

GLI ELEMENTI SOGGETTIVI DEL CONTRATTO

2. Il contratto unilaterale

- 2.1 Il silenzio
- 2.2 Analisi logica
- 2.3 Il contratto con obbligazioni del solo proponente
- 2.4 Analisi logica

2. Il contratto unilaterale

L'espressione 'contratto unilaterale' è un ossimoro, vuoi che si intenda il contratto come accordo, vuoi come rapporto, poiché entrambe le entità postulano la presenza di due parti. Essa, tuttavia, va intesa in senso non letterale, come contratto che si forma per volontà di una sola parte, come accade nel contratto con se stesso, nel contratto con obbligazioni del solo proponente, nell'accettazione tramite silenzio.

Mentre le prime due figure sono codificate, la terza no, sicché conviene muovere da questa, anche perché è proprio l'analisi del silenzio che dimostra come il contratto non si formi per volontà di uno solo. Il silenzio, in passato, non era idoneo a valere come manifestazione di volontà negoziale, essendo inteso come fatto puramente negativo, quindi privo di significato e di valore. Questa idea risale all'epoca del codice di commercio, al cui art. 36 era accolto il c.d. principio di cognizione, secondo il quale il contratto si perfeziona solo nel momento in cui il proponente abbia conoscenza dell'accettazione, principio ora trasfuso nell'art. 1326 c.c. L'accoglimento di tale principio, secondo una parte della dottrina, aveva come significato l'esclusione dell'ammissibilità, nell'ordinamento, del silenzio con valore di consenso.

L'idea che il silenzio fosse sempre un fatto privo di significato è probabilmente il retaggio di una tradizione culturale ancora legata alla civiltà della parola e al dogma della sua insostituibilità. Tale opinione, tuttavia, non considera che la parola, da un lato, è già in parte sostituita dai sempre più diffusi messaggi segnaletici di cui si avvale la civiltà delle immagini, dall'altro non è sempre garanzia di chiarezza e genuinità del pensiero che con essa si intende esprimere, potendo a volte rivelarsi oscura o incongrua non meno del silenzio. In realtà, il concetto di silenzio è certamente più ampio e articolato del semplice fatto di chi si astiene dall'emettere parole o suoni. Questo, infatti, è un dato esteriore, ma non basta a specificare gli atteggiamenti che, nei singoli casi, può assumere l'inazione verbale o sonora. In sostanza, quindi, un atteggiamento silente non esclude la possibilità

che, proprio attraverso quell'atteggiamento, il soggetto abbia voluto manifestare una qualche volontà e, quindi, per quel che qui interessa, anche una volontà di tipo negoziale.

Accanto al superamento dell'equiparazione sul piano empirico tra il silenzio e il nulla, si pone l'evoluzione della teoria del negozio giuridico, i cui approdi permettono di riconoscere nel silenzio, a certe condizioni, la struttura logica dell'esercizio del potere di autonomia privata.

2.1 Il silenzio

Poiché le manifestazioni di volontà possono avvenire a mezzo dichiarazioni o comportamenti, simmetricamente il silenzio è l'assenza di una dichiarazione o di un comportamento, ossia la pura inerzia. In quanto tale esso dovrebbe essere privo di rilevanza negoziale, poiché il soggetto che tace non manifesta alcuna volontà. Né tale significato può essergli attribuito dall'interprete, poiché il silenzio, a differenza del comportamento concludente, si sostanzia in un contegno di per sé neutro ed equivoco. Il principio secondo il quale il silenzio non equivale a consenso, espresso dal brocardo *qui tacet neque negat neque utique fatetur*, si riduce pertanto ad una mera tautologia: l'assenza di una qualsiasi manifestazione di volontà non costituisce manifestazione di volontà.

Tale principio è recepito dall'ordinamento giuridico, sia nazionale, che sovranazionale.

L'art. 66-quinques, comma 1 del codice del consumo stabilisce che *“Il consumatore è esonerato dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta di beni, acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale o di prestazione non richiesta di servizi, vietate dall'articolo 20, comma 5, e dall'articolo 26, comma 1, lettera f), del presente Codice. In tali casi, l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito a tale fornitura non richiesta non costituisce consenso”*.

L'art. 18, comma 1 della convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci, ratificata con legge n. 765 del 1985, stabilisce che *“Una dichiarazione o altro comportamento del destinatario che indicano il consenso ad un'offerta, costituiscono accettazione. Il silenzio o l'inazione, da soli, non possono valere come accettazione”*.

L'art. 2.1.6 dei principi Unidroit prevede che *“Una dichiarazione od altro comportamento tenuto dal destinatario indicante il suo consenso ad un'offerta costituisce accettazione. Il silenzio o l'inerzia, di per sé, non equivalgono ad accettazione”*.

Eppure, a fronte di un panorama granitico, svariate sono le situazioni in cui il silenzio assume rilevanza negoziale.

Una consolidata massima giurisprudenziale afferma che il silenzio valga consenso quando *«per legge, per patto, per una consuetudine vigente, ovvero per il sistema invalso tra le parti e alla stregua delle regole di correttezza, il soggetto ha il dovere di parlare e se ne astiene»*.

Legge, autonomia privata e consuetudine non possono imporre al silenzio un significato che non ha, ma possono ricollegare allo stesso gli effetti del consenso, possono cioè semplificare la fattispecie contrattuale e sancire la sufficienza di una sola manifestazione di volontà.

Nei casi in cui il valore di consenso viene attribuito al silenzio in ossequio alle regole di correttezza o in virtù dell'esigenza di tutelare l'affidamento di una parte ingenerato dal comportamento dell'altra, viene in rilievo un comportamento concludente, di cui il silenzio costituisce una componente. In ordine a tale ipotesi ricorre una massima giurisprudenziale secondo cui *«affinché il silenzio possa assumere il valore negoziale di consenso, occorre o che il comune modo di agire o la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, impongano l'onere o il dovere di parlare, o che, secondo un dato momento storico e sociale, avuto riguardo alla qualità delle parti e alle loro relazioni di affari, il tacere di una possa intendersi come adesione alla volontà dell'altra»*.

Questo materiale ermeneutico può essere sistemato in una classificazione binaria:

- a) silenzio significativo, quando una fonte normativa, oggettiva o soggettiva, attribuisce al silenzio valore di assenso o di rigetto;
- b) silenzio non significativo, quando è l'interprete, sulla base di una ricostruzione del significato del complessivo comportamento della parte, a riconoscere al silenzio valore negoziale.

Le due situazioni vanno esaminate separatamente.

Nel codice civile sono disseminate varie disposizioni in materia contrattuale che conferiscono al silenzio il significato di consenso o approvazione, ovvero, più raramente, di rifiuto.

- l'art. 789, comma 3, che attribuisce alla mancanza di contestazioni nel giudizio di scioglimento della comunione valore di approvazione del progetto di divisione;
- l'art. 1236, che attribuisce al silenzio del debitore l'effetto di conservare l'effetto estintivo dell'obbligazione prodotto dalla rimessione del debito operata dal creditore.
- l'art. 1333, comma 2, secondo cui il contratto con obbligazioni del solo proponente è concluso se il destinatario della proposta non la rifiuta nel termine previsto;
- l'art. 1341, comma 2, che attribuisce al silenzio dell'aderente il valore di rifiuto di approvazione delle clausole vessatorie.
- l'art. 1399 comma 4, secondo il quale la ratifica del contratto concluso dal *falsus procurator* deve intendersi negata in caso di silenzio dell'interessato nel termine assegnatogli dal terzo contraente;
- l'art. 1520, comma 3, secondo il quale, nella vendita con riserva di gradimento, la cosa si considera di gradimento del compratore se la cosa stessa si trova presso di lui e questi non si

esprima nel termine previsto dal contratto o dagli usi ovvero, in mancanza, nel termine stabilito dal venditore.

- l'art. 1665 commi 3 e 4, che attribuisce valore di accettazione dell'opera appaltata alla omissione da parte del committente della verifica o della comunicazione del suo risultato all'esecutore, nonché alla ricezione senza riserve della consegna dell'opera;
- l'art. 1712, comma 2, secondo cui il silenzio del mandante, al quale sia stata comunicata l'esecuzione del mandato, implica approvazione dell'opera del mandatario, anche se questi non ha rispettato le istruzioni ricevute;
- l'art. 1823 comma 2, in base al quale, nel contratto di conto corrente, se alla scadenza del conto non viene richiesto il pagamento, il saldo esistente si considera quale prima rimessa di un nuovo conto, e il contratto si intende rinnovato a tempo indeterminato;
- l'art. 1832, comma 1, che considera approvato l'estratto conto per effetto del silenzio mantenuto oltre il termine previsto;
- l'art. 1926, comma 5, ai sensi del quale il silenzio dell'assicurato vale come adesione alla proposta dell'assicuratore di modificare il contratto nel caso di cambiamento di professione dell'assicurato che incida sull'economia del rapporto.

