) potevano farsi salvi come voluti dalla "buona fede" che regola la condotta delle parti durante la formazione del contratto (art. 1337 c.c.); e divenire così fonti sussidiarie di diritto, nel pieno rispetto della lettera della legge». L'Autore prospetta, quindi, una diversa strada per "salvare" il riferimento alla consuetudine nel novero degli elementi costitutivi del "silenzio circostanziato", mediante il collegamento con il principio di buona fede.

In merito alla tendenza giurisprudenziale a configurare la consuetudine come circostanza obiettiva suscettibile di attribuire un significato certo (di accettazione) al silenzio della parte, cfr. Cass., sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363, cit.: «il silenzio può essere reso significativo, obbiettivamente, da una consuetudine prevalente in una determinata cerchia sociale ...».

²⁸⁰ In merito alla "finzione" nascosta nelle pieghe delle massime giurisprudenziali che indicano la consuetudine tra le circostanze suscettibili di attribuire efficacia giuridica al silenzio, cfr. SACCO R. *Il contratto*, cit., 57, con specifico riguardo alle considerazioni riportate nella nota precedente (cfr. *supra*). In ordine al ruolo effettivo degli usi nell'ambito della fattispecie in esame, cfr. SCARDIGNO M.S. *op. cit.*, 1181 ss.: in particolare, si esclude che l'uso commerciale vada ad incidere sul significato del comportamento omissivo.

soggetti coinvolti, evocato dalla locazione utilizzata nelle massime giurisprudenziali per indicare la diffusione di una certa pratica tra le parti. In particolare, emerge un'impostazione favorevole alla lettura in senso ampio del requisito in questione, non circoscritta all'ipotesi di rapporti economici tra le parti connotati da un carattere di continuità o di ripetizione nel tempo: la circostanza rappresentata dalla preesistenza di relazioni d'affari tra i soggetti coinvolti si ritiene integrata anche nel caso in cui ricorra in una forma minima, rapportata alla singola relazione in corso di svolgimento tra le parti, in specie al suo stato di avanzamento, qualora non si esaurisca nella mera sequenza proposta-silenzio dell'oblato. In tale prospettiva, l'esistenza di una pregressa relazione tra i soggetti coinvolti si intende radicata anche nel caso di protrazione della fase precontrattuale nel rapporto tra le parti, che si verifica qualora alla proposta originaria segua un'accettazione in senso difforme²⁸¹. Tale circostanza vale a rendere espressivo l'eventuale silenzio serbato dal proponente originario, quale omessa risposta alla controproposta dell'oblato²⁸².

6.3. *Natura giuridica della fattispecie e distinzione dalla figura della cd. "esecuzione senza una preventiva risposta dell'accettante"*

La giurisprudenza qualifica il "silenzio circostanziato" come manifestazione tacita di volontà o comportamento concludente²⁸³.

Il silenzio, valutato nel contesto delle circostanze che lo accompagnano, si configura come comportamento da cui desumere l'implicito intento negoziale del suo autore, in particolare l'intenzione di accettare la proposta della controparte.

²⁸¹ Al riguardo, cfr. CASTIGLIA G. *op. cit.*, 2: «... sembra che il giudizio di conclusione venga formulato solo quando tra le parti preesistano relazioni d'affari, almeno nella forma minima di un'avanzata fase precontrattuale che renda espressiva l'omissione di risposta del proponente alla controfferta dell'oblato».

²⁸² In tal senso, cfr. App. Bologna, 13 aprile 1950, in *Foro it.*, 1950, I, 582 ss.

²⁸³ In tal senso, cfr.: Cass., sez. III, 15 aprile 1998, n. 3803, cit.; Cass., sez. II, 9 giugno 1983, n. 3957, cit.; Cass., sez. I, 15 gennaio 1973, n. 126, cit.; Cass., sez. I, 10 aprile 1975, n. 1326, cit.; Cass., sez. III, 24 gennaio 1966, n. 295; Cass., sez. I, 26 maggio 1965, n. 1064; Cass., sez. III, 10 ottobre 1963, n. 2967; Cass., sez. III, 15 maggio 1959, n. 1442, cit.

Il valore concludente del comportamento è quindi rapportato alle circostanze che si affiancano al silenzio, che valgono a rendere l'inerzia significativa, quale sintomo rilevatore dell'intenzione del soggetto²⁸⁴.

Il silenzio circostanziato, integrando un comportamento concludente, viene a configurarsi come uno strumento di manifestazione della volontà negoziale in forma tacita.

L'operazione che consente di risalire dal contegno inerte ad una determinata volontà del soggetto si basa su un meccanismo presuntivo, connaturato alla figura del comportamento concludente: si sostanzia nell'illazione che conduce all'accertamento di un fatto ignoto (l'intenzione del soggetto) argomentando da un fatto noto (quale il silenzio, valutato unitamente alle circostanze che lo accompagnano). Tale meccanismo può fondarsi su un nesso di continenza tra i fatti in rilievo oppure ispirarsi ad una logica di incompatibilità del fatto stesso con una volontà contraria²⁸⁵.

L'operazione di accertamento della volontà manifestata segue lo schema ordinario, elaborato in riferimento al comportamento concludente formato da un contegno attivo.

Il carattere omissivo del comportamento tenuto dal soggetto silente non vale, quindi, ad

²⁸⁴ In tal senso, cfr. Cass., sez. I, 15 gennaio 1973, n. 126, cit.: «il silenzio ... può avere valore di manifestazione tacita di volontà. Ed acquistare efficacia giuridica, quando peculiari circostanze e situazioni, oggettive e soggettive, siano tali da renderlo significativo, come sintomo rivelatore dell'intenzione delle parti».

²⁸⁵ In ordine al ragionamento di tipo presuntivo attraverso cui giungere al riconoscimento del valore di manifestazione di volontà da attribuire al silenzio in relazione alla concreta fattispecie in cui viene in rilievo, cfr. Cass., sez. III, 25 maggio 1942, n. 1406: «se il silenzio di per sé non vale a significare manifestazione di consenso, può però essere il fatto su cui è lecito argomentare, in via di presunzione, per risalire all'accertamento di altri fatti». In merito all'operazione fondata su una logica di incompatibilità del fatto con una volontà contraria, cfr. Cass., sez. III, 24 gennaio 1966, n. 295, cit.: «l'accettazione tacita, come ogni altra manifestazione di volontà produttiva di effetti giuridici, deve risultare da fatti incompatibili con una volontà contraria». In dottrina, si osserva, in particolare, che l'operazione in questione, comune alla valutazione di qualsivoglia comportamento concludente, si sostanzia nella verifica «se il comportamento posto in essere implichi per coerenza logica un certo significato ovvero se lo escluda per logica incompatibilità» (in tal senso, cfr. PATTI S. *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., 230). In tal senso, cfr. altresì GIAMPICCOLO G. *op. cit.*, 108, che evidenzia la duplice logica che può essere alla base dell'illazione (continenza oppure incompatibilità): «perché un comportamento possa qualificarsi concludente, occorre – e in questo vi è assoluta concordia di opinioni – che, valutato alla stregua delle circostanze di insieme, sia atto a giustificare la illazione univoca e sicura del fatto psichico volta a volta considerato, in quanto lo presuppone e implica per logica coerenza (nesso di continenza) ovvero esclude per logica ripugnanza un fatto contrario (nesso di incompatibilità)».

alterare lo sviluppo dell'illazione alla base dell'accertamento; la sua incidenza è limitata al profilo di valutazione delle circostanze concorrenti, alla cui stregua è sviluppata l'illazione destinata a muovere dal contegno del soggetto. In particolare, l'attribuzione di un valore concludente al silenzio impone il concorso di circostanze particolarmente qualificate, idonee a sostenere l'illazione alla base dell'accertamento, vista l'opacità connaturata al contegno inerte²⁸⁶.

La configurazione del silenzio circostanziato come manifestazione tacita di volontà ne determina l'assoggettamento alla disciplina dei vizi del consenso (di cui agli artt. 1427 ss. c.c.): l'estensione delle regole previste in materia di volontà negoziale rappresenta, infatti, una conseguenza di ordine applicativo discendente dalla premessa teorica per cui il silenzio, a determinate condizioni, vale come tacita manifestazione di volontà diretta alla conclusione del contratto²⁸⁷.

