

Carmen Lazaro Guillamon

Il "silenzio" sulla base della gl. Qui tacet, ad D.50.17.142

Studia Prawnoustrojowe nr 27, 5-10

2015

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Artykuły

Carmen Lázaro Guillamón

Universitat Jaume I

Castellón, Spain

Il “silenzio” sulla base della gl. *Qui tacet, ad D. 50.17.142*

Il vero significato e la portata del noto frammento di Paolo D. 50.17.142 (Paulus 56 ad ed.): *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*, che fa parte del titolo *De diversis regulis antiqui iuris*, è condizionato dal contesto originale del testo. Il brano è tratto dal libro LVI dei commenti all’Editto di Paolo, intitolato “chi confessa e non si difende” (*de confessis et indefensis*) come segue dalla Palingenesia del Lenel¹ la cui ricostruzione testuale è come segue:

- Lenel, Pal.I, 691: D. 42.2.1 (Paulus 56 ad ed.): *Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*, del titolo II del libro XLII del Digesto *De confessis*.
- Lenel, Pal.I, 692: D. 50.17.142 (Paulus 56 ad ed.): *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*, il nostro testo.
- Lenel, Pal.I, 693: D. 42.3.5 (Paulus 56 ad ed.): *Quem paenitet bonis cessisse, potest defendendo se consequi, ne bona eius veneant*, testo ubicato nel titolo III del libro XLII *De cessione bonorum*.

Dei testi organizzati dalla Palingenesia segue il fatto che Paolo ha cercato di definire due diverse situazioni:

1. Quella del *confessus*, che viene giudicato come se si trattasse di una sentenza pronunciata contro di lui.

2. Quella del *tacens* (che non si difende), che con il suo silenzio avrebbe cercato di evitare qualsiasi tipo di responsabilità e che non agendo o reagendo, dovrebbe essere considerato un vero *confessus*.

Come si vede, il trattamento del silenzio è processuale², ciò vale a dire che “qui tace, acconsente” non ci sia un principio generale. Nel’ultimo testo della Palingenesia viene aggiunto il caso della necessaria condotta di difesa di chi si è pentito di aver fatto una *cessio bonorum*.

¹ O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis I*, Lipsiae 1889, p. 1073 y 1074.

² J.A. Martínez Vela, *Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio*, “Revista de Derecho UNED” 2012, no. 10, p. 406ss.

In ogni caso, sembra chiaro che, anche se alcune fonti danno certi effetti di un comportamento passivo e silenzioso (ad esempio, quello della *in iure cessio*), da un punto di vista giuridico, non è possibile attribuire al silenzio una valutazione univoca valida per qualsiasi tipo di rapporto giuridico.

Per tanto, sembra possibile contraddire la massima popolare “chi tace, acconsente”, che è venuta ad avere valore giuridico e non sempre dire che il “silenzio è assenso”, ma a volte semplicemente significa “non dire niente”.

Anzi, Paulo in D. 50.17.142 non ha voluto dirci che chi tace acconsente la sentenza (da un punto di vista procedurale non sarebbe opportuno parlare di “conformità nell condena”). Paulo determina che il silenzio si dovrebbe considerare come se il convenuto avesse confessato. Se ammettiamo nel silenzio un valore globale e complessivo, siamo falsando ed estrapolando ad altri settori il significato della inattività di chi occupa, da un punto di vista giuridico, la posizione di convenuto, per esempio, sarebbe un errore estrapolare il valore del silenzio assenso ai contratti, in cui la posizione del soggetto chi rimane in silenzio non sia quella dal detenuto, imputato o convenuto, soltanto è la parte di un contratto.

La vera generalizzazione del principio *qui tacet consentire videtur*³ si produce nel libro VI delle Decretali VI^o.5.12. reg 44: [...] *is qui tacet non fatetur neque utique negare videtur* [...] che trova origine in D. 23.1.12 (Ulpianus I.S. de sponsal): *Tunc autem solum dissentienti a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat*, concernente il comportamento della figlia nelli sponsali, resta inteso che la figlia consente se non si oppone alla volontà del padre. Ma si è dato la figlia il potere di dissentire da suo padre quando il padre scegliere solo marito indegno per le loro abitudini o imbarazzante.