A tali casi occorre aggiungere le ipotesi contemplate dalla normativa complementare, tra cui spiccano la rinnovazione tacita dei contratti di durata e lo *ius variandi* del prestatore di servizi bancari.

L'art. 126-sexies, comma 2 del testo unico bancario, ammette che il contratto quadro possa prevedere che la proposta unilaterale di modifica delle condizioni contrattuali sia ritenuta "*accettata dall'utilizzatore a meno che questi non comunichi al prestatore dei servizi di pagamento, prima della data prevista per l'applicazione della modifica, che non intende accettarla*"; in questo caso la comunicazione contenente la proposta di modifica specifica che in assenza di espresso rifiuto la proposta si intende accettata, e che il destinatario ha diritto a recedere senza spese dal contratto prima della data prevista per l'applicazione della modifica stessa. L'art. 118, comma 2 prescrive che ogni modifica unilaterale delle condizioni contrattuali ad opera della banca deve essere comunicata espressamente al cliente con preavviso minimo di due mesi, e che la modifica si intende approvata ove questi non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione.

Altre disposizioni del codice civile riconoscono al silenzio efficacia giuridica al di fuori della conclusione dei contratti:

- l'art. 329, che si riferisce al godimento dei beni dopo la cessazione dell'usufrutto legale da parte dei genitori esercenti la potestà sui figli minori "*senza procura ma senza opposizione*";

- l'art. 481, secondo il quale chiunque vi abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria di fissare un termine per l'accettazione dell'eredità da parte del chiamato, con la perdita del diritto di accettare l'eredità in caso di mancata dichiarazione entro il termine stabilito;
- l'art. 485, comma 3, secondo cui trascorso il termine entro il quale il chiamato all'eredità, che è nel possesso dei beni ereditari e che ha compiuto l'inventario, non delibera se accettare o rinunciare all'eredità, egli si considera erede puro e semplice;
- l'art. 650 c.c., secondo il quale chiunque vi abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria di fissare un termine per l'accettazione dell'eredità da parte del chiamato, con la perdita del diritto di accettare il legato in caso di mancata dichiarazione entro il termine stabilito;
- l'art. 2301, comma 2, in tema di divieto di concorrenza in una società in nome collettivo, secondo cui l'inerzia degli altri soci vale consenso, quando l'esercizio dell'attività o la partecipazione ad altra società preesisteva al contratto sociale e gli altri soci ne erano a conoscenza.

Le ipotesi di semplificazione dell'effetto contrattuale, riguardino l'intero contratto o una sua parte, sono caratterizzate non dalla mancanza dell'accordo, bensì dall'assenza della dichiarazione di volontà di uno dei contraenti. Esse segnano i confini dei contratti rispetto agli atti unilaterali, ammettendosi l'esistenza che, in particolari situazioni, l'accordo venga ad esistenza in mancanza di accettazione. A tale conclusione si perviene anche distinguendo le fattispecie di effetto legale di accettazione da quelle in cui il comportamento dell'oblato assume valore di accettazione in virtù di un meccanismo, pur legalmente imposto, che si inserisce su un comportamento di per sé suscettibile di assumere questo significato, come nell'ipotesi di cui all'art. 1327, che non riposa sull'inerzia, ma esige la realizzazione di una precisa condotta, piena di significato.

Si è osservato che anche quando in capo al contraente nasce un onere di parlare, il valore del silenzio dipende non tanto da una sua inedita espressività, di cui anzi continuerebbe ad essere sprovvisto, quanto semmai proprio dalla presenza di un simile dovere, che non inciderebbe sul valore semantico del comportamento omissivo, risultando tuttavia idoneo a rovesciarne i normali effetti. Insomma, se il silenzio produce gli effetti di una manifestazione di consenso allorché riposi su un comando giuridico anteriore (legale, convenzionale o consuetudinario) che a questa lo equipari, ciò dovrebbe significare, in altre parole, che in tali casi una manifestazione di consenso non è in realtà necessaria al fine di produrre quei dati effetti.

Tuttavia, come si vedrà trattando dell'art. 1333, il dogma del negozio giuridico può essere salvaguardato, interpretando correttamente il significato del silenzio all'interno della fattispecie costitutiva.

Tali considerazioni possono essere riproposte allorché è l'autonomia privata ad assegnare un determinato valore al silenzio, ben potendo le parti regolare i loro futuri contratti prevedendo

schemi di formazione dell'accordo semplificati, in cui il silenzio, inserito nella cornice di un rapporto commerciale non occasionale, valga come consenso.

Al di fuori dei casi in cui siano la legge, gli usi o un contratto normativo ad attribuire al silenzio il significato di dichiarazione negoziale, esso può assumere il valore di manifestazione di volontà quando cada in contesti tali da renderlo significativo. Tale figura, riconducibile ai comuni principi contrattuali, è denominata 'silenzio circostanziato'. La rilevanza del silenzio circostanziato non è desumibile dalla mera inosservanza di un onere, variamente fondato, di parlare, specie ove si consideri che detta inosservanza può anche essere involontaria, potendo il soggetto restare silente per errore, trascuratezza, impossibilità. Essenziale ai fini della attribuzione al silenzio del significato di consenso è, invece, il comportamento complessivo tenuto dal soggetto, da valutarsi in relazione alle circostanze.

La casistica giurisprudenziale si sviluppa prevalentemente con riferimento al silenzio che impatti su un rapporto contrattuale già in essere, onde valutare se lo stesso possa valere come consenso alla modifica chiesta dalla controparte.

La prima ipotesi si verifica quando un contraente comunichi una modifica, ampliativa della propria posizione o restrittiva di quella altrui, e la controparte resti inerte. La giurisprudenza esclude la rilevanza del silenzio in quanto tale, ma riconosce valore di accettazione se si accompagna a un comportamento positivo, di sostanziale adesione. I giudici di legittimità applicano il suddetto principio nell'ambito dei contratti di lavoro subordinato, rispetto ai quali non basta che il datore di lavoro stabilisca unilateralmente una modifica del rapporto e che il lavoratore la subisca senza contestarla: un simile atteggiamento è ritenuto compatibile con la volontà del soggetto di far valere le proprie ragioni al momento dello scioglimento del rapporto medesimo. Ciò in ragione della situazione di soggezione economica in cui versa il lavoratore, che impedisce di valutare il silenzio con lo stesso metro con cui si attribuiscono effetti negoziali al comportamento inerte tenuto nell'ambito di altri contratti. Per contro, nel contratto di appalto, la proposta del committente di una riduzione del corrispettivo si intende accettata qualora l'appaltatore non risponda, ma continui a prestare l'opera pattuita: pur escludendo, in linea di principio, che il silenzio dell'appaltatore possa valere come consenso, in ragione della soggezione economica dell'appaltatore (piccola impresa di servizi di pulizia all'interno di stabilimenti di una multinazionale), ha tuttavia ritenuto che la continuazione del servizio appaltato valesse come comportamento concludente. Nello stesso senso la pronuncia con cui in un contratto di agenzia, pur in presenza di una lettera della società proponente che aveva comunicato la riduzione della percentuale della provvigione pattuita, l'agente continuava a svolgere le proprie mansioni: la suprema Corte ha dato rilievo non tanto alla prosecuzione dell'attività da parte dell'agente, quanto al fatto che questi aveva effettuato più

comunicazioni alla società proponente, senza mai fare cenno o contestare l'avvenuta riduzione, pur avendo possibilità e interesse ad opporsi, valutando il comportamento complessivo come tacita accettazione¹.

Una seconda ipotesi è la mancata contestazione delle fatture per opere e prestazioni recanti l'importo dovuto. Anche in questo caso la giurisprudenza esclude che il silenzio di per sé implichi consenso, ma se concorrono circostanze, oggettive e soggettive, che gli attribuiscono univoco significato è ritenuto accettazione del prezzo e riconoscimento della conformità all'accordo. Ad esempio l'inerzia del committente di fronte dell'invio di fatture e numerose lettere di sollecito da parte dell'esecutore dei lavori dalle quali risultava la diversità della prestazione effettuata o il diverso importo del prezzo, valutata unitamente alla circostanza che tra le medesime parti il rapporto era proseguito, è stata qualificata come accettazione².