Tale conclusione, accolta da alcune pronunce che si inseriscono nella fase più recente del tradizionale dibattito sulla problematica giuridica del silenzio in campo contrattuale, poggia quindi sulla configurazione del silenzio (circostanziato) come manifestazione di

²⁸⁶ In tal senso, cfr. GIAMPICCOLO G. *op. cit.*, 110 s.: l'Autore esclude che il carattere omissivo del contegno silenzioso possa rappresentare un limite allo sviluppo dell'illazione alla base dell'accertamento della volontà manifestata, evidenziando che «... dipenderà, come sempre, dalle circostanze stabilire poi se nel caso concreto il non agire possa equivalersi a negare (o rifiutare), il non reagire ad ammettere (o consentire); e quel che al più può aggiungersi è soltanto questo: che la naturale, e già rilevata, opacità dell'atto esteriore persuaderà semmai a soppesare con metro severo tale possibilità, e a cercarne perciò il concorso di circostanze particolarmente qualificate prima di giudicarla effettivamente realizzata».

²⁸⁷ Tale principio trova una chiara enunciazione nella pronuncia Cass., sez. III, 15 aprile 1998, n. 3803, cit. Esaminando il caso di un contratto di mediazione stipulato in origine per la durata di tre mesi, soggetto a tacita rinnovazione (di tre mesi in tre mesi) in mancanza di disdetta scritta da inviare almeno quindici giorni prima di ogni scadenza, la Corte qualifica il silenzio, a fronte dell'onere di disdetta posto a carico delle parti in base al contratto originario per impedire il rinnovo del contratto, come manifestazione tacita di volontà, specificandone altresì l'assoggettabilità ad uno dei vizi del consenso: «... tale manifestazione tacita di volontà (o silenzio circostanziato, come definito in dottrina) si è tradotta, di volta in volta, in un nuovo accordo negoziale, ancorchè avente lo stesso contenuto di quello inizialmente concordato: come univocamente confermato dal rilievo che, astrattamente, tale manifestazione ben avrebbe potuto soggiacere ad uno dei vizi, previsti dagli artt. 1427 e ss. c.c. (una minaccia, ad es., per impedire la disdetta)...». Tale principio, enunciato come *obiter dictum*, è richiamato nel percorso motivazionale di una successiva sentenza di merito, citando la relativa pronuncia della Cassazione (cfr. Trib. Catania, 30 settembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 2105). Al riguardo, in dottrina cfr. ROLLI R. *op. cit.*, 206 s. Sul tema cfr. altresì BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 145: l'Autore evidenzia che, nel caso in cui il silenzio assuma valore di negozio giuridico, il comportamento silenzioso deve andare soggetto a tutte le regole proprie del negozio (tra cui, il regime dei vizi della volontà).

volontà, postulante l'accertamento dell'intento del soggetto che ha serbato un contegno inerte nel contesto di determinate circostanze.

In ambito dottrinale emerge, tuttavia, una diversa tendenza in merito alla portata della volontà accertata mediante l'illazione muovente dal silenzio: si osserva, in particolare, che l'operazione mentale alla base dell'accertamento non conduce alla volontà effettiva del silente, relativa alla sua sfera interna, bensì all'affidamento ingenerato nella controparte circa il significato sociale del comportamento, che rimanda viceversa ad una valutazione compiuta alla stregua del "comune modo di agire"²⁸⁸.

Di conseguenza, il valore concludente del silenzio non discende dall'accertamento di una volontà reale dell'autore del contegno inerte, bensì di una volontà supposta ad opera della controparte, corrispondente al significato assunto dal comportamento omissivo nell'ambiente sociale²⁸⁹.

Tale considerazione risente degli esiti del dibattito interpretativo sul concetto di negozio giuridico che, muovendo dalla critica all'impostazione tradizionale fondata sul dogma della volontà, giunge ad una ricostruzione di tipo obiettivo fondata sui principi di buona fede e di autoresponsabilità, in una logica di tutela dell'affidamento ingenerato nella controparte, per cui si attribuisce rilievo non alla volontà reale del soggetto ma a quella percepibile all'esterno, secondo una valutazione rispondente ad uno spirito di coerenza conforme alle regole dell'ambiente sociale²⁹⁰.

²⁸⁸ L'espressione riportata nel testo è utilizzata dalla giurisprudenza per delineare la nozione di "silenzio circostanziato", suscettibile di rilevanza giuridica: al riguardo, cfr. cfr. Cass., sez. I, 10 aprile 1975, n. 1326, cit.: «il silenzio può valere come dichiarazione quando, data una certa relazione tra due persone, il comune modo di agire imporrebbe il dovere di parlare. E soprattutto di fronte alla dichiarazione di una parte, che implichi un obbligo per quella cui essa è rivolta, il tacere di quest'ultima può intendersi come assentimento».

²⁸⁹ In tal senso, cfr. PATTI S. *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., 230.

²⁹⁰ La teoria della volontà corrisponde alla concezione tradizionale proposta dalla dottrina pandettistica: l'essenza del negozio giuridico è individuata nella volontà creatrice dell'individuo; la dichiarazione deve quindi essere sorretta da una corrispondente volontà (concezione cd. soggettiva del contratto). Al dogma della volontà, che giunge ad escludere la rilevanza negoziale della dichiarazione non rispondente alla reale volontà dell'agente, si contrappone la teoria della dichiarazione, anch'essa elaborata nell'ambito del sistema tedesco, che valorizzando le esigenze pratiche dell'esperienza dei rapporti commerciali, attribuisce rilievo centrale alla dichiarazione, così come percepibile secondo le circostanze: il dato materiale, rappresentato dalla dichiarazione, è destinato a prevalere sull'elemento psichico (costituito dalla volontà interna del dichiarante). Nell'ambito del dibattito interpretativo emerge altresì un'ulteriore concezione del contratto,

Seguendo la logica dell'autoresponsabilità intesa a tutelare l'affidamento della controparte, emerge la tendenza a sviluppare l'illazione alla base del valore concludente del comportamento non sull'intento reale del suo autore, formatosi nella sfera psichica del soggetto, bensì sulla percezione avvertita nell'ambiente sociale²⁹¹.

Nel caso del contegno inerte, l'accezione in senso obiettivo della volontà negoziale trova rispondenza nei presupposti di formazione del "silenzio circostanziato", laddove individuati nel principio di buona fede e nel "comune modo di agire", quali parametri alla cui stregua valutare il comportamento omissivo tenuto nel caso concreto²⁹².

I connotati della figura in esame giustificano la tendenza, emersa in ambito dottrinale, a valorizzare l'aspetto relativo al significato sociale assunto dal contegno inerte, nell'ambito dell'operazione mentale volta all'accertamento della volontà manifestata, che quindi non viene necessariamente a coincidere con la volontà reale formatasi nella sfera interna dell'autore del contegno silenzioso²⁹³.

anch'essa di stampo oggettivo (al pari della teoria della dichiarazione): la teoria precettiva che, valorizzando il principio di affidamento, configura il contratto come fatto sociale, con cui il soggetto autoregolamenta i propri interessi in rapporto ad altri, per cui si attribuisce rilevanza al valore obiettivo assunto dal fenomeno nella realtà sociale quale atto decisionale inteso alla costituzione, modifica o estinzione di un rapporto patrimoniale (di qui la connessione con il principio di autoresponsabilità, rinveniente il suo fondamento – ed il suo limite – nell'esigenza di tutela dell'affidamento della controparte). In merito al dibattito sulla natura giuridica del contratto, cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 18 ss.

²⁹¹ In tal senso, cfr. BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 144: «la questione da porre in simili casi non è di vedere che cosa possa avere inteso chi tacque, ma quali illazioni siano autorizzati a trarre gli interessati – controparte o terzi – dal comportamento inattivo ad essi riconoscibile, secondo le vedute generali del traffico». In merito alla nozione di autoresponsabilità ed alla sua valenza integratrice del principio dell'autonomia privata, cfr. cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 21 ss.: «... il soggetto può restare impegnato per un atto che egli non ha realmente voluto. Al riguardo si parla di principio di *autoresponsabilità* ... da questa nozione ... esula ogni idea di una sanzione del dichiarante per un suo comportamento negligente. Il dichiarante rimane impegnato dalle sue dichiarazioni e dalle dichiarazioni a cui abbia dato causa a prescindere da una valutazione della sua condotta in termini di colpa».

²⁹² Al riguardo, cfr. cfr. Cass., sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363, cit.: «Il silenzio, cioè, può considerarsi come manifestazione di volontà quando, instauratosi una certa relazione fra le parti, il comune modo di agire o la buona fede impongono l'onere o il dovere di parlare, cosicché il tacere dell'una possa essere inteso come adesione alla volontà dell'altra» (in senso analogo, cfr. Cass., sez. III, 20 febbraio 2004, n. 3403).