La reinterpretazione del Diritto Canonico è del tutto estranea al significato del testo romano. In D. 23.1.12 l'interpretazione del silenzio come consenso è strettamente legata al caso della *sponsa* e a la particolare struttura della famiglia romana. Non c'è nelle intenzioni dell giurista romano fare appello ad un principio generale.

In questo contesto, è opportuno riesaminare la reinterpretazione dei glossatori su D. 50.17.14 dove è chiaramente esemplificata la mancanza di univocità di chi “non dice nulla”, vediamo sua analisi:

La prima cosa che ci colpisce è una nota a margine che è contenuta nell'edizione della glossa con cui laboriamo⁴ a *fatetur* de D. 50.17.142, questa nota literalmente afferma: *Unde Cic. in Catilinam, quid exspectas, inquit loquentium auctoritatem, quorum voluntatem tacitorum perspicias?* chiaramente l'allusione è all'*Oratio in Catilinam* del Cicerone, in particolare al paragrafo 20 dell'*Oratio Prima in Senatu Habita*, particolarmente, è la nota di chiusura o risposta alla domanda che Catilina

³ C. Magni, *Il silenzio nel Diritto Canonico*, “Rivista di Diritto Privato” 1934, vol. I, p. 52, i canonisti non solo introdussero la regola del Digesto ma anche la nuova regola di conio medioevale *qui tacet consentire videtur*. A dire di G., Tomás, *Fuentes jurídicas del principio qui tacet, consentire videtur. Realidad Jurídica versus difusión social*, RIDA 2003, no. 50, p. 385, le fonti romane e le canoniche si contraddicono.

⁴ *Digestum Vetus seu Pandectarum Iuris Civilis tomus primus*, Parisiis 1566, fol. 1917–1918.

lancia a Cicerone chi la reindirizza retoricamente al Senato su suo esilio; Cicerone, abilmente risponde che i senatori non devono prendere posizione su l'esilio di Catilina, il suo silenzio basta per capire che la sua volontà sia effettivamente l'esilio di Catilina. La nota raccoglie perfettamente un caso di silenzio assenso.

Dopo aver fatto questa valutazione che abbiamo ritenuto fosse importante, andiamo all'analisi del testo fondamentale della glossa che viene specificato nella gl. *Qui tacet*, ad D. 50.17.142⁵:

Tacere quidem medium est inter expressam voluntatem, et contradictionem expressam, ut non sit idem ius quod in alterutro est eorum: et pone exemplum in tributoria. nam si contrahat servus domino contradicente, tenetur de peculio tantum: et deducitur quicquid domino debetur: ut. §. de pecu. l. si quis servum. §. etiam. econtra si eo expressim volente, tenetur in solidum quod iussu. ut. ss. quod iussu. l. j. ubi autem scit. et tacet: tenetur tribu. ut hic, et. ss. de tribu. l. j. §. scientiam et de exerci. l. j. §. si is. Sed fallit haec regula: quia quandoque tacere est pro expressa contradictione: ut in procu. ut. ss. de procu. l. filius. §. invitus. et in servi. ut. ss. de servi. urba. praedi. l. invitum. Item in furto est: ut. ss. de fur. l. per qua. §. quae ex voluntate. Item in pratrono, ut. ss. de rit. nup. l. in eo iure. §. demun. Item in institutione heredum: quia expresse debet testator decere nomen heredis. Ut. C. de testa. l. iubemus. Item in interrogationibus in iure: ut. ss. de interro. ac. l. de aetate. §. qui tacuit. Et sic fallit secunda pars huius lex et econtra tacere habetur pro consensu expresso quandoque: et si fallit prima: ut ss. sol. mat. l. ij. §. voluntate, et. ss. de lib. ag. l. j. §. poena. et ss. loca. l. item quaeritur. §. qui impleto. Item ibicumque tacitum pactum an l. inducitur: ut supra de pac. l. qui in futurum. et ad hoc concurrunt duo generalia: patientia habetur pro consensu⁶: item econtra. Item facit supra de except. l. non utique.