Ultima ipotesi è il silenzio serbato da un contraente a fronte del comportamento tenuto dalla controparte in obiettivo contrasto con i doveri derivanti dal rapporto in essere. Detto contegno omissivo viene interpretato in termini di mancata opposizione, atta a giustificare il ritardo o l'inadempimento della controparte e, addirittura, preclusivo dell'azione di risoluzione. Le conseguenze di tale orientamento risaltano nei contratti ad esecuzione periodica (es. locazione), per i quali la reiterata non opposizione diventa regola anche per i ritardi futuri che, fino a nuova manifestazione da parte del creditore, sono reputati inadempimenti a far operare la clausola risolutiva espressa e le altre conseguenze dell'inadempimento.

Parte della dottrina critica questo orientamento, perché sfornito di base positiva: il credito non può estinguersi per effetto del silenzio dell'avente diritto, conservando questi la possibilità di pretendere in qualsiasi momento l'adempimento. Altra parte della dottrina interpreta la mancata contestazione da parte del creditore della inesattezza della prestazione in termini di acquiescenza, la quale, solo se rinnovata nello svolgimento del rapporto, può assumere il limitato significato negoziale di accettazione di una variazione dell'originario rapporto contrattuale.

Il fondamento della ricostruzione della rilevanza del silenzio in tutte le ipotesi indicate è il principio di buona fede.

Il silenzio circostanziato, anche quando sia qualificato da una clausola negoziale, è figura distinta dal silenzio contemplato da un contratto normativo, poiché la clausola fa parte dello stesso regolamento del caso concreto, quindi entra nel complesso delle circostanze oggettive da considerare nell'interpretazione del comportamento del contraente.

In un caso riguardante il diritto alla provvigione del mediatore non iscritto al ruolo, previsto dalla legge 3 febbraio 1989, n. 39, la suprema Corte lo ha riconosciuto presupposto che il contratto di

¹ Cass. 15 gennaio 1973 n. 126.

² Cass. 12 aprile 1977, n. 1367.

mediazione si fosse tacitamente rinnovato successivamente all'entrata in vigore della predetta legge: *«il rinnovo – di trimestre in trimestre – del contratto, non era infatti automatico, ma richiedeva, al contrario, una manifestazione tacita di volontà: il silenzio, cioè, a fronte dell'onere della disdetta, che lo stesso contratto poneva a carico delle parti perché l'effetto rinnovativo ne fosse invece impedito. Orbene, tale manifestazione tacita di volontà (o silenzio-circostanziato, come definito in dottrina) si è tradotta, di volta in volta, in un nuovo accordo negoziale, ancorché avente lo stesso contenuto di quello inizialmente concordato: come univocamente è 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), riguardo ai quali sarebbe stato, evidentemente, giuridicamente irrilevante accertare invece l'assenza di essi al momento della iniziale stipulazione»*³.

Il riferimento ai vizi del consenso conferma la natura negoziale della manifestazione *per silentium*, fermo restando che una valutazione su di essi presuppone positivamente conclusa l'indagine sulla idoneità del silenzio a integrare la dichiarazione contrattuale.

2.2 Analisi logica

È piuttosto chiara la difficoltà a maneggiare il tema del silenzio, peraltro comune agli altri rami dell'ordinamento. Si rende necessario, dunque, l'uso di strumenti logico-scientifici.

Il punto di partenza dell'analisi è il concetto naturalistico di silenzio, che, indiscutibilmente, appartiene alla categoria dei comportamenti omissivi. Infatti, solo ipotizzando che in luogo del silenzio sia possibile un comportamento alternativo, che ha natura di azione (nella specie una dichiarazione), il silenzio può interessare l'ordine giuridico, atteso che nessun effetto giuridico può essere riferito a una persona per un comportamento che non poteva essere diverso da quello che è stato.

L'omissione è stata considerata un'entità fisiologica o, all'opposto, un'entità meramente psichica, intellettualistica ovvero anche volutaristica. Secondo altre concezioni l'omissione ha una realtà fisica, ma esclusivamente naturalistica: si risolverebbe, secondo i diversi punti di vista, in un'inerzia, nella mancata adozione del comportamento alternativo. Secondo la teoria più recente, infine, l'omissione è un concetto normativo, che implica il riferimento ad un giudizio normativo e ad un contenuto naturalistico e la cui caratteristica consiste appunto in un rapporto di contraddizione fra il comportamento effettivamente tenuto e la norma che prevede l'obbligo di un comportamento diverso.

³ Cass. 15 aprile 1998, n. 3803.

Il riferimento normativo è il solo che può chiarire perché il comportamento omissivo può produrre effetti giuridici: omettere significa ‘non fare qualcosa di determinato’, non già ‘non fare’. L’omissione si risolve in un giudizio, formulato in base ad una norma ed avente ad oggetto un comportamento. Quindi il silenzio, più che un comportamento di omissione, è omissione di un comportamento.

Diversamente da quanto accade in diritto penale, la presenza di una norma che qualifica il comportamento non è sufficiente a riconoscerlo come manifestazione di volontà. In materia contrattuale, e più generale negoziale, lo schema non è fatto-norma-effetto ma potere-norma-effetto. Un parallelismo con il diritto amministrativo, però, non è del tutto convincente, poiché in quell’ordinamento il silenzio è sempre qualificato, esistendo un generale dovere per la pubblica amministrazione di provvedere in modo espresso, ancorché solo in alcuni casi vi sia una tipizzazione legale dell’omissione. Nel diritto privato i soggetti sono liberi di agire o non agire, sicché la regola è che l’inerzia è non esercizio del potere di autonomia negoziale.

Si intuisce da queste notazioni preliminari come lo snodo decisivo della tematica sia nell’elemento intermedio dello schema logico: la norma.

I comportamenti tipizzati dal legislatore o da contratti normativi, rispondono al seguente schema.

Silenzio tipizzato

| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
|-----------------|---------------------------------|--------------------------|
| Silenzio | Norma di legge o privata | Effetto giuridico |

Si tratta di un’inferenza deduttiva, in cui il silenzio è di per sé qualificato come dichiarazione di volontà, prevalentemente nel significato di accettazione. La caratteristica di tali fattispecie è che i due passaggi necessari per la conclusione del contratto (idoneità del comportamento a integrare una manifestazione di volontà, in particolare un atti costitutivo del consenso; individuazione del modello giuridico di formazione dell’accordo) sono unificati.

In tali ipotesi si tratta solo di stabilire se la presunzione legale sia compatibile con la natura negoziale della fattispecie, poiché all’interprete è sottratta la possibilità di accertare se il silenzio integri una manifestazione di volontà tacita. Ogniqualvolta una fonte normativa assegna al silenzio il valore di consenso, il contratto o il patto si conclude in base a un congegno specifico, estraneo all’art. 1326, ancorché esteriormente ricalchi il modello dello scambio tra proposta e accettazione.

Per risolvere tale questione è però preliminare studiare l’altra figura di silenzio, quello non tipizzato, onde individuare a quali condizioni l’inerzia possa essere considerata quale

manifestazione di volontà contrattuale, per poi verificare se tali condizioni sussistono nelle ipotesi tipizzate.

Silenzio non tipizzato

| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
|--------------------------------|--|----------------------------|
| Silenzio circostanziato | Artt. 1362 e 1366 c.c. Regole sociali | Accettazione tacita |

| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
|---|-----------------------|--------------------------|
| Proposta Accettazione tacita | Art. 1326 c.c. | Effetto giuridico |

Il primo passaggio è strutturalmente analogo a quello che si compie per accertare l'esistenza di una manifestazione di volontà indiretta, con la particolarità che, venendo in rilievo come elemento costitutivo del comportamento concludente un'omissione e non un'azione, cambiano le regole di inferenza (leggi sociali e massime di esperienza). Si tratta dunque di accertare se il silenzio circostanziato sia stato tenuto consapevolmente e volontariamente e sia incompatibile con un significato diverso da quello di convergenza con la proposta.

La premessa epistemologica è che l'inerzia non è equiparabile al nulla, poiché è uno stato di inazione, meglio di mancata reazione all'altrui proposta, che a certe condizioni – sia pure eccezionalmente – può indicare la volontà di non respingerla. Dette condizioni sono individuate sulla base di alcuni criteri:

- i rapporti tra le parti, che delineano la cornice in cui si inserisce il silenzio;
- l'andamento della trattativa, da cui può evincersi se le parti hanno inteso attribuire al silenzio, nella fase finale della contrattazione, valore di accettazione;
- l'interesse negoziale, suscettibile di riempire di significato il silenzio.