²⁹³ Al riguardo, cfr. PATTI S. *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., 230 s.: «la teoria del comportamento concludente serve, quindi, in molti casi a collegare effetti giuridici a degli atteggiamenti omissivi che in base alle circostanze acquistano un certo significato – quello di accettazione – agli occhi di una persona ragionevole (il proponente) ... Il mutamento reso necessario dal comportamento tenuto dal destinatario – al quale è oggettivamente attribuibile il significato di una accettazione – viene realizzato come se voluto da quest'ultimo soggetto».

Tale considerazione induce una parte degli interpreti a negare la stessa natura negoziale del silenzio manifestato dal destinatario della proposta negoziale (ovvero dal proponente originario nel caso di accettazione difforme da parte dell'oblato): la conclusione del contratto non si intende determinata dalla volontà della parte, manifestata mediante comportamento concludente (da intendersi come manifestazione della reale intenzione negoziale del soggetto), ma viene sancita indipendentemente da una volontà conforme della parte chiamata all'accettazione, per giustificare la realizzazione di determinate conseguenze nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti²⁹⁴.

Gli effetti previsti dal programma negoziale, fissati nella proposta (o nell'accettazione difforme) seguita dal silenzio della controparte, vengono quindi imputati al silente sulla base del principio di buona fede, quale sanzione conseguente al disinteresse manifestato dal soggetto che non ha tenuto alcun comportamento attivo per contrastare la percezione di un certo significato del silenzio ad opera della controparte (quello di accettazione della proposta), corrispondente al significato assunto nell'ambiente sociale alla luce delle circostanze del caso concreto²⁹⁵.

Tale considerazione induce una parte della dottrina ad escludere che il silenzio del destinatario della proposta (o della controfferta) possa qualificarsi come manifestazione di volontà, negandone la configurazione in termini di contegno con valore concludente. Nel rigettare la tesi negoziale, si propone una diversa lettura del fenomeno, da intendersi come comportamento idoneo a produrre determinate conseguenze giuridiche, a prescindere dall'effettiva intenzione del soggetto che tace, per effetto della responsabilità riconducibile all'inerzia della parte, alla cui sfera giuridica si ascrive il significato (di accettazione) assunto dal silenzio circostanziato in base al comune modo di intendere²⁹⁶.

²⁹⁴ In tal senso, cfr. PATTI S. *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., 230 s.

²⁹⁵ **Al riguardo**, cfr. PATTI S. *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, cit., 233: l'Autore, pur individuando nella buona fede il fondamento dell'interpretazione del silenzio come accettazione in base all'illazione condotta alla stregua del significato sociale attribuito all'omissione, per cui l'operazione mentale si distacca dalla ricerca dell'effettiva volontà del silente, conclude nel senso della natura negoziale del silenzio.

²⁹⁶ L'eventualità che il silenzio circostanziato non assuma valore di manifestazione (tacita) di volontà è espressamente considerata nella pronuncia Cass., sez. III, 6 giugno 1947, n. 858, cit.: «il silenzio di regola

L'efficacia giuridica del silenzio manifestato dal destinatario della proposta (o della controfferta) si sostanzia nella costituzione del rapporto negoziale, rinveniente la sua fonte nel contratto concluso per effetto del silenzio, secondo il programma contenuto nella proposta (o nella controfferta) cui è seguito il contegno inerte della controparte. La produzione di effetti giuridici nella sfera del silente, non ricollegandosi alla volontà effettiva del soggetto, discende dall'imputazione fondata sui criteri della buona fede e dell'autoresponsabilità, a tutela dell'affidamento ingenerato nella controparte.

La configurazione in termini di comportamento concludente rappresenta, tuttavia, l'opinione più diffusa a livello giurisprudenziale, condivisa anche dalla prevalente dottrina²⁹⁷.

Nell'ambito delle riflessioni sull'efficacia giuridica del contegno omissivo in tema di conclusione del contratto, il silenzio con valore di accettazione, integrando un comportamento concludente, è sovente assimilato alla fattispecie prevista dall'art. 1327 c.c., concernente un modello di formazione dell'accordo tra le parti connotato dalla circostanza per cui l'esecuzione della prestazione non necessita di una preventiva risposta dell'oblato: il silenzio del destinatario della proposta non ostacola la conclusione del contratto, che viene a coincidere con l'inizio dell'esecuzione, quale comportamento suscettibile di determinare il perfezionamento della fattispecie negoziale²⁹⁸.

non significa consenso; può tuttavia in taluni casi essere considerato come manifestazione tacita di volontà, ovvero anche –indipendentemente dalla effettiva intenzione di chi tace, produrre determinate conseguenze giuridiche». Tra le ipotesi in cui il silenzio può assumere valore giuridico a prescindere dalla reale volontà del suo autore, la Corte indica «quando, pur non sussistendo tra le parti l'abitudine di attribuire un significato al silenzio, per la speciale correttezza e buona fede dei loro rapporti, l'una di esse non possa non ritenere come assolutamente certo che nel caso particolare l'altra, tacendo, abbia voluto consentire».

²⁹⁷ Anche la dottrina che ravvisa nel valore concludente del silenzio una corrispondenza al significato sociale assunto dal fatto omissivo, indipendentemente dall'effettiva volontà del soggetto che tace, tende a qualificare il silenzio circostanziato come manifestazione di volontà in base ai principi di autoresponsabilità ed affidamento, nonostante difetti la volontà della manifestazione: sul tema, cfr. STOLFI G. *op. cit.*, 459 ss.

²⁹⁸ Cfr. art. 1327 c.c., rubricato "Esecuzione prima della risposta dell'accettante": «qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione. L'accettante deve dare prontamente avviso all'altra parte della iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno». In ordine ai presupposti necessari per l'applicazione della fattispecie in esame, si evidenzia la sussistenza di "uno specifico interesse del proponente" ad un'immediata esecuzione del contratto, prevalente su quello alla preventiva risposta, non essendo sufficiente la mera esistenza della possibilità di un'immediata esecuzione del contratto stesso

Tale considerazione induce una parte della dottrina a sovrapporre l'ipotesi contemplata dall'art. 1327 c.c. alla figura del silenzio in tema di conclusione del contratto: nel caso regolato dalla disposizione in esame, il silenzio dell'oblatore assume un valore sintomatico, predeterminato in via normativa, rilevante ai fini della conclusione del contratto²⁹⁹.

(in tal senso, cfr. Cass., sez. III, 13 novembre 1970, n. 2401, in *Banca dati Italggiure*). In ordine alla circoscrizione dell'ambito di applicazione della norma in esame alle sole ipotesi in essa contemplate, aventi quindi carattere tassativo, cfr. Cass., S.U., 9 giugno 1997, n. 5139.

²⁹⁹ In tal senso, cfr. CARBONE V. *op. cit.*, 1185 s.: l'Autore considera il dettato normativo contenuto nell'art. 1327 c.c. come un caso di riconoscimento legale della rilevanza giuridica del silenzio ai fini del perfezionamento della fattispecie contrattuale, al pari dell'ipotesi contemplata dall'art. 1333, comma 2, c.c. Tale convincimento è espresso in sede di commento della pronuncia Cass., sez. II, 22 luglio 1993, n. 8191, in *Corr. Giur.*, 1993, 10, 1181 ss.: la fattispecie riguardava l'ipotesi di una proposta di modifica di un contratto di appalto relativo al servizio di pulizia, formulata dal committente, consistente in una diminuzione del corrispettivo originariamente pattuito per la prestazione del servizio, a decorrere dall'anno successivo; l'appaltatore, senza alcuna contestazione, proseguiva nell'esecuzione del servizio, ma in via successiva si rivolgeva al giudice per ottenere la differenza tra il compenso originario e quello invece effettivamente versato dal committente. La Cassazione conferma la decisione del giudice di merito volta all'applicazione dell'art. 1327 c.c., ritenendo che l'accordo sul punto relativo al compenso debba ritenersi formato tra le parti per effetto della pacifica esecuzione del contratto, senza alcuna contestazione, da parte dell'appaltatore (destinatario della proposta di modifica) successivamente al ricevimento della suddetta proposta. Deve osservarsi che la Corte non si pronuncia sull'aspetto relativo al silenzio dell'appaltatore (rappresentato dalla mancata contestazione successivamente al ricevimento della proposta di diminuzione del compenso del servizio): si limita soltanto a riportare le considerazioni svolte nel contesto dei motivi di ricorso, in cui l'argomento relativo all'eventuale rilevanza giuridica del silenzio è evocato in una delle censure articolate dal ricorrente, in cui si deduce l'inconfigurabilità del silenzio serbato dall'appaltatore come accettazione della proposta formulata dal committente. La Cassazione non riprende l'argomento formulato dal ricorrente, limitandosi a confermare la riconducibilità della fattispecie concreta nell'ambito dell'ipotesi prevista all'art. 1327 c.c. (già sostenuta dal giudice di appello). In senso critico nei confronti delle considerazioni svolte dall'Autore sopra citato nel commentare la suddetta pronuncia, cfr. ADDIS F. *op. cit.*, 257: «... non senza qualche preoccupazione deve rilevarsi come spesso la problematica del silenzio venga scambiata, identificata con quella del contegno commissivo non dichiarativo. Solo così è possibile spiegare perché parte della dottrina italiana, ancora di recente, dimostri difficoltà di ordine teorico ed applicativo nel distinguere tra silenzio, quale contegno meramente omissivo e, in particolare, l'inizio di esecuzione di cui all'art. 1327, 1° co., c.c.»; nel commentare la pronuncia in esame (n. 8191/1993), l'Autore ribadisce che la mancata inerenza della *ratio decidendi* al tema del silenzio: «il giudice, correttamente, valuta invece soltanto il comportamento esecutivo, il contegno commissivo della parte, non facendo alcuna menzione, così come non poteva farsi, a questioni relative ad un vero e proprio silenzio» (nt. 6).