In primo luogo: *Tacere quidem medium est inter expressam voluntatem, et contradictionem expressam, ut non sit idem ius quod in alterutro est eorum: et pone exemplum in tributoria* [...] si chiarisce il significato del *tacere*, nel senso che il silenzio fa riferimento sia l'espressione esplicita di volontà sia la dichiarazione esplicita della contraddizione, cioè *tacere* è a volte silenzio assenso ed altre significa silenzio dissenso. Sembra che l'intenzione del glossatore è quella di fare uno studio della volontà e, quindi, afferma che il silenzio è a metà strada tra la manifestazione espressa di volontà e l'affermazione di contraddizione, così non ha lo stesso significato in tutti i casi. In questo contesto, l'azione tributaria può essere un esempio di silenzio preso come consenso. Il silenzio del *pater familias* nel caso che il figlio faccia interventi con suo peculio nel traffico commerciale conoscendo questi interventi il *pater familias* (cioè, con sua *scientia*), se il figlio diventa insolvente, il *pater* è incluso nel concorso di creditori; se il *pater familias* ha agito intenzionalmente per

⁵ Dobbiamo notare che nella trascrizione del testo abbiamo mantenuto la numerazione del Digesto di Mommsen poiché nell'edizione della Magna Glossa con cui lavoriamo, la formulazione effettiva è D. 50.17.184. Come avverte I.L. García del Corral, *Cuerpo del Derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias*, vol. III, Barcelona 1897, p. 954, n. 2, i numeri dal 118 (160) fino al frammento 199 denotano l'alterazione subita per essere erroneamente collegate due pagine del Codice Fiorentino, questa alterazione è stata ricevuta nell'Edizione dall'Haloandro (Nurenberg 1929) e nelle vulgari.

impedire tale concorrenza, il creditore o dei creditori potevano esecutare l'azione tributaria per rivendicare la loro rispettiva quota. Resta inteso che la *sciencia* del *pater familias* non ha bisogno di essere espressa, basta che non sia vietata espressamente l'attività commerciale del figlio.

Questo esempio iniziale è seguito da un confronto con il funzionamento di altre azioni adiecticie in cui il fatto di dire niente è dato come consenso nel caso delle attività dei *fili familiae* o degli schiavi: Si raccoglie il caso: *nam si contrahat servus domino contradicente, tenetur de peculio tantum: et deducitur quicquid domino debetur: ut. §. de pecu. l. si quis servum. §. etiam [...]* della proibizione della contrattazione con terzi con il richiamo a *§. de pecu. l. si quis servum. §. etiam* D. 15.1.29.1 (Gaius 9 ad ed. provinc.). *Etiamsi prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio*, dove l'opposizione del *pater familias* doveva essere effettiva, cioè, se non c'è *iussum* o *praepositio* il *pater familias* o il proprietario risponde in modo limitato attraverso l'*actio* di peculio. In particolare, si afferma che, se lo schiavo fa un contratto contraddicendo la volontà del proprietario, questo sarà responsabile solo nella misura del peculio. Cioè, l'opposizione deve essere concreta, pertanto, resta inteso che se il padre non dice nulla significa che non osta alla realizzazione del negozio giuridico, il silenzio si intende come assenso.