Sono criteri riconducibili a massime di esperienza del mondo degli affari. Nelle massime di esperienza non rientrano i detti popolari, come “chi tace acconsente”, le quali non hanno sufficiente fondamento induttivo.

I criteri sopra indicati vanno misurati anche alla luce della teoria dei giochi: la rilevanza del silenzio è coerente con la componente cooperativa del gioco contrattuale, meno con quota competitiva. Chi è in competizione per raggiungere il punto di equilibrio più favorevole non resta inerte, la accetta se la ritiene favorevole e la rifiuta se non la ritiene favorevole. Qualora, tuttavia, il punto di equilibrio è stato raggiunto, in quanto il massimo che si poteva ottenere è stato ottenuto, l'inerzia potrebbe indicare accettazione.

Dal punto di vista giuridico, il fondamento della rilevanza negoziale del silenzio è nell'art. 1362, che prescrive all'interprete di ricercare la comune intenzione delle parti indagando non solo il senso letterale delle parole (qui assenti), ma anche il loro comportamento complessivo. Il silenzio circostanziato è un comportamento.

Originariamente, nella concezione soggettiva tedesca, il concetto di 'comportamento' nasce per inquadrare nella teoria dell'atto giuridico le condotte che, pur non presentando quell'impulso di volontà proprio del negozio giuridico, inteso come atto dispositivo giuridicamente rilevante, sono caratterizzate da un contenuto psichico preminente. Il 'comportamento' è quindi inteso come ogni fatto o atteggiamento dell'uomo che abbia un contenuto psichico (per esempio, oltre che un atto di volontà, un fatto di sentimento o di conoscenza).

In Italia il concetto ha avuto un percorso meno nitido, tendendo comunque a contrapporsi agli atti come espressione di volontà giuridicamente rilevante. In diritto privato ci si rifà al comportamento concludente o al comportamento complessivo in difetto di una volontà chiara ed esplicitamente dichiarata. In diritto penale il comportamento designa l'elemento materiale del reato (azione ed omissione), in contrapposizione all'aspetto psicologico. In diritto amministrativo il comportamento definisce quelle figure piuttosto marginali in cui l'oggettivo operare degli organi amministrativi produce conseguenze giuridiche, mancando provvedimenti o espresse dichiarazioni di volontà.

Anche in questi usi terminologici si osserva una sensibile tendenza ad oltrepassare o, quanto meno, ad allargare la categoria dell'atto in una categoria più generale; ma, in divergenza dalla tendenza soggettivistica originaria della dottrina tedesca, diventa preponderante il momento oggettivo e materiale dell'operare umano. Bisogna però ripetere che si tratta di accezioni oscillanti e spesso accidentali, le quali non riescono a catturare un concetto univoco e costante, valido per tutti i campi del diritto. Allo stato si è ancora ben lontani da una teoria giuridica generale del comportamento.

Per contro, la teoria del comportamento ha avuto un forte sviluppo nelle scienze umane e sociali (psicologia e sociologia). In queste concezioni domina nettamente la considerazione dell'aspetto oggettivo e materiale dei fatti dell'uomo, considerazione che in ogni caso si concentra sul corpo umano e sulle sue manifestazioni di moto o di quiete. L'interesse è rivolto non verso qualunque fatto fisico del corpo, ma verso quei fatti in cui il corpo umano, operando come organismo vivente e animato, rivela processi caratteristici della vita umana; e, sebbene i fenomeni rivelatori siano necessariamente corporei e materiali, non si esclude che i fenomeni rivelati possano avere carattere non strettamente materiale. Questa, così schematicamente definita, è l'impostazione generale di uno dei più importanti e diffusi indirizzi del pensiero moderno, il comportamentismo di origine americana (*behaviorism*); per il quale, quindi, comportamento è ogni fatto di vita oggettivamente osservabile in un organismo o in un insieme di organismi dentro determinate situazioni ambientali.

È di grande interesse per il giurista lo sforzo compiuto dal comportamentismo moderno, scientifico e filosofico, per mostrare come fenomeni caratteristicamente umani, per esempio il linguaggio, possano essere isolati (e studiati più esattamente) sullo stretto piano oggettivo, prescindendo dai loro correlati psichici. Certo, il linguaggio non solo esiste soggettivamente, come fenomeno psichico di associazione e di ideazione, ma esiste anche oggettivamente come comportamento significativo e simbolico, capace di rivestire secondo i canoni di una determinata lingua un senso indipendente dalle rappresentazioni degli individui. Avviene spesso che i due modi di esistenza, soggettivo e oggettivo, del linguaggio si trovino in certa misura separati. Dal punto di vista giuridico, l'importanza di questa situazione sta in ciò che, essendo tutte le dichiarazioni giuridicamente rilevanti fatti di linguaggio, per ciascuna di esse è da stabilire se nell'attribuzione del significato il diritto faccia leva sulle rappresentazioni della coscienza individuale o sui comportamenti socialmente osservabili.

Prevalsa quest'ultima impostazione, si aprono le porte per assegnare significato al silenzio, quando accompagnato da circostanze che lo fanno uscire dall'ambiguità.

L'altra disposizione che fonda la rilevanza contrattuale del silenzio è l'art. 1366, il quale, oltre a contrastare tendenze formalistiche nell'interpretazione della condotta negoziale, impone l'interprete di attribuire alle manifestazioni di una parte il significato oggettivo in cui la controparte poteva e doveva ragionevolmente intenderle, secondo le regole della buona fede. Se la condotta di chi tace ingenera un affidamento nella controparte sull'accettazione, questo affidamento è tutelato. L'art. 1366 prescrive che quando è sleale negare il valore del silenzio, questo deve intendersi come accettazione.

Qualificato il silenzio come accettazione, esso si inquadra nell'art. 1326 c.c. e, alla stregua di qualsiasi comportamento concludente, determina la conclusione del contratto allorquando sia pervenuto nella sfera di conoscenza del proponente. Ciò accade quando costui abbia notizia della scadenza del termine o del comportamento che accompagna il silenzio sulla proposta.

Occorre verificare se il silenzio sia compatibile con gli altri modelli di formazione dell'accordo.

Il silenzio è incompatibile con l'art. 1227 c.c., dove figura come mero presupposto perché acquisti autonoma rilevanza la fattispecie di conclusione del contratto integrata dalla esecuzione della prestazione, ma non ne è elemento costitutivo.

Il silenzio è incompatibile con l'art. 1332 c.c., poiché, essendo la proposta fatta in *incertam personam*, l'accettazione non può avvenire tramite l'inerzia, ma necessita di un'adesione, diretta all'organo costituito all'uopo.

Il silenzio è incompatibile con i contratti reali, poiché questi si perfezionano con la consegna, che supera l'eventuale silenzio serbato dal contraente.

Il silenzio è incompatibile con i contratti *self-service* e automatici, la cui conclusione avviene a seguito di comportamento commissivo.

Poiché il silenzio non ha un contenuto, esso non pare poter integrare la proposta. Si può accettare, tacendo, l'altrui proposta, non già proporre tacendo. Esiste però un caso in cui il silenzio può assumere il valore di proposta. A fa una proposta, B fa una controproposta (tramite accettazione non conforme), comunicando ad A che, qualora egli restasse silente sulla propria controproposta, egli avrebbe preso in considerazione la proposta originaria. A non risponde e il suo silenzio vale come nuova proposta, avente lo stesso contenuto di quella originaria, non accettata da B. In tal modo l'inerzia può valere come proposta perché trae il contenuto da una pregressa dichiarazione di volontà che giuridicamente non ha più rilievo, ma che storicamente ha un determinato contenuto recepito da A attraverso il silenzio. A questa ricostruzione si potrebbe obiettare che A potrebbe non avere più intenzione di rinnovare la proposta, ma è proprio l'inerzia a escludere questa interpretazione.

Nell'ordinamento sovranazionale il silenzio trova più facilmente ingresso, perché i procedimenti di conclusione del contratto sono caratterizzati da un minore formalismo.

Come visto, la Convenzione sui contratti per la vendita internazionale di beni mobili esclude che il silenzio vale «di per sé», ma proprio tale formulazione, insieme al principio di libertà della forma (art. 11), permettono tuttavia una diversa valutazione dell'inerzia, legata essenzialmente al riscontro di un certo uso in vigore fra i contraenti o insorto in un particolare contesto commerciale (artt. 9, commi 1 e 2), oppure ad inequivocabili indicazioni desumibili dal comportamento tenuto dalle parti soprattutto nella fase delle trattative (art. 8, commi 2 e 3).