La pronuncia sopra riportata è commentata altresì da PEIRANIS D. *op. cit.*, 1568: l'Autore critica la decisione, ritenendola "ambigua" ed "incoerente"; censura, in particolare, la ricostruzione della fattispecie come proposta di modifica del contratto in corso cui segue la pacifica continuazione dell'esecuzione della prestazione. Valorizzando la circostanza per cui veniva in rilievo un rinnovo a condizioni diverse dal contratto originario, l'Autore esclude la configurabilità della fattispecie in termini di proroga contrattuale ed evidenzia che l'art. 1327 c.c. deve intendersi applicato ad un caso di formazione di un nuovo contratto, non ad un'ipotesi di modifica del contratto stesso in corso di esecuzione tra le parti (altrimenti la soluzione accolta dalla Cassazione sarebbe in contrasto con il prevalente orientamento giurisprudenziale volto a circoscrivere l'applicazione della norma in esame ai soli casi in essa previsti).

L'orientamento prevalente si mostra, tuttavia, contrario all'accoglimento dell'impostazione intesa a ricondurre la fattispecie prevista dall'art. 1327 c.c. alla tematica del silenzio, in specie a quella del contegno omissivo con valore positivo, legalmente determinato. La censurata sovrapposizione dimostra una confusione sul piano concettuale, che esprime la difficoltà, di ordine teorico ed applicativo, incontrata nel cogliere la differenza tra due figure distinte, se pure accomunate dall'inerenza al tema relativo alle modalità di formazione del contratto: il silenzio, quale contegno meramente omissivo, e l'inizio di esecuzione *ex art. 1327 c.c.*, consistente invece in un comportamento attivo³⁰⁰.

³⁰⁰ In tal senso, cfr. ADDIS F. *op. cit.*, 257. La distinzione tra "silenzio" ed "inizio di esecuzione", quali ipotesi in rapporto di alternatività, è evidenziata in SINISCALCHI A.M. *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale* in *Rass. dir. civ.*, 1994, 532: l'Autore, evidenziandone la diversità, conclude che «l'una esclude l'altra». In senso analogo, cfr. LENOCI V. *Il silenzio nella conclusione e nell'esecuzione del contratto*, in *Giur. mer.*, 2008, suppl. nn. 7-8, 11.

In merito al dibattito interpretativo relativamente alla qualificazione giuridica del cd. "inizio dell'esecuzione" da parte dell'oblatore, cfr. PEIRANIS D. *op. cit.*, 1564. Tre sono, in particolare, le tesi che si contendono il campo. Secondo una prima impostazione, l'inizio dell'esecuzione rappresenta un'accettazione in forma tacita (in tal senso, cfr. Cass., sez. lav., 7 marzo 1990, n. 1774; in dottrina, cfr. BIANCA C.M. *Diritto civile 3, Il contratto*, cit., 239 s.). Viceversa, secondo una diversa impostazione la figura in esame rappresenta una dichiarazione legalmente tipizzata, consistendo in un comportamento con valore concludente imposto dalla legge (in tal senso, cfr. RAVAZZONI A. *La formazione del contratto*, I, in *Le fasi del procedimento*, Milano, 1973, 373). Le tesi riportate risentono dell'impostazione accolta in tema di ricostruzione della fattispecie *ex art. 1327 c.c.*, configurata come modello di formazione del contratto comunque fondato sull'accordo tra le parti. Una terza tesi considera l'inizio di esecuzione come elemento costitutivo di un'autonoma categoria negoziale (rappresentata dalla fattispecie *ex art. 1327 c.c.* complessivamente considerata), quale il negozio di attuazione, il cui connotato precipuo sarebbe rappresentato dalla realizzazione immediata della volontà del soggetto senza la necessità di una relazione con altri nell'attività negoziale: «preferiamo parlare di attuazione per indicare l'elemento formale di questi negozi. Con questa parola si pone in evidenza la loro nota peculiare, di realizzare immediatamente la volontà del soggetto, di esaurirne l'intento, senza porre l'agente in relazione con altri soggetti: negozi attuativi in contrapposizione ai negozi dichiarativi» (in tal senso, cfr. SANTORO PASSARELLI F. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, IX ed., 1966, 137). Nell'ambito del dibattito dottrinale emerge un'ulteriore ricostruzione della fattispecie prevista dall'art. 1327 c.c.: il comportamento dell'oblatore è configurato come un'ipotesi di ingerenza nell'altrui sfera giuridica, rinveniente la sua vincolante regolamentazione nel precetto predisposto dallo stesso soggetto nella cui sfera giuridica è avvenuta l'ingerenza (in tal senso, cfr. SACCO R. *Il contratto*, cit., 68 ss.). Il contrasto interpretativo sulla natura giuridica del comportamento esecutivo nella fattispecie prevista dall'art. 1327 c.c. induce una parte della dottrina a concentrarsi sul ruolo assunto dall'elemento in questione nell'ambito della fattispecie normativa, evidenziandone l'attitudine a sostituirsi alla dichiarazione di accettazione, determinando la semplificazione del meccanismo di formazione dei contratti: «... il legislatore può anche stabilire, come nell'ipotesi dibattuta, che, ricorrendo determinati presupposti idonei a garantire la soddisfazione degli interessi delle parti (e specificamente del proponente), l'adesione all'accordo contrattuale si realizzi attraverso un mero contegno esecutivo. Che, in questo meccanismo formativo, tiene allora in tutto il luogo, ma non può per questo assimilarsi nella

La non sovrapposibilità tra le due figure è altresì legata alla percezione del ruolo effettivo rivestito dal silenzio (integrato dall'assenza di una preventiva risposta dell'oblato) nell'ambito della fattispecie prevista dall'art. 1327 c.c.: il silenzio non vale a perfezionare la fattispecie contrattuale, che viceversa si ritiene formata nel momento in cui si verifica l'inizio dell'esecuzione; il contegno inerte dell'oblato è preso in considerazione, viceversa, come presupposto di applicazione della disposizione normativa in esame (implicito nel requisito rappresentato dall'interesse del proponente all'esecuzione immediata della prestazione, senza necessità di una preventiva risposta dell'oblato).

Il “silenzio” e l’“inizio di esecuzione” rappresentano, quindi, ipotesi distinte, eventualmente assimilabili sotto il profilo della natura giuridica, integrando un comportamento concludente, se pure in forma diversa dal punto di vista materiale, atteso il carattere commissivo della condotta rappresentata dall’ “inizio di esecuzione”³⁰¹.

struttura, della dichiarazione (accettazione) con cui si partecipa il proprio intento di contrarre» (cfr. SCOGNAMIGLIO R. *op. cit.*, 115).

³⁰¹ In merito al carattere comune delle ipotesi in questione, rappresentato dalla configurazione in termini di comportamento concludente, cfr. SINISCALCHI A.M. *op. cit.*, 533. Occorre, tuttavia, precisare che non sempre il suddetto dato è idoneo ad accomunare le ipotesi in rilievo: sussistono dei casi, infatti, in cui il silenzio non assume il valore di contegno incluso nell'ambito di un comportamento concludente (ad esempio, ove il significato di accettazione attribuito al silenzio derivi da una convenzione - preesistente - tra le parti, qualificandosi come manifestazione espressa di volontà e, quindi, come dichiarazione: al riguardo, cfr. *supra*, § 2.2).