Il testo della glossa continua con diversi casi di silenzio-assenso: Se il *pater familias* o proprietario del *servus* autorizza la contrattazione con il figlio o schiavo, vale a dire se il *pater familias* acconsente –*iussum*–, sarà responsabile per l'*actio quod iussu*: *contra si eo expressim volente, tenetur in solidum quod iussu. ut. ss. quod iussu. l. j [...]*, il richiamo in questo caso *ss. quod iussu. l. j.* è a D. 15.4.1pr, dove si chiarisce che in caso di mandato *iussum*, l'azione sarà l'*actio quod iussu*. Altra volta il caso dell'azione tributaria ed anche dell'azione esecutoria: Se il figlio è impegnato con il proprio *peculium* nel traffico contrattuale conoscendo questa intervento il *pater familias* e non espressamente dichiarando la propria opposizione i creditori potranno esecutare contro i *pater familias* l'azione tributaria [...] *ubi autem scit. et tacet: tenetur tribu. ut hic, et. ss. de tribu. l. j. §. scientiam et de exerci. l. j. §. si is [...]* il richiamo in questo caso è a D. 14.4.1.3 ed a D. 14.1.1.19 nel caso della esecutoria. Si chiarisce la necessità di no opposizione, cioè, basta il silenzio per tenerlo come silenzio consenso.

Finora la prima regola, la del silenzio-assenso, comincia per presentare eccezioni quando il fatto del silenzio viene preso come contraddizione espressa: *Sed fallit haec regula: quia quandoque tacere est pro expressa contradictione: ut in procu. ut. ss. de procu. l. filius. §. invitus [...]*. Il testo che i glossatori citano come esempio di questa eccezione alla regola generale è D.3.3.8.1 (Ulpianus 8 ad ed.). *Invitus procurator non solet dari. invitum accipere debemus non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur*, dove il silenzio sulla nomina come procuratore è equivalente alla manifestazione di non voler esserelo. Prosegue con le eccezioni alla prima regola del silenzio-assenso: [...] *et in servi. ut. ss. de servi. urba. praedi. l. invitum [...]*, sebbene con la citazione di un testo problematico

D. 8.2.5 (*Ulpianus libro septimo decimo ad edictum*). *Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit. ideo Pomponius libro quadragesimo et infansem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur*, nel testo Pomponio sostiene che nel caso dei pazzi e dei minorenni, il silenzio deve essere preso come un segno di contraddizione, cioè, se avviene qualche attività equivalente all'esercizio di una servitù sul fondo del pazzo o del *infans*, il silenzio non è sinonimo di *patientia* e, pertanto, non fornisce l'acquisizione della servitù a chi l'esercita nonostante le apparenti condizioni di tolleranza, l'acquisto soltanto si raggiunge quando il proprietario del eventuale fondo servente ha condizione mentale e di età adatte. In questo testo, si verifica il particolare interesse del glossatore per analizzare il caso del silenzio in soggetti con capacità giuridica incompleta.

Il testo della glossa continua con un altro esempio di ciò che potremmo chiamare silenzio-dissenso: [...] *Item in furto est: ut. ss. de fur. l per qua. §. quae ex voluntate* [...]. I testi che servono come esempio sono quelli di un caso di furto, specificamente sono citati: D. 47.2.48.2 e 3: avere uno schiavo con la volontà espressa del suo *dominus* non risponde al tipo penale che descrive il furto di uno schiavo. In questo caso si evidenzia l'importanza della *scientia*. Si prosegue con la modellazione del silenzio negativo [...] *Item in pratrono, ut. ss. de rit. nup. l. in eo iure. §. demum* [...] con la citazione di D. 23.2.45.5 dove il silenzio del patrono è inteso come dissenso sull'eventuale divorzio dalla sua liberta⁶.

Casi simili continuano ad essere raccolti: *Item in institutione heredum: quia expresse debet testator decere nomen heredis. Ut. C. de testa. l. iubemus* [...], nel testo citato (C. 6.23.29) la mancata designazione di un erede nel testamento, cioè, il silenzio in riguardo a questa istituzione, provoca la caduta del testamento. Senza lasciare il contesto ereditario, la glossa prosegue con un esempio di *interrogatio in iure an erede sit*: *Item in interrogationibus in iure: ut. ss. de interro. ac. l. de aetate. §. qui tacuit* [...], la citazione di D. 11.1.11.4 ci chiarisce che è contumace chi rimane zito quando è interrogato dal Pretore in un processo sulla sua condizione di erede, in questo caso, il silenzio di chi è stato interrogato dal Pretore è tenuto come se lui non volesse essere erede.