Altre volte l'accettazione espressa può essere soppiantata da un comportamento concludente, quale la spedizione della merce o il pagamento del prezzo, ma dottrina e giurisprudenza reputano altresì idonei, fra gli altri, pure l'imballaggio della merce secondo le indicazioni del compratore, l'approvvigionamento o l'avvio della produzione della stessa, l'apertura di un credito documentario ottenuta dal compratore o la lavorazione, da parte di quest'ultimo, della merce ricevuta.

L'art. 18, comma 2 stabilisce che, anche qualora l'accettazione avvenga tramite comportamento concludente, essa non produce effetti fintantoché l'autore dell'offerta non ne sia portato a conoscenza.

L'art. 18, comma 3 deroga – in presenza di determinate condizioni (come l'inserimento nella proposta di clausole del genere «*ship immediately*», «*rush shipment*», «*procure for me without delay*») – a tale prescrizione – precisa che se è l'offerta (o un uso instauratosi fra le parti o del commercio internazionale) ad ammettere specificatamente che l'oblato possa manifestare la sua accettazione attraverso un comportamento concludente, senza però darne al contempo notizia al

proponente, allora l'accettazione diverrà efficace già nel momento in cui questo atto è compiuto, purché ciò avvenga entro il termine fissato dal proponente stesso o, in mancanza, entro un termine ragionevole ai sensi del precedente comma 2.

Anche la giurisprudenza internazionale ha un approccio liberale nell'ammettere i comportamenti concludenti e, tra questi il silenzio. Le stesse Sezioni Unite ricordano che: *«Nella materia dei traffici commerciali internazionali, il diritto oggettivo nascente da Convenzioni internazionali e la giurisprudenza formatasi in relazione ad esso hanno elevato a strumento di esternazione del consenso, con specifico riferimento alla deroga alla giurisdizione, il comportamento concludente dei contraenti, considerandolo idoneo equipollente della duplicità di sottoscrizioni sul documento recante clausola attributiva di giurisdizione. Viene in proposito in considerazione l'art. 17 della Convenzione di Bruxelles. [...] Risulta quindi espressamente riconosciuto dalla Convenzione il principio della rilevanza degli usi del commercio internazionale, e, in particolare, della rilevanza, ai fini della proroga di competenza, delle forme alternative dai detti usi previste, e cioè anche di forme non implicanti il rispetto della forma scritta (richiesta dall'art. 17, per comune opinione della giurisprudenza della Corte di giustizia e della dottrina, ad substantiam), come accade nel caso di usi che attribuiscono rilevanza ai comportamenti concludenti delle parti»⁴.*

Poi evocano la giurisprudenza della Corte di giustizia: *«Nel suindicato senso si è espressa la giurisprudenza della Corte di giustizia. Va in particolare ricordata la sentenza 20/2/1997 in causa C-106/95, Mainschiffahrts, che ha ritenuto validamente stipulato un patto di deroga attribuendo rilevanza al silenzio serbato da una parte di fronte all'invio di un documento (lettera di conferma o fattura) recante la menzione del foro competente, in presenza di un uso, nel settore del commercio internazionale in cui operano le parti, che tale comportamento concludente preveda come modalità idonea alla formazione del consenso. Va altresì menzionata la sentenza 16/3/1999 in causa C-159/97 Trasporti Castelletti, resa in fattispecie in cui veniva in esame proprio la validità di una clausola attributiva di competenza inserita in una polizza di carico e non espressamente accettata, secondo cui l'art. 17, primo comma, lettera c), deve essere interpretato nel senso che il consenso dei contraenti alla clausola attributiva di competenza si presume esistente se il comportamento tenuto dalle parti corrisponde ad un uso vigente nel settore del commercio internazionale in cui operano le parti, se queste ultime conoscevano quest'uso o avrebbero dovuto conoscerlo».*

Le tendenze liberali del diritto sovranazionale si palesano nella materia dei contratti commerciali, tra operatori del settore.

⁴ Cass. sez. un., 17 gennaio 2005, n. 731.

Nel settore dei contratti del consumatore il legislatore comunitario è più rigido: la fornitura non richiesta di un prodotto non è ritenuta idonea ad integrare quella «risposta» in senso tecnico di cui all'art. 15 della direttiva n. 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali.

2.3 Il contratto con obbligazioni del solo proponente

L'art. 1333 c.c. contempla un modello alternativo di conclusione del contratto nell'ipotesi in cui il rapporto giuridico contrattuale non sia sinallagmatico, ma preveda obbligazioni in capo ad una sola parte, indicata come proponente. Detta disposizione è interpretata nel senso che non soltanto gli effetti obbligatori derivanti dal contratto, ma anche gli eventuali effetti dispositivi o estintivi debbano essere ad esclusivo carico del proponente, poiché la sua ratio è quella di semplificare la conclusione del contratto quando esso sia puramente vantaggioso per una delle parti, perché soltanto tale situazione permette di considerare inutile una risposta espressa di accettazione per il vantaggio, che deve presumersi possa venire dalla proposta al destinatario verso il quale il proponente assume obbligazioni senza corrispettivo.

In tale ottica è prospettabile anche un contratto con obbligazioni del solo destinatario della proposta, non essendo essenziale all'offerta la volontà di essere debitore, e potendo perciò l'iniziativa della produzione del contratto provenire anche da colui che ha interesse a divenire creditore: la contraria opinione confonde l'offerta con la promessa, né è da escludere che anche il creditore possa elaborare una proposta con il carattere di completezza, per quanto da questa, nel contempo, non derivino per lui obbligazioni. In questi casi, della risposta di accettazione non può farsi a meno, dato che solo per l'accettante il contratto importerà obbligazioni.

Il contratto con obbligazioni di una sola parte si candida a identificare la categoria del contratto unilaterale. L'art. 1321 c.c. identifica il contratto nell'accordo, escludendo che unilaterali e contratto possano coesistere; l'art. 1324 c.c. conferma tale postulato, poiché, nel mentre estende la disciplina contrattuale agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale, crea un *discrimen* tra i concetti di unilaterali e di contrattualità. Ciò mette in imbarazzo l'interprete di fronte alle figure di contratto ad obbligazione unilaterale riconosciute dal codice civile, dove le due anime sembrano fondersi.

Il dibattito attiene essenzialmente all'individuazione dell'accordo. Se la risposta è no, non c'è alternativa tra un negozio unilaterale da cui nasce un rapporto contrattuale e un contratto senza sede accordo. Se la risposta è sì, un contegno puramente omissivo è presunto in via assoluta come dichiarazione di volontà.

Nell'evoluzione della pandettistica la dicotomia tra contratti e negozi unilaterali è rimasta ferma sin da quando il giusnaturalismo assorbì il principio *pacta servanda sunt* nel potere creativo della volontà individuale. Al di là del problema della tipicità dei negozi unilaterali, è fuori discussione che l'art. 1325 c.c. segni una linea di confine. Senonché, l'indagine comparata e una riflessione sulla moderna economia di mercato ha portato molti autori a ritenere che si possa fare a meno dell'accettazione, e dunque della dichiarazione di volontà del destinatario, allorquando il rapporto negoziale e gli effetti giuridici siano meramente favorevoli per il medesimo. A tal riguardo in dottrina è stata elaborata la distinzione tra contratti a struttura forte e a struttura debole, tra i quali rientrerebbe il contratto a favore di terzo. In tale ottica l'art. 1333 è applicazione del principio secondo cui il destinatario di una manifestazione di volontà idonea a produrre effetti giuridici meramente favorevoli è adeguatamente tutelato dal potere di rifiuto, sicché in queste situazioni l'accettazione non sarebbe più un elemento indispensabile per la costituzione del rapporto giuridico. Questa linea di pensiero si pone in contrasto con gli artt. 1173 e 1321, mentre il richiamo all'art. 1411 è scarsamente pertinente, essendo un'ipotesi di deviazione degli effetti del contratto. Che il terzo sia tutelato tramite il potere di rifiuto e non già con il diritto di accettazione non ha niente a che vedere con il tema della struttura del negozio tra i contraenti.

L'art. 1333 c.c. stabilisce:

“La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata.