Capitolo III

IL SILENZIO COME OMESSA COMUNICAZIONE DI CIRCOSTANZE NELLA FASE ANTECEDENTE LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO: QUALIFICAZIONE E CONSEGUENZE GIURIDICHE

1. Il silenzio come omessa comunicazione di circostanze: ipotesi in rilievo e prospettive di inquadramento.

1.1. La portata del silenzio nella fase antecedente la conclusione del contratto. Definizione della problematica giuridica: gli strumenti di tutela della parte che subisce il silenzio altrui

Il silenzio può interessare la fase preordinata alla conclusione del contratto sotto un ulteriore profilo, diverso dall'aspetto relativo all'attitudine del comportamento a realizzare il perfezionamento della fattispecie negoziale: in particolare, può sostanziarsi nella mancata comunicazione di circostanze che la controparte avrebbe interesse a conoscere per addivenire alla decisione di concludere il contratto ovvero accettare i termini del programma negoziale³⁰².

In tale prospettiva, il silenzio indica il comportamento omissivo tenuto nella fase antecedente la stipula del contratto, durante le trattative ovvero nel corso del procedimento di formazione del negozio: può manifestarsi, pertanto, anche in un momento precedente alla formulazione della proposta contrattuale³⁰³.

Il contegno inerte assume un significato autonomo rispetto al silenzio serbato dall'oblato (o dal proponente originario a fronte della controfferta dell'oblato): non si identifica nell'omessa dichiarazione di volontà ma nella mancata comunicazione di circostanze, di

³⁰² Al riguardo, cfr. VISINTINI G. *op. cit.*, 1: il silenzio in considerazione evoca l'ipotesi consistente «nell'aver taciuto una circostanza che altri, con cui si accinge a stipulare un contratto, ha interesse a conoscere».

³⁰³ Diversamente, la problematica del silenzio come manifestazione di volontà può venire in rilievo soltanto a seguito della formulazione di una proposta negoziale (al riguardo, cfr. BARASSI L. *op. cit.*, 118).

fatto o di diritto, inerenti al programma negoziale che le parti si accingono a comporre e tradurre in atto mediante la conclusione del contratto.

L'oggetto del comportamento omissivo è quindi diverso rispetto all'ipotesi esaminata dagli studiosi che si sono interessati alla problematica giuridica del silenzio, tradizionalmente circoscritta al profilo concernente il perfezionamento della fattispecie negoziale: l'omissione verbale riguarda, infatti, elementi di ordine fattuale ovvero giuridico, destinati ad entrare nel contenuto del programma negoziale, e ne determina la mancata conoscenza in capo alla controparte, che viceversa avrebbe interesse ad acquisire tali informazioni³⁰⁴. L'interesse nasce, in particolare, dall'incidenza dei fattori (taciuti da una delle parti e quindi ignorati dalla controparte) sulla determinazione della controparte a concludere il contratto alle condizioni fissate dal programma comune.

L'interesse vantato dal soggetto è quindi collegato alla sua libertà di autodeterminazione negoziale, suscettibile di lesione per effetto della mancata conoscenza imputabile alla condotta omissiva dell'altra parte.

L'interesse conoscitivo, che vale quindi a circoscrivere la rilevanza giuridica del silenzio integrante una lesione alla sfera giuridica della controparte, discende dal valore essenziale della circostanza taciuta ai fini dell'assunzione della determinazione negoziale ad opera del soggetto interessato: non tutti i fattori inerenti al contratto da concludere devono necessariamente essere portati a conoscenza della controparte; il silenzio assume rilievo circoscritto soltanto a determinate circostanze, non comunicate dalla parte, che rivestono un ruolo essenziale per la formazione in capo alla controparte della decisione di stipulare il contratto alle condizioni fissate nel programma negoziale³⁰⁵.

³⁰⁴ In merito all'esigenza di distinguere la tematica del silenzio come mancata comunicazione di circostanze che la controparte avrebbe interesse a conoscere e la problematica del silenzio come manifestazione tacita di volontà, cfr. PARRELLA A. *La reticenza nei negozi giuridici*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, 373 s.: in tale prospettiva, l'Autore preferisce alludere ai due temi utilizzando espressioni diverse per indicare l'omissione verbale, contrapponendo la reticenza (evocante l'ipotesi della mancata comunicazione di situazioni di fatto e di diritto) al silenzio (che rimanda alla questione concernente la manifestazione di una volontà negoziale). In senso analogo, cfr. SOLIDORO MARUOTTI L. *op. cit.*, 39 s.: l'Autore evidenzia la prospettiva parziale accolta dagli studiosi che si sono occupati del tema del silenzio, tradizionalmente circoscritto al problema del silenzio nella conclusione del contratto.

³⁰⁵ In ordine alla delimitazione del silenzio suscettibile di rilievo in base all'interesse conoscitivo della controparte, cfr. VISINTINI G. *op. cit.*, 1. In merito al carattere essenziale della circostanza taciuta, da

L'oggetto dell'omissione verbale vale ad incidere sulla natura giuridica del contegno inerte in considerazione, determinandone l'estraneità alla materia delle manifestazioni di volontà: il silenzio in questione non ha valore negoziale ma resta un mero fatto umano, se pure suscettibile di realizzare determinate conseguenze sul piano giuridico.

Il problema giuridico del silenzio in questione non attiene, quindi, alla sua qualificabilità in chiave negoziale legata alla configurabilità del contegno omissivo come comportamento concludente discendente dall'interpretazione del fatto come manifestazione di volontà.

La sua efficacia sul piano giuridico non corrisponde, pertanto, alla realizzazione degli effetti fissati nel programma negoziale definiti dal proponente (o dall'oblato in caso di accettazione non conforme alla proposta iniziale): il silenzio in questione non rileva quindi come fatto costitutivo di un rapporto giuridico, con assunzione dei relativi diritti ed obblighi derivanti dal contratto concluso per effetto del silenzio.

L'efficacia giuridica del contegno inerte tenuto nell'ambito delle trattative discende, invece, dalla sua qualificazione come comportamento *contra ius*: l'illiceità dell'inerzia deriva dalla configurazione del silenzio come violazione di un dovere di carattere giuridico³⁰⁶.

Tale violazione consiste, in particolare, nel mancato adempimento degli obblighi informativi incombenti sulla parte che viceversa ha taciuto.

L'efficacia giuridica del silenzio risulta quindi collegata all'esigenza di tutela della parte pregiudicata per effetto del silenzio altrui: involge, pertanto, il piano dei rimedi invocabili dal soggetto leso.

intendersi sia in senso oggettivo che, a determinate condizioni, in senso pure soggettivo, cfr. TARDIA I. *Buona fede ed obblighi di informazione*, in *Rass. dir. civ.*, 742 ss.: «occorrerà ... comunicare alla controparte tutti quegli elementi essenziali che appaiono determinanti del consenso nel quadro del progettato regolamento di interessi, essenzialità che potrà essere tanto oggettiva quanto soggettiva. Sono infatti circostanze oggettivamente essenziali quelle relative alla prestazione considerata in sé e per sé, mentre sono da intendersi come soggettivamente essenziali quelle che costituiscono la ragione esclusiva o principale della determinazione della parte, purché siano state rivelate alla controparte ovvero manifestino in modo palese questa loro natura» (p. 742).

³⁰⁶ In merito alla configurazione del silenzio come fatto illecito, discendente da un obbligo di parlare che risulta violato per effetto del contegno omissivo del soggetto silente, cfr. TRABUCCHI A. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 496.

La questione giuridica si sostanzia nell'individuazione dei mezzi di tutela esperibili dalla parte e dei relativi presupposti di invocazione.

L'indagine mira a verificare la natura dei rimedi attivabili, in particolare l'incidenza degli stessi esclusivamente sul piano della responsabilità, con conseguente salvezza del contratto stipulato dalle parti, o viceversa l'estensione al profilo della validità del contratto stesso.

Le ricadute sul piano della validità dell'atto possono interessare il rimedio dell'annullamento o, viceversa, la sanzione della nullità.

La questione investe due profili distinti.

In primo luogo, l'incidenza del contegno inerte sul piano dell'invalidità negoziale concerne l'attitudine del silenzio ad integrare la fattispecie del dolo in forma omissiva, suscettibile di determinare l'annullamento del contratto *ex art.* 1439 c.c.

Le ricadute del silenzio sulla validità del contratto stipulato dalla parte che versava in uno stato di ignoranza possono assumere una diversa fisionomia nell'ambito dei contratti di consumo: il riconoscimento su base normativa del diritto all'informazione in favore del consumatore, quale parte debole del rapporto intercorrente con il professionista, impone l'esigenza di verificare se il silenzio, integrando una violazione del diritto del consumatore imputabile al professionista che ha serbato un contegno inerte omettendo di informare la controparte, possa rappresentare una condotta integrante violazione di una norma imperativa, suscettibile di determinare una forma più grave di invalidità del contratto, quale la nullità in favore del consumatore³⁰⁷.

