

Civile Ord. Sez. 1 Num. 16700 Anno 2020  
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO  
Relatore: MERCOLINO GUIDO  
Data pubblicazione: 05/08/2020

### ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 22281/2014 R.G. proposto da  
DE PASCALI PANTALEO, in qualità di titolare dell'impresa omonima, rappre-  
sentato e difeso dall'Avv. Alfredo Caggiula e dal Prof. Avv. Ernesto Sticchi  
Damiani, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via  
Bocca di Leone, n. 78;

- *ricorrente* -

contro

ISTITUTO PROFESSIONALE STATALE PER I SERVIZI COMMERCIALI, TURI-  
STICI E DELLA PUBBLICITA' "ANTONietta DE PACE", in persona del Diri-  
gente scolastico p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello  
Stato, con domicilio legale in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

- *controricorrente* -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Lecce n. 461/14, depositata il  
23 giugno 2014.

ord.  
1779  
2020

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 1° luglio 2020 dal Consigliere Guido Mercolino.

### **FATTI DI CAUSA**

1. Con contratto di appalto del 5 dicembre 2005, l'Istituto Professionale Statale per i Servizi Commerciali, Turistici e della Pubblicità "Antonietta De Pace" affidò a Pantaleo De Pascali, in qualità di titolare dell'impresa omonima, l'esecuzione dei lavori di realizzazione di un centro risorse contro la dispersione e la frammentazione sociale.

2. Essendo insorte contestazioni in ordine alla regolarità della contabilizzazione dei lavori ed al corrispettivo dovuto per la realizzazione di ulteriori opere concordate con atti di sottomissione del 4 agosto 2006 e del 5 maggio 2007, nonché al rispetto del termine fissato per l'esecuzione dei lavori, l'appaltatore promosse la costituzione del collegio arbitrale previsto dall'art. 9 del contratto, con atto notificato il 16 febbraio 2008, chiedendo la condanna dell'Istituto *a)* in via principale, al risarcimento dei danni derivanti dal ritardo nella formulazione delle riserve, a causa del comportamento colpevole degli organi dell'ente committente, nella misura di Euro 499.212,98 per lavori ed Euro 24.859,69 per oneri di sicurezza, nonché al risarcimento dei danni per il ritardo nel pagamento del primo stato di avanzamento dei lavori e per il mancato aggiornamento del secondo stato di avanzamento, *b)* in via subordinata, al pagamento delle medesime somme, a titolo d'indennizzo per l'ingiustificato arricchimento, *c)* in via ulteriormente gradata, al pagamento della differenza tra l'importo dei lavori riportato nel registro di contabilità e quello già liquidato.

Si costituì l'Istituto, ed eccepì la decadenza dell'appaltatore dalle pretese azionate, per effetto della mancata formulazione delle relative riserve, e l'alterazione del registro di contabilità, chiedendo in via riconvenzionale la condanna dell'attore al pagamento della somma di Euro 13.933,14 a titolo di penale per il ritardo nell'esecuzione dei lavori.

2.1. Con lodo rituale sottoscritto il 22 febbraio 2010, il collegio arbitrale *a)* rigettò la domanda principale di risarcimento e quella subordinata d'indennizzo per l'ingiustificato arricchimento proposte dall'attore, *b)* rigettò la

domanda riconvenzionale di pagamento della penale proposta dall'Istituto, c) accolse parzialmente la domanda ulteriormente subordinata proposta dall'attore, condannando l'Istituto al pagamento della somma di Euro 2.602,73, oltre agli interessi corrispettivi e moratori calcolati ai sensi dell'art. 30, commi terzo e quarto, del d.m. 19 aprile 2000, n. 145.

3. L'impugnazione proposta dal De Pascali è stata rigettata dalla Corte d'appello di Lecce con sentenza del 23 giugno 2014.

Premesso che, come accertato dal collegio arbitrale, l'attore era decaduto dalle pretese azionate, non avendo provveduto alla formulazione delle relative riserve nella forma *ad substantiam* e nei termini previsti dal capitolato generale approvato con d.m. n. 145 del 2000, richiamato dal contratto di appalto, ma avendole esplicate soltanto dopo l'esaurimento dei lavori ed avendo sottoscritto la relativa contabilità con l'anodina sigla «Cr», la Corte ha ritenuto che legittimamente il lodo avesse revocato l'ammissione della prova testimoniale assunta nel corso del procedimento, avente ad oggetto le pressioni esercitate dagli organi dell'Istituto per dissuadere l'attore dall'iscrizione delle riserve. Rilevato infatti che con riguardo ai contratti e agli atti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam* la prova testimoniale è ammessa, ai sensi dell'art. 2725 cod. civ., soltanto in caso di perdita incolpevole del documento, ha escluso la possibilità di far ricorso alla predetta prova nelle altre ipotesi previste dall'art. 2724, ritenendo altresì insussistente la violazione di norme e principi di ordine pubblico, in quanto la disciplina delle riserve è posta a tutela d'interessi privati, come emerge anche dalla circostanza che la dichiarazione di decadenza è subordinata ad un'eccezione di parte. Precipato inoltre che le riserve e le registrazioni contabili non costituiscono dichiarazioni di volontà negoziale, ma attengono all'esternazione dell'accadimento di determinati fatti o della loro valutazione quantitativa, ha affermato che l'omissione, l'intempestività o l'irrituale formulazione delle riserve determina l'incontestabilità delle registrazioni, che ne preclude l'impugnazione da parte dell'appaltatore. Ha ritenuto