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 collocazione sistematica della disposizione è chiaramente indicativa della volontà del legislatore storico, esplicitata nei lavori preparatori: *«Gli articoli art. 1333 del c.c. e art. 1334 del c.c. svolgono la sibillina disposizione contenuta comma dell'art. 36 del codice di commercio, che taluno aveva, riferito al contratto unilaterale, mentre altri riteneva che concernesse l'atto unilaterale. Il nuovo codice regola separatamente il contratto unilaterale (due o più dichiarazioni) e l'atto unilaterale (unica dichiarazione produttiva di effetti). Quando si tratta di contratto unilaterale, ossia di contratto con obbligazioni solo a carico del proponente (art. 1333 del c.c.), la proposta, appena giunta a conoscenza del destinatario, produce l'effetto giuridico della sua irrevocabilità. L'accettazione del destinatario è peraltro sempre necessaria per la conclusione del contratto, e può anche risultare dal silenzio che si prolunghi per una certa durata. Vi è dunque sempre incontro di consensi presso il proponente; ma quello del destinatario si deduce dal silenzio da lui mantenuto per un dato termine, durante il quale egli ha il dovere di parlare se intende respingere l'offerta. Per gli atti unilaterali recettizi doveva solo precisarsi il momento in cui essi producono il loro effetto*

giuridico vincolando l'autore della dichiarazione trasmessa e la persona cui la dichiarazione era destinata. L'art. 1334 del c.c. provvede a tale esigenza: la soluzione accolta è stata già descritta»⁵.

Nonostante la chiarezza dell'intento, la disposizione ha dato luogo a molteplici discussioni ed altrettante teorie, di cui si deve dare conto, attesa la centralità nel sistema di questa figura. È possibile operare una tripartizione:

- a) teorie contrattuali pure;
- b) teoria del contratto a formazione unilaterale;
- c) teorie dell'atto unilaterale.

Si illustrano brevemente le diverse teorie.

Teorie contrattuali pure.

La dottrina tradizionale ravvisa, in vario modo, nel mancato rifiuto una dichiarazione tacita di volontà, configurando il silenzio come:

- accettazione tacita: il mancato rifiuto di una proposta contrattuale puramente favorevole integra un comportamento concludente con valore di consenso. Si obietta che il comportamento non è concludente, poiché non c'è altro segno che l'inerzia.

- accettazione presunta: la presunzione legale di conformità tra volontà del promittente e volontà dell'oblato è l'espressione del valore eccezionale attribuito nella situazione descritta dall'art. 1333 c.c. alla semplice inerzia dell'oblato. Altri parlano di presunzione di consenso. Si obietta che, parlando di accettazione presunta o di presunzione di consenso, si intende evidentemente un comportamento il cui valore è stabilito dalla legge, e dunque si sottrae la fattispecie alla sfera negoziale, posto che l'effetto giuridico si produce in forza della legge e non della volontà privata;

- ipotesi speciale di accettazione: *«per presunzione assoluta di legge, chi tace dimostra inequivocabilmente la volontà di accettare: si parli di valore eccezionale del silenzio stabilito dalla legge o si parli di dichiarazione tacita, il significato è sempre lo stesso, che l'accettazione c'è, pur non essendo espressa, ed essa si congiunge, allo scadere del termine, alla proposta che è sempre viva ed efficace perché irrevocabile e si ha anche qui la conclusione del contratto»*. Si replica che è una finzione il ravvisare un'accettazione nel silenzio del promissari, ovvero che la mancanza di rifiuto non può considerarsi come accettazione, in quanto non può considerarsi né come presunzione di volontà, né come silenzio, né come inerzia colposa, oppure che l'inerzia, non è idonea di per sé ad esprimere un consenso e tale significato lo assume in virtù di una scelta del legislatore;

- accettazione presunta in via relativa: *«si è qui in presenza di uno di quei casi in cui la legge attribuisce al silenzio di un privato un valore giuridico non corrispondente al suo significato*

⁵ Relazione ministeriale al codice civile, par. 604.

obiettivo, e in cui di conseguenza.... una volizione negoziale sussiste solo se il soggetto che tace conosce gli effetti giuridici della propria inazione e tiene volontariamente e consapevolmente quel contegno». La presunzione posta dall'art. 1333 c.c. è relativa, perché il destinatario della proposta è legittimato a provare che il suo contegno non integra accettazione. Si obietta che la norma non fa alcun riferimento a questa possibilità;

- dichiarazioni per trascuratezza: tali sono *«quelle ipotesi che tradizionalmente venivano indicate come casi di volontà presunta e che si avrebbero quando ad un comportamento omissivo del soggetto, o, meglio, all'omissione di una dichiarazione, la legge ricollega l'effetto di una dichiarazione, positiva o negativa, secondo i casi».* Questa tesi giustifica la qualificazione come dichiarazione contrattuale di un comportamento tipizzato dalla legge ravvisandone un nesso con la volontà del soggetto sul piano della doverosità dell'agire contrario, cioè sostanzialmente a titolo di colpa. Se la parte trascura di dichiarare quando ha l'onere di farlo, la legge può imporre il significato più ragionevole. Si obietta che tale ricostruzione è contraria ai principi di correttezza e affidamento, dal momento che il proponente non avrebbe alcun motivo di aspettarsi una risposta positiva, perché chi fa una dichiarazione non si aspetta e attribuisce al silenzio il valore di assenso, e non sempre il silenzio è frutto di trascuratezza, essendo possibile che l'inerzia sia voluta, perché si intende raggiungere proprio l'effetto previsto dalla norma, oppure perché si ritiene che da una proposta non possa sorgere alcun dovere di rispondere;

- comportamento con valore legale tipico di accettazione: di fronte alle riferite obiezioni si riconosce che l'omissione del rifiuto non possa essere qualificata come dichiarazione, ma debba essere valutata come mero comportamento materiale con valore perfezionativo del contratto, similmente a quello previsto dall'art. 1327.

Contratto a formazione unilaterale.

Il contratto si forma per volontà di una sola parte, ma è sottoposto a condizione legale risolutiva potestativa (il rifiuto)⁶.

Questa tesi fa leva sull'idea secondo cui la bilateralità nella formazione del contratto, lungi dall'essere una necessità affermata dalla legge, è solo il frutto di dogmi che non tengono conto della tendenza normativa ad attribuire effetti alla promessa, ancorché non accettata dal promissario, cercando strenuamente di ricavare un'accettazione tacita dal silenzio dell'oblato. Sul piano logico-sistematico, poi, un'indagine di stretto diritto positivo dimostrerebbe che il nostro legislatore, al principio della sovranità formale della volontà del soggetto sulla propria sfera giuridica (per cui

⁶ È la nota tesi di SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in Studi in onore di Paolo Greco, II, Padova, 1965, p.953 ss.; Id., *Il contratto*, in Trattato di diritto civile italiano, diretto da Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, pp.17 ss., seguita e sviluppata da CARRESI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in Riv.dir.civ., 1974, I, pp.393 ss.; Id., *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXI, 1, Milano, 1987, pp.93 ss.; nonché da DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli-Camerino, 1982, pp. 96-97.

nessuno può essere arricchito né impoverito senza il suo consenso), avrebbe preferito il principio della prevenzione della lesione patrimoniale ingiusta, in virtù del quale nessuno può essere impoverito senza il suo consenso. Secondo questa versione la bilateralità della fonte è prescritta solo in presenza di una bilateralità degli effetti obbligatori: contratto unilaterale è non solo il contratto con obbligazioni a carico di una parte, ma anche il contratto che si forma con la volontà di una sola parte.

Alla tesi del contratto unilaterale aderiscono gli autori di analisi economica del diritto, che svalutano la formazione bilaterale del contratto: «*Il declino dell'accordo – derivante dalla crisi della parola e del dialogo – dissolve il contratto nella combinazione di due atti unilaterali*»⁷. Si replica che rileva che «*lo schema della dualità di meri atti leciti, se esalta la solitudine del silenzio, non coglie l'essenza dello scambio, perché dimentica il tratto della conformità tra atti, sia pure muti, che deve sussistere perché essi assumano valore di scambio. Ma il canone della conformità, secondo l'ordine positivo (art.1326, ult. cpv., cc.) caratterizza e domina proprio la formazione del contratto*»⁸.

Negozi unilaterale.

Il contratto unilaterale è, propriamente, un atto unilaterale con struttura a rilievo bilaterale⁹. Deve intendersi, per tale, un negozio unilaterale che, fissando un certo assetto di interessi, non postula l'abituale soggezione in capo al destinatario dell'atto, preservandone, tuttavia, la libertà di apprezzamento, in presenza di effetti favorevoli, tramite il riconoscimento di un potere di rifiuto, idoneo a ripristinare, ove necessario, la posizione originaria.

Alla luce delle plurime ipotesi normative in cui l'acquisto di un diritto si produce a prescindere dal consenso del beneficiario, la figura diviene tipica espressione della generale tendenza dell'ordinamento a consentire la produzione di effetti incrementativi, ma rifiutabili, nella sfera di soggetti che siano rimasti estranei alla formazione dell'atto.