Il silenzio può assumere rilevanza sotto un ulteriore profilo, limitatamente ad alcune tipologie di contratti (tra cui, in particolare, la vendita): integra il presupposto di applicazione della normativa in materia di garanzia per i vizi del bene, oggetto del

³⁰⁷ Il tema è stato affrontato espressamente nella materia dei servizi finanziari: in merito ai rapporti tra la responsabilità precontrattuale e la nullità virtuale in caso di violazione di un obbligo informativo, cfr. PROSPERI F. *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)* in *Contratto e impresa*, 2008, 4/5, 944 ss.

contratto, qualora l'inazione verbale abbia per oggetto l'esistenza dei suddetti vizi, che l'alienante omette di comunicare all'acquirente prima della stipula del contratto³⁰⁸.

Il contegno inerte del venditore, che tace al compratore i vizi del bene, legittima quest'ultimo ad avvalersi della garanzia *ex artt.* 1490 ss. c.c., avente un duplice contenuto. La parte legittimata può scegliere tra due diverse azioni: la risoluzione del contratto, intesa a determinare lo scioglimento del rapporto, oppure la riduzione del prezzo, volta alla conservazione del negozio (e del bene).

Quest'ultima fattispecie rappresenta l'ipotesi paradigmatica di rilevanza giuridica del silenzio: non occorre, infatti, la ricorrenza di elementi aggiuntivi (di tipo materiale), né specifiche connotazioni soggettive del contegno inerte per radicare la legittimazione della parte lesa all'attivazione del rimedio in esame, a differenza dei casi precedenti, in cui il silenzio rappresenta solo uno dei fattori concorrenti, su cui devono innestarsi condizioni ulteriori per consentire l'invocazione dello strumento di tutela.

1.2. *La connotazione soggettiva del silenzio: ipotesi in rilievo*

Nello svolgimento delle trattative e del procedimento di formazione del contratto, il silenzio serbato da una parte può assumere forme diverse, a seconda della connotazione soggettiva del contegno inerte.

Il silenzio può indicare l'intenzione di tacere circostanze ignorate dalla controparte, che questa avrebbe interesse a conoscere: l'omissione verbale viene, quindi, ad integrare un'ipotesi di reticenza, connotata da un atteggiamento volontario del soggetto che omette di parlare³⁰⁹.

Il contegno inerte si sostanzia in un silenzio intenzionale: la volontà di tacere presuppone la conoscenza della circostanza oggetto della mancata comunicazione³¹⁰.

³⁰⁸ Cfr. art. 1490 c.c.: «*il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa*». La medesima regola è altresì prevista in relazione ai contratti di donazione (art. 798 c.c.) e nella locazione (artt. 1578-1581 c.c.).

³⁰⁹ In merito alla nozione di reticenza, quale "silenzio consapevole ed intenzionale", cfr. SOLIDORO MARUOTTI L. *op. cit.*, 40.

³¹⁰ In merito alla necessaria conoscenza della circostanza taciuta da parte del silente, quale presupposto di configurazione del carattere intenzionale del silenzio, cfr. PARRELLA A. *op. cit.*, 374.

Il silenzio non corrisponde, quindi, alla mera condotta di chi tace: acquista una dimensione ulteriore, consistendo nell'atto di celare una situazione, di fatto o di diritto, che la controparte avrebbe interesse a conoscere³¹¹.

La reticenza può, a sua volta, inserirsi in una fattispecie complessa, venendo ad integrare un vizio del consenso manifestato dalla controparte, che versa in uno stato di ignoranza per effetto della mancata comunicazione delle circostanze inerenti al contratto: il silenzio intenzionale, ove connotato da un'attitudine ingannatoria, può determinare nella controparte una falsa rappresentazione della realtà, venendo ad incidere sul processo di formazione della decisione negoziale³¹².

Il silenzio intenzionale può quindi concorrere al radicamento di una fattispecie di dolo, configurata in forma omissiva³¹³.

Il silenzio può altresì indicare l'omessa comunicazione di circostanze per difetto di conoscenza da parte del soggetto silente: questa ipotesi fuoriesce dall'ambito della reticenza, difettando la connotazione intenzionale della condotta di omissione verbale.

Il silenzio assume carattere colposo ove la mancata conoscenza da parte del silente sia imputabile a sua negligenza: l'omessa comunicazione riguarda situazioni che la parte avrebbe dovuto conoscere, ed invece ha colpevolmente ignorato³¹⁴.

³¹¹ In tal senso, cfr. PARRELLA A. *op. cit.*, 374: «... la reticenza non è soltanto il tacere, ma è il celare, l'occultare, il nascondere, il dissimulare». La dimensione aggiuntiva collegata alla reticenza rispetto al semplice silenzio discende dalla sua peculiare connotazione soggettiva: «il celare ... equivale a compiere un atto di coscienza e volontà ... ».

³¹² In merito all'attitudine della reticenza a rappresentare una forma speciale di dolo omissivo, cfr. MESSINEO F. *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 568. In senso analogo, cfr. DE POLI M. *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza: da Alberto Trabucchi alla stagione della "trasparenza contrattuale"* in *Riv. dir. civ.*, 2011, 5, 686: l'Autore evidenzia che il silenzio e la reticenza non valgono di per sé ad integrare il dolo, dovendo inserirsi in una fattispecie complessa, ossia «all'interno di un comportamento di più vasta portata».

³¹³ In merito alla configurabilità del dolo omissivo, cfr. CARRESI F. *Il contratto* in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU A. – MESSINEO F., continuato da MENGONI L., MILANO, 1987, XXI, t. I, 466 ss.

³¹⁴ In tal senso, cfr. PARRELLA A. *op. cit.*, 383 s.: l'Autore osserva che ricorre un'ipotesi distinta dalla reticenza in senso proprio (avente carattere necessariamente intenzionale) ove il silenzio derivi dalla mancata conoscenza della circostanza, qualora il soggetto versi «... in colpa per non aver usato della ordinaria prudenza e comune diligenza per rendersi conto di tale situazione».

Viceversa, il contegno inerte assume la fisionomia di silenzio semplice, qualora la mancata comunicazione derivi dal difetto di conoscenza non imputabile al soggetto silente³¹⁵.

Alle distinte forme di silenzio prospettabili nella fase precontrattuale corrisponde una diversa rilevanza del comportamento omissivo sul piano giuridico, che investe la natura del rimedio invocabile dalla controparte, pregiudicata per effetto dell'inerzia altrui³¹⁶.

La reticenza può condurre alla responsabilità del soggetto silente, conseguente alla violazione dell'obbligo di informare la controparte nella fase delle trattative. Il medesimo effetto può interessare l'ipotesi del silenzio colposo, ove l'ignoranza del soggetto silente riguardi una circostanza che lo stesso avrebbe dovuto conoscere: tale soluzione discende dall'assimilazione, su base normativa, delle distinte forme di silenzio colpevole, quanto al profilo delle conseguenze giuridiche³¹⁷.

Nell'ambito del dibattito interpretativo è emersa una tesi volta a proporre una ricostruzione in chiave autonoma della portata assunta dalla reticenza nell'ambito dei contratti di consumo, ove l'omessa comunicazione sia riconducibile alla figura del professionista: si è tentato, in particolare, di ricostruire la reticenza come causa di nullità del contratto, configurando le previsioni in tema di obblighi informativi a carico del professionisti come norme imperative, ed il silenzio intenzionale del professionista come

³¹⁵ Al riguardo, cfr. PARRELLA A. *op. cit.*, 374: l'Autore configura come "semplice silenzio" l'ipotesi in cui «... manchi nel soggetto la scienza della circostanza da lui taciuta e la intenzione di tacerla ...», escludendo che possa ricondursi alla nozione di reticenza in senso proprio. In senso analogo, cfr. VISINTINI G. *op. cit.*, 157: l'Autore evidenzia il carattere "incolposo" del mero silenzio.

³¹⁶ In merito ai rimedi invocabili dalla parte in relazione alle diverse ipotesi di silenzio serbato dalla controparte, cfr. GALLO P. *op. cit.*, 645: l'Autore individua due ordini di conseguenze derivabili dal silenzio, ossia la responsabilità precontrattuale (artt. 1337-1338 c.c.) e l'annullamento del contratto per dolo (art. 1439 c.c.).