A continuazione la glossa raccoglie nuovamente esempi di in silenzio-assenso esplicito (simile alle iniziali ipotesi dei rapporti *pater familias-filius* e *dominus-servus*: *Et sic fallit secunda pars huius lex et contra tacere habetur pro consensu expresso quandoque: et si fallit prima* [...]. Il primo richiamo è a D. 24.3.2.2: *ss. sol. mat. l. ij. §. voluntate*- nel caso del silenzio della figlia quando conosce che suo padre ha esercitato l'azione per reclamare la dote, in questo caso il silenzio della figlia si intende come la manifestazione del suo consenso all'esercizio dell'azione. Con il significato del silenzio come cosentimento abbiamo anche l'esempio de *ss. de lib. ag. l. j. § poena*, dove la citazione è quella di D. 25.3.1.4, alludendo al fatto che il silenzio del padre fornisce l'effettivo riconoscimento del *nasciturus* come legittimo. Ancora una volta, come una manifestazione di silenzio-assenso è chiamato

⁶ Si veda in questo caso S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano 1982, p. 112.

D. 19.2.13.11 *ss. loca. l. item quaeritur. §. qui impleto* dove si ritiene a seguire il contratto di locazione se il conduttore continua nel contratto di locazione dopo la scadenza del termine fissato per la fine del contratto, caso della *relocatio tacita*.

Gli esempi di silenzio-assenso finiscono quando è raccolto il caso del patto tacito di D. 2.14.57pr: *Item ibicumque tacitum pactum an l. inducitur: ut supra de pac. l. qui in futurum [...]*, cioè, nel caso in cui viene applicato un interesse in anticipo, resta inteso che si è convenuto che il capitale non sarebbe chiesto per il tempo previsto.

Il testo della gl. *Qui tacet*, ad D. 50.17.142 conclude con la seguente dicitura: [...] *et ad hoc concurrunt duo generalia: patientia habetur pro consensua: item econtra. Item facit supra de except. l. non utique*, vale a dire che due *generalia* concorrono: in primo luogo: *patientia pro consensu habetur*, e il secondo: *non patientia pro disensu*, cioè, i casi del silenzio-consenso ed i casi del silenzio-dissenso. Il testo offre un esempio finale con carattere processuale, in particolare chiude con la citazione – *de except. l. non utique* – di D. 44.1.9 (Marcellus 3 dig.): *Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii is quocum agitur, quia exceptione utitur*, cioè, certamente non confessa l'avversario che utilizza un'eccezione, pertanto, chi non vuole essere considerato *confessus* deve avviare una eccezione.

In conclusione, i glossatori hanno perfettamente catturato il senso dei giuristi romani: il significato del silenzio dipende dal caso e dell'instituto. In D. 50.17.142 c'è solo, infatti, un principio generale di diritto processuale: chi tace o non si difende, è tenuto come *confessus*.

Summary

“Silence” according to gl. *Qui tacet*, ad D. 50.17.142

Key words: silence in law, procedural law, glossators in Roman Law.

The renowned fragment of Paul (D. 50.17.142: *qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*) can not be interpreted in a generic way, its true meaning and its scope are conditioned by its original context.

This passage comes from the Book LVI of Paul's Comments to Edict, whose title is *confessis et indefensis*. In the context of the text, the jurist tried to define two different situations: that of the *confessus* considered as if it were a judgment rendered against him as related in D. 42.2.1: *confessus pro iudicato est, qui quadammodo sua sententia damnatur*; and that of the *tacens* (who does not defend himself) so that his silence would try to avoid any liability.

In any case, it is sure that some Roman Law sources give several effects to the silent or the passive behavior from a legal point of view; it can not be attributed to silence an exclusive assessment valid for any type of activity or relationship. This follows from the *exempla* collected in gl. *Qui tacet*, ad D. 50.17.142 that are subject to review and revision.