Si rende così necessaria una riformulazione del principio di relatività, non più diretto ad esprimere, come nell'accezione tradizionale, l'inettitudine del negozio a produrre effetti esterni, ma, piuttosto, ad individuare il limite che l'attività dispositiva del privato incontra nei rapporti con i terzi: l'esigenza di rispetto dell'altrui sfera giuridica, la cui realizzazione è commisurata alla valutazione di tutte le componenti dell'affare, così come variamente operata, di volta in volta, dal legislatore.

⁷ IRTI, *Scambi senza accordo*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, pp.347 ss.,

⁸ BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul diritto muto*, in Europa e diritto privato, 1999, I, pp.137 ss.,

⁹ È la tesi di BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 185 ss., ma l'intuizione è già presente in Id., *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1965, p. 1291 ss.. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974.

L'unità formale dell'esplicazione del potere individuale di regolare propri interessi, anche coinvolgendo favorevolmente la sfera giuridica di soggetti terzi, deve, allora, raggiungersi ad un livello più alto di generalizzazione, idoneo a superare l'ambito di rilevanza del singolo atto, rappresentando la totalità dell'assetto di interessi realizzato dalle parti: *«Nel contesto della sequenza, e cioè nel concetto giuridico di operazione, che copre la totalità dell'affare, è dato cogliere un rilievo bilaterale a negozi unilaterali, i quali, non per accidente, ma secondo loro natura, sono destinati a collegarsi per regolare unitariamente gli interessi di due o più soggetti».*

Il destinatario è terzo rispetto all'atto ma parte rispetto al rapporto. In tale ottica sia la collocazione che il nome della figura si spiegano in ragione della natura contrattuale del rapporto. In ciò sarebbe la differenza da un lato con il contratto, dall'altro con le promesse.

Invece altra dottrina, molto autorevole, identifica il contratto con obbligazioni del solo proponente con la promessa gratuita a persona determinata, che scardina il dogma della tipicità delle promesse unilaterali.

In giurisprudenza figurano tutti e tre i filoni dottrinali.

La tesi tradizionale ricalca l'impostazione contrattualista: una massima ricorrente in passato recita che *«nei contratti unilaterali, se la proposta diviene irrevocabile appena giunta a conoscenza del destinatario, è tuttavia necessaria l'accettazione, anche tacita di costui».*

Successivamente le affermazioni si fanno più sfumate: *«i contratti unilaterali ... sono regolati, per quanto attiene alla loro perfezione dalla disciplina dell'art.1333 cc., per cui essi s'intendono senz'altro conclusi ove il promissario non abbia rifiutato l'offerta»;* l'omissione di dichiarazione può *«essere considerata come manifestazione tacita ... se la parte interpellata aveva l'obbligo di rispondere, per legge, per consuetudine o per contratto, oppure, se in conformità della pratica invalsa tra i soggetti, sia ragionevolmente da riconoscere nel silenzio l'espressione del consenso»;* al di fuori dei casi su descritti *«non può essere lecito a nessuno di attribuire, con la propria unilaterale dichiarazione, una predeterminata efficacia giuridica al silenzio altrui, precostituendosi il diritto di interpretare, in via presuntiva, come consenso tale silenzio».* Non si prende posizione sulla natura giuridica della figura, limitandosi a prendere atto la legge prevede in questo caso che l'omissione di dichiarazione viene considerata come manifestazione tacita.

Nel 1987, pronunciandosi sul caso Zanna contro Zanna, la Cassazione pare aderire alla tesi del contratto unilaterale: *«la proposta di trasferimento di un immobile, che un genitore rivolga al figlio minore per eseguire quanto concordato con il coniuge nel verbale di separazione consensuale a titolo di contributo per il mantenimento del minore, malgrado sia espressamente qualificata come proposta di donazione, è diretta a dar vita ad un contratto atipico e gratuito che si perfeziona ai sensi dell'art. 1333 c.c., per effetto del mancato rifiuto. [...] la disciplina delineata dall'art. 1333*

c.c., all'infuori dai casi espressamente previsti dalla legge, come in tema di donazione, non soffre deroga allorché il contratto unilaterale sia soggetto all'esigenza della forma scritta ad substantiam: tale esigenza, invero, deve ritenersi soddisfatta sol che sia consacrato in iscritto l'obbligo del promittente». Affermando che per i contratti con obbligazioni del solo proponente nei quali la forma scritta è un elemento essenziale, essa sarebbe soddisfatta dalla sola proposta scritta, si finisce per negare che fonte del contratto sia l'accordo, altrimenti anche l'accettazione dovrebbe avere forma scritta.

La giurisprudenza sulle lettere di *patronage* è più netta: *«dall'art. 1333 c.c. è possibile arguire che, nel nostro ordinamento, i rapporti giuridici con obbligazioni a carico di una sola delle parti possono costituirsi per effetto della sola volontà dell'obbligato, salvo il potere di rifiuto del destinatario. [...] se vuol intendersi la norma per quello che prevede, deve ammettersi che, nella particolare ipotesi da essa contemplata e per ogni promessa cosiddetta gratuita (con obbligazioni, cioè, a carico del solo promittente), il rapporto può costituirsi senza bisogno di accettazione, e, quindi, in definitiva, per effetto di un atto unilaterale».*

Tuttavia, sempre nella stessa materia, si rinvengono ricostruzioni più fedeli alla tradizione: *«pur sottraendosi la fattispecie del cosiddetto contratto unilaterale allo schema generale di formazione contrattuale, derivante dall'incontro delle volontà delle parti, per il fatto di perfezionarsi in virtù del mancato rifiuto della proposta, il fine cui sovrintende la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1333 cod. civ., di evitare che la sfera giuridica del soggetto possa essere interessata da una manifestazione di volontà altrui, consente che l'inefficacia della proposta possa desumersi, oltre che da un rifiuto espresso, anche da un comportamento del destinatario della proposta, inequivocabilmente dettato dalla volontà di non avvalersene»¹⁰.* Quindi si sostiene che il silenzio non sempre determini la conclusione del contratto, potendo il rifiuto della proposta desumersi anche dal comportamento del destinatario, il che è quanto dire che il silenzio rileva solo se circostanziato, salvo non è sul proponente che incomba la prova del valore di accettazione assunto dal silenzio, ma sul destinatario la prova che il silenzio non implichi accettazione.

L'adesione all'una o all'altra tesi, oltre ai riflessi sistematici, importa alcune differenze di disciplina: aderendo all'impostazione contrattualistica è applicabile l'intera disciplina del contratto, non già solamente quella compatibile. In particolare, le norme sui vizi della volontà sarebbero applicabili ad entrambe le parti del rapporto, non al solo proponente; lo stesso dicasi per quanto concerne i requisiti di forma.

Ritenuta applicabile la disciplina contrattuale, rimane da verificare quali norme siano incompatibili con la struttura e il contenuto del contratto con obbligazioni del solo proponente.

¹⁰ Cass. sez. I, 4 settembre 2001, n. 11391.

Per quanto concerne il secondo punto, la dottrina dominante ritiene compatibile l'art. 1333 c.c. con tutti i tipi contrattuali gratuiti, nonché con i contratti di trasferimento del debito (accollo, l'espromissione) e i contratti preparatori (preliminare, opzione, prelazione).

Per quanto concerne il primo punto, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza più recente ritengono l'art. 1333 c.c. compatibile con i contratti a effetti reali¹¹, molti più dubbi, invece, sorgono con riguardo ai contratti reali.

Questi ultimi si perfezionano attraverso la consegna della cosa, attività che ontologicamente richiede la collaborazione del destinatario della proposta. Qualora si ritenga configurabile un contratto reale atipico, il requisito della consegna potrebbe ritenersi soddisfatto da una *ficta traditio* o dal collegamento tra il contratto da cui scaturisce l'obbligazione e l'atto avente ad oggetto la dazione della *res*.

AmMESSO in astratto il contratto reale unilaterale, non resta che verificarne la compatibilità con i singoli tipi, in particolare comodato, mutuo, deposito gratuiti.

L'unico obbligo insistente sul comodatario è quello di restituire la stessa cosa ricevuta al comodante, sicché di oneri o pesi non parrebbe potersi discutere, esaurendosi la funzione del negozio nella mera offerta al destinatario della proposta della disponibilità a titolo gratuito per un tempo determinato del diritto di godimento sulla *res*.

Con riferimento al mutuo gratuito è stato osservato come l'obbligo di restituire al mutuante la stessa cosa ricevuta non discenda affatto dal contratto unilaterale, bensì che si tratti di un effetto naturale del contratto di mutuo.

InsUPERABILE, invece, l'ostacolo all'ammissibilità di un deposito gratuito unilaterale, in ragione dell'obbligo di custodia della cosa che la norma pone a carico del depositario.

2.4 Analisi logica

In favore della qualificazione come contratto giocano il dato topografico (l'inserimento nel capo relativo all'accordo), quello nominalistico (la rubrica), quello letterale (il testo della disposizione).

Tralasciando i primi due, non decisivi, il terzo è insuperabile.

¹¹ Contratto con "obbligazioni" del solo proponente è anche quello con cui il proponente assume l'obbligo di trasferimento di un bene in assenza di corrispettivo. L'ammissibilità di tale figura è stata contestata sul duplice piano della scindibilità del consenso traslativo, in deroga all'art. 1376, e dell'esistenza di una *iusta causa* traslativa al di fuori del binomio scambio/liberalità. Tali dubbi oggi possono dirsi superati (v. cap. V, § 4.4.). L'esempio più noto è proprio quello degli accordi di separazione, allorquando dispongano con effetti obbligatori il trasferimento di un bene a scopo di mantenimento, che avrà attuazione con un successivo atto. La giurisprudenza sembra propensa ad ammettere anche il negozio traslativo diretto, discutendosi se sia o meno un atto unilaterale (v. cap. V, § 4.7.).

Nel comma 1 si parla di “proposta” diretta a concludere un “contratto”, nel comma 2 si riconosce il potere del destinatario di rifiutare la “proposta”, stabilendo che in mancanza “il contratto” è concluso.

È un vano e stolto esercizio definire come negozio unilaterale ciò che il legislatore ha chiamato contratto. Tanto meno ha senso escludere forza vincolante alle qualificazioni giuridiche operate dal legislatore, perché, a prescindere dalla fondatezza dell’assunto che vuole privare di vincolatività per l’interprete una porzione della norma, nel caso in esame il reiterato riferimento al contratto non è classificazione della natura giuridica, ma costruzione del precetto.

Contratto con obbligazioni del solo proponente

| PREMESSA MINORE | PREMESSA MAGGIORE | CONCLUSIONE |
|---|-----------------------|----------------------------------|
| Proposta di contratto unilaterale Scadenza del termine Mancato rifiuto | Art. 1333 c.c. | Conclusione del contratto |

L’art. 1333, comma 2 è come se recitasse: “*Se il destinatario di una proposta di contratto con obbligazioni del solo proponente non la rifiuta nel termine richiesto dalla natura dell’affare e dagli usi, allora il contratto è concluso*”.

Questa è una proposizione precettiva. D’altra parte, poiché la parola “contratto” è un elemento normativo, precisamente una formula sintetica per definire un concetto giuridico, sarebbe sufficiente sostituirla con il concetto cui rinvia per comprendere l’assurdità della tesi del negozio unilaterale: “*Se il destinatario di una proposta di contratto con obbligazioni del solo proponente non la rifiuta nel termine richiesto dalla natura dell’affare e dagli usi, allora l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale è concluso*”.

Restano in piedi, dunque, la teoria del contratto a formazione unilaterale e quella del contratto tramite scambio – sia pure speciale – tra proposta e accettazione.

La seconda tesi, oltre a essere l’unica coerente con la nozione di accordo, è preferibile sul piano strutturale.

Il comma 1 indica chiaramente che la proposta di contratto con obbligazioni del solo proponente non genera alcun effetto finale, ma solo l’effetto strumentale dell’irrevocabilità, che si produce quando viene conosciuta dal destinatario.

Il comma 2 indica altrettanto chiaramente che:

a) il destinatario della proposta può rifiutarla entro il termine previsto, ciò implicando che ha l'onere di farlo entro tale termine;

b) se non lo fa, il contratto è concluso, ciò significando che a determinare la conclusione del contratto è l'inerzia sulla proposta.

Ne consegue, indubitabilmente, che l'accordo si forma a seguito del silenzio, il quale assume tutte le caratteristiche tipiche (non del comportamento omissivo ma) dell'omissione di dichiarazione negativa che vale come dichiarazione positiva.

La tesi secondo cui il rifiuto elimina un effetto giuridico già prodotto – e non già ne impedisce la nascita – non ha fondamento.

In primo luogo non ha ragion d'essere il parallelo tra art. 1333 e art. 1411: il primo attiene a un rapporto bilaterale, il secondo all'efficacia di un contratto sul terzo. Il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione, essendo espressamente stabilito che la proposta che nasce dalla clausola a favore di terzo produca effetti finali, sicché non occorre l'accettazione, e il rifiuto elimina il diritto acquistato.

In secondo luogo, nell'art. 1333 il rifiuto ha per oggetto non l'effetto giuridico o la proposta, come nello schema ordinario di formazione del contratto per scambio di proposta e accettazione. Solo che nello schema ordinario per impedire la formazione dell'accordo non occorre il rifiuto, ma è sufficiente non accettare.

In definitiva il (mancato) rifiuto è un elemento costitutivo della fattispecie, non un elemento estintivo.

L'ultimo problema è il più serio, ossia la compatibilità tra la presunzione legale di accettazione e il valore negoziale: il mancato rifiuto di cui all'art. 1333 c.c. non è riconducibile alla categoria dei comportamenti concludenti e, più in generale, a quella delle dichiarazioni contrattuali, per il semplice motivo che la volontà è presunta, sicché in concreto può anche mancare.

La prima obiezione al valore negoziale del congegno normativo riposa sulla possibilità che la presunzione operi anche in caso di mancata conoscenza della proposta, che però produrrebbe i suoi effetti in virtù dell'art. 1335. Questa obiezione può superarsi ritenendo che l'art. 1335 non operi nell'ipotesi di contratto unilaterale, poiché derogata dall'art. 1333, comma 1, il quale prevede che la proposta spieghi efficacia *“appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata”*, esigendo la reale conoscenza.

La seconda obiezione muove dall'assunto che la presunzione legale prescindere dai requisiti che ordinariamente fanno assurgere l'inerzia a rilevanza giuridica: il legislatore ha inteso prevedere un modello in cui non è necessario giungere alla soglia del comportamento concludente per ritenere

che il contratto sia stato concluso. Inoltre, la presunzione opera anche qualora il destinatario ignori il significato della proposta o del rifiuto.

Se è vero che non si può parlare tecnicamente di accettazione tacita, poiché l'interprete è esonerato dall'accertare il significato del comportamento tenuto dalla parte, tuttavia nella situazione descritta dall'art. 1333 sono presenti circostanze oggettive che connotano il silenzio, da ravvisarsi nella unilateralità del vincolo e nell'esistenza di un termine per rispondere alla proposta, derivante dalla natura dell'affare o dagli usi¹². Elementi che rendono la presunzione ragionevole, ben potendo il legislatore fissare – in ordine alla valenza del silenzio dell'oblato – uno standard inferiore alla regola generale, in quanto trattasi di effetti solo favorevoli.

Inoltre, l'assolutezza della presunzione non esclude l'operatività dei comuni principi sui vizi della volontà, tra cui l'errore, di fatto e di diritto, che, se aventi i requisiti di legge, permettono al destinatario della proposta di domandare l'annullamento del contratto. Peraltro, la presunzione opera sempre che il destinatario non si trovi nell'impossibilità di rendere la dichiarazione di rifiuto, atteso che una simile circostanza costituisce un fattore interruttivo del rapporto tra proposta e silenzio su cui la presunzione poggia.

Alla luce della concezione normativistica del negozio giuridico, l'esistenza di una disposizione di legge che classifichi un comportamento umano, a certe condizioni, come accettazione contrattuale è compatibile con il suo valore negoziale. Una volta che la questione del rapporto tra volontà ed effetti, dunque la negoziabilità dell'atto privato, sia risolta in base al concorso tra il fatto e la norma, è chiaro che le obiezioni all'art. 1333 cadono: il legislatore qualifica il comportamento dell'oblato indicativo della volontà di accettare come accettazione. Si presume che un soggetto, destinatario di una posizione esclusivamente di vantaggio, che ometta di dichiarare un rifiuto avendo termine per farlo, intenda acquistarla. È ammissibile istituire un nesso di causalità normativa tra omesso rifiuto della proposta e accettazione e riconoscere a tale nesso natura negoziale.

¹² A questo termine è subordinato l'esercizio (non del potere di accettazione ma) del potere di rifiuto, trattandosi di una proposta irrevocabile.