³¹⁷ Tale ipotesi ricorre nel caso previsto dall'art. 1338 c.c.: *«la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto»*. La reticenza, connotata dal carattere intenzionale del silenzio, è equiparata, sul piano delle conseguenze giuridiche, all'ipotesi dell'omissione verbale colposa, rappresentata dalla mancata comunicazione delle circostanze colpevolmente ignorate dalla parte (che avrebbe dovuto conoscerle): l'equiparazione sul piano del trattamento giuridico si sostanzia nella possibilità per la parte lesa di agire, anche nel caso di silenzio colposo, al fine di ottenere il risarcimento del danno; l'assimilazione del silenzio intenzionale a quello colposo è limitata, ai sensi del citato art. 1338 c.c., ad una specifica categoria di circostanze, oggetto dell'omessa comunicazione, rappresentate dalle situazioni idonee ad integrare una causa di invalidità del contratto.

condotta integrante una violazione di norma imperativa suscettibile di determinare la nullità del contratto *ex art.* 1418 c.c. Tale soluzione è stata, tuttavia, rifiutata in sede giurisprudenziale, confermando l'impostazione tradizionale, che circoscrive la rilevanza giuridica della reticenza al piano della responsabilità³¹⁸.

Diversamente, nel caso in cui la reticenza si inserisca in una fattispecie complessa suscettibile di integrare gli estremi del dolo (negativo), la parte pregiudicata può invocare il rimedio dell'annullamento, ove per effetto del comportamento complessivo dell'agente si sia determinata a concludere un contratto che non avrebbe stipulato se fosse stata a conoscenza delle circostanze viceversa taciute dalla controparte.

Viceversa, il mero silenzio assume un rilievo assai circoscritto sul piano giuridico: la tutela della parte pregiudicata (riconducibile alla garanzia per i vizi del bene) risulta, infatti, limitata all'omessa comunicazione di specifiche circostanze, tassativamente indicate dalla legge, nell'ambito di determinate tipologie contrattuali³¹⁹.

2. Il silenzio come volontà di tacere circostanze sconosciute alla controparte

2.1. La reticenza: nozione e base normativa

La reticenza consiste nella volontà di tacere una circostanza nota al soggetto silente, che la controparte avrebbe interesse a conoscere: rappresenta un'ipotesi di silenzio colpevole, connotato dall'intenzionalità della condotta di omissione verbale.

La reticenza non rinviene un'espressa definizione sul piano normativo: è menzionata nella parte dedicata alla disciplina di una specifica fattispecie negoziale, quale il contratto di assicurazione³²⁰. In tale contesto, il comportamento omissivo oggetto di disciplina è riferito ad uno solo dei contraenti (l'assicurato); è valutato come causa di annullamento del contratto o viceversa di recesso dal rapporto, a seconda della connotazione soggettiva

³¹⁸ In tal senso, cfr. Cass., S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

³¹⁹ In merito alla rilevanza giuridica del silenzio, anche non colpevole, circa l'esistenza dei vizi del bene nell'ambito della disciplina sulla garanzia nel contratto di compravendita, cfr. VISINTINI G. *op. cit.*, 157 ss.

³²⁰ Cfr. artt. 1892 c.c. (rubricato *dichiarazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave*) e 1893 c.c. (*dichiarazioni inesatte e reticenze senza dolo o colpa grave*) contenuti nel capo dedicato al contratto di assicurazione.

del contegno reticente (con o senza dolo o colpa grave). In particolare, la condotta omissiva è equiparata, sul piano normativo, al comportamento attivo (dichiarazioni inesatte alla controparte) quanto alle conseguenze giuridiche derivabili dal fatto umano.

La reticenza risulta altresì evocata nel titolo dedicato ai contratti in generale, se pure non espressamente menzionata: l'art. 1338 c.c., nel regolare le conseguenze discendenti dalla mancata notizia alla controparte circa l'esistenza di una causa di invalidità del contratto che la parte conosce (o dovrebbe conoscere), rimanda infatti al concetto di reticenza, cui assimila il silenzio colpevole per ignoranza imputabile a negligenza della parte.

La reticenza ha visto, nel corso dell'evoluzione del dibattito interpretativo, ampliare notevolmente il suo ambito operativo: superando l'orientamento tradizionale che ne circoscriveva l'applicazione alle sole ipotesi tassativamente previste dalla legge, si è prospettato un allargamento dei suoi confini applicativi in base alla clausola generale della buona fede: l'art. 1337 c.c., nel l'imporre alle parti di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative, è stato interpretato come base normativa idonea a determinare la sussistenza di un obbligo generico di informare la controparte, quale precipitato del dovere di buona fede³²¹.

Tale impostazione tende a svilupparsi sul dato rappresentato dalla qualificazione giuridica della reticenza, da intendersi come violazione di un obbligo informativo, valorizzandone la portata generale fondata sulla clausola della buona fede³²².

2.2. *Qualificazione giuridica: violazione degli obblighi informativi*

La configurazione della reticenza come violazione di un obbligo informativo impone di delimitare l'ambito operativo del dovere in questione, definendo le circostanze che il soggetto è tenuto a comunicare alla controparte: l'obbligo informativo non può, infatti,

³²¹ In ordine alla buona fede quale base normativa della rilevanza giuridica della reticenza nell'ambito della fase delle trattative negoziali, cfr. GALLO P. *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto* in *Riv. dir. civ.*, 2002, 2, 244. In merito all'evoluzione dell'orientamento interpretativo in ordine all'ambito operativo della reticenza, cfr. VISINTINI G. *op. cit.*, 2 ss.

³²² In ordine alla configurazione della reticenza come violazione di un obbligo informativo, cfr. GRISI G. *op. cit.*, 82 s.

intendersi esteso a qualsivoglia situazione la cui conoscenza sarebbe utile per la controparte, ma soltanto alle circostanze cd. essenziali.

Tale limitazione discende dall'esigenza di contemperare l'obbligo informativo, sussistente in capo alla parte in forza del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative, e l'onere di diligenza in capo alla controparte, che impone alla stessa di attivarsi con diligenza nell'acquisizione delle informazioni necessarie per addivenire alla conclusione del contratto.

Tali circostanze non vengono individuate in maniera esaustiva: gli interpreti preferiscono definirle mediante l'individuazione di caratteri generali, ritenuti particolarmente significativi per il loro valore paradigmatico³²³.

Tali caratteri sono rappresentati dal valore essenziale per la controparte, inteso in senso oggettivo (concernente la prestazione in sé considerata) ovvero soggettivo (relativo alle ragioni che determinano il soggetto a concludere il contratto, ove rivelate alla parte o percepibili in ragione del loro carattere palese). La ricorrenza del carattere essenziale della circostanza va quindi valutata nel caso concreto. Si esclude che vi rientri la convenienza economica dell'affare ovvero i motivi della parte a contrarre³²⁴.

³²³ Al riguardo, cfr. TARDIA I. *op. cit.*, 741 ss.

³²⁴ In tal senso, cfr. TRABUCCHI A *Dolo*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 151 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ADDIS F. *Lettera di conferma e silenzio*, Napoli, 1999;
- ALPA G. *La codificazione del diritto dei consumatori* in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 6, 241 ss.;
- ASCOLI A. *Il dolo come causa di annullamento dei contratti*, in *Giur. it.*, 1910, I, 2, 443;
- BARASSI L. *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1964;
- BAZZANI S. *Precario* in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 146;
- BENATTI F. *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963;
- BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 2° rist.;
- BETTI E. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949;
- BIANCA C.M. *Diritto civile 1, La norma giuridica- I soggetti*, Milano, 1990;
- BIANCA C.M. *Diritto civile 3, Il contratto*, Milano, 1987;
- BIANCA C.M., *Diritto civile 4, L'obbligazione*, Milano, 1995;
- BIANCA C.M. *Diritto civile 6, La proprietà*, Milano, 1999;
- BIANCA C.M. *Dell'inadempimento delle obbligazioni, art. 1218-1229* in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA A. –BRANCA G., II ed., Bologna-Roma, 1979;
- BIGLIAZZI GERI L. *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, 1988, 154;
- BISEGNA U. *Tolleranza (Atti di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 400;
- BOBBIO N. *Consuetudine (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 438;
- BONFANTE P. *Il silenzio nella conclusione dei contratti* in *Scritti giuridici vari*, Torino, 1926, III, 150 ss.;
- BONFANTE P. *I rapporti continuativi e il silenzio*, in *Scritti giuridici vari*, Torino, 1926, III, 207;
- BORGNA G. *Del silenzio nei negozi giuridici*, Cagliari, 1901;
- BUSNELLI F.D. *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 5, 537;
- CABELLA PISU L. *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983;

- CARBONE V. *Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso* in *Corriere giuridico*, 1993, 1181 ss.;
- CARIOTA FERRARA L. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949;
- CARRESI E. *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Studi in onore di Antonino Cicu*, Milano, 1951, I, 171;
- CARRESI E. *Il contratto* in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni*, Milano 1987, XXI, t. 1;
- CARRESI F. *Precario (diritto civile)* in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1976, 558;
- CASTIGLIA G. *Silenzio (dir. priv.)* in *Enc. giuridica*, XXVIII, Roma, 1992, 1 ss.;
- CASTIGLIA G. *Dichiarazione* in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1;
- CUFFARO V. *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1265;
- D'AMICO G. *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto* in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.;
- DALIA C. *Le aggressioni contrattuali al patrimonio: reticenza e lesione della libertà negoziale*, Napoli, 2004;
- DE MARTINI A. *In tema di silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Foro italiano*, 1950, I, 582;
- DE MARTINO F. *Del possesso* in *Commentario del Codice Civile*, diretto da SCIALOJA A. –BRANCA G., Bologna-Roma, 1955;
- DE POLI M. *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza: da Alberto Trabucchi alla stagione della "trasparenza contrattuale"* in *Riv. dir. civ.*, 2011, 5, 647 ss.;
- DE POLI M. *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002;
- DI GIOVANNI F. *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998;
- DONATUTI G. *Il silenzio come manifestazione di volontà*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, a cura di G. GROSSO, Milano, 1930, IV, 459 ss.;
- FALCO G. *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010;
- FERRARO G. *Acquiescenza, V, Acquiescenza del lavoratore* in *Enc. giur.*, Roma, 1 s.;

- FERRERO E. *“Dichiarazione espressa”, “dichiarazione tacita” e autonomia privata*, Torino, 1974;
- FERRI G.B. *La nozione di contratto* in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI E., Torino, 1999, V;
- FRANCIOSI L.M. *Trattative e due diligence tra culpa in contrabendo e contratto*, Milano, 2009;
- FUNAIOLI C.A. *Dolo (diritto civile)* in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 745;
- GABBA C. F. *Del silenzio nel diritto civile* in *Nuove questioni di diritto civile*, I, Torino, 1912, 89;
- GALGANO F. *Il contratto*, II ed., Padova, 2011;
- GALLO P. *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, 655;
- GALLO P. *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie* in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, 295 ss.;
- GALLO P. *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto* in *Riv. dir. civ.*, 2002, 2, 239 ss.;
- GAZZONI F. *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003;
- GHEZZI G. *Cortesia (prestazioni di)* in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 1048;
- GIANPICCOLO G. *Note sul comportamento concludente*, in *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano, 1961, 99;
- GIORGI G. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1925;
- GRASSI U. *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996;
- GRECO P., *Della proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, III, Torino, 1968;
- GRISI G. *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990;
- GORETTI M.S. *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982;
- GORLA G. *Il contratto*, Milano, 1955;
- LA TORRE A. *Silenzio (diritto privato)* in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XIII, 543;
- LENOCI V. *Il silenzio nella conclusione e nell'esecuzione del contratto*, in *Giur. mer.*, 2008, suppl. nn. 7-8, 6;

- LIPARI M. *Proroga in generale a) Diritto privato* in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXVII, 400;
- MARICONDA V. *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 2, 230 ss.;
- MERUZZI G. *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002;
- MERUZZI G. *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, Padova, 2002;
- MESSINEO F. *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo*, Milano, 1968, XXI;
- MESSINEO F. *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957;
- MIRABELLI G. *Dei contratti in generale*, Torino, 1961;
- MUSY A.M. *Il dovere di informazione*, Trento, 1999;
- ORMANNI A. *Forma del negozio giuridico* in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1061, VII, 555 ss.;
- OSILIA E. *Sul silenzio come dichiarazione di volontà* in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 1 ss.;
- PACCHIONI G. *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, 23;
- PARRELLA A. *La reticenza nei negozi giuridici*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, 371;
- PATTI S. *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Il contratto: silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, I, 227;
- PATTI S. *Tolleranza (atti di)* in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 701;
- PATTI S. *Profili di tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978;
- PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 2;
- PATTI S. *Acquiescenza: I diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1;
- PATTI S., *Vervirkung*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1995, 729;
- PAVONE LA ROSA A. *Consuetudine f) Usi normativi e negoziali* in *Enc. dir.*, IX, 1961, Torino, 514;

- PEIRANIS D. *Il silenzio, seguito da esecuzione, ha lo stesso valore nella conclusione di un contratto nuovo e nel rinnovo, con modifiche, di un contratto esistente?* in *Giur. it.*, 1994, 6, 1562;
- PEROZZI S. *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, 509;
- PIAZZA G. S. *La convalida tacita in diritto privato*, Napoli, 1980;
- PROSPERI F. *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)* in *Contratto e impresa*, 2008, 4/5, 944;
- PROTETTI E. *Le azioni possessorie*, Milano, 1989;
- RANELLETTI O. *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XIII, 1892, 3 ss.;
- RAVAZZONI A. *La formazione del contratto*, I, in *Le fasi del procedimento*, Milano, 1973;
- RESCIGNO P. *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998;
- RESCIGNO V. *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1996;
- ROLLI R. *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contr. e impr.*, 2000, 206;
- ROMAGNOLI U. *Sulla rilevanza della reticenza del prestatore di lavoro* in *Giur. it.*, 1970, I, 1,1066;
- ROMANO S., *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 168;
- ROPPO V. *Contratto* in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1989, IV, 87;
- ROPPO V. *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 536;
- ROPPO V. *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond e Tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 6, 624;
- ROSSI M.G. *Correttezza precontrattuale e sollecitazione all'investimento: la responsabilità da collocamento di strumenti finanziari*, Napoli, 2007;
- RUFFOLO U. *Tutela possessoria delle servitù non apparenti ed «atti di tolleranza» nel quadro delle teoriche (e ideologie) del possesso*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 368;

- SACCO R. *Silenzi*o in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, Agg., 2012;
- SACCO R. *La buona fede nella teoria degli atti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949;
- SACCO R. *Il contratto* in *Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli*, Torino, 1975, VI;
- SALIS A. *In tema di "patientia" del creditore* in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 177;
- SANTORO PASSARELLI F. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, IX ed., 1966;
- SCALISI V. *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, Milano, XXV, 476;
- SCARDIGNO M. S. *Il valore del silenzio all'interno del rapporto contrattuale* in *Giur. it.*, 1998, 6, 1117 (controlla se è prima pagina);
- SEGRE G. –MONTEL A., *Il possesso* in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, V, t. 4, Torino, 1956;
- SCHLESINGER P. *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, 371;
- SCIALOIA V. *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, Roma, 1885;
- SCOGNAMIGLIO R. *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari – Dei requisiti del contratto art. 1321-1352*, Bologna - Roma, 1970;
- SCOZZAFAVA O.T. *Onere (nozione)* in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 109;
- SEGNI M. *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972;
- SICCHIERO G. *Tolleranza* in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1992, XIX, 371;
- SMIROLODO A. *Scadenza del termine, tolleranza e dilazione da parte del creditore: "mora debendi" ed eccezione di inadempimento* in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 781;
- SOLIDORO MARUOTTI L. *Gli obblighi di informazione a carico del venditore: origini storiche ed attuali*, Napoli, 2007;
- SRAFFA A. *L'accettazione delle fatture e il silenzio* in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, 27;
- STOLFI G. *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961 rist.;
- TAFARO L. *Forniture non richieste: valore negoziale del silenzio e procedimenti formativi del contratto* in *Notariato*, 2008, 6, 619;
- TARDIA I. *Buona fede e obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale* in *Rassegna diritto civile*, 2004, 724;

- TIKARLI S. *Tolleranza del creditore e presunzione di acquiescenza* in *I contratti*, 2003, 10, 874;
- TRABUCCHI A. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937;
- TRAVI A. *Silenzi e conclusione dei contratti* in *Giurisprudenza italiana*, 1953, I, 2, 73;
- TRIMARCHI P. *Istituzioni di diritto privato*, XVII ed., Milano, 2007;
- TROIANO R., DEL NINNO A. *La conclusione del contratto*, Torino, 2004;
- VALENTINO D. *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999;
- VENTURELLI A. *Mero invio di merce non ordinata*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 2, 131 ss.;
- VIGHI A. *Considerazioni sulla dichiarazione tacita della volontà*, Camerino, 1889;
- VISINTINI G. *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972;
- VIVANTE C. *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1926;
- VITUCCI P. *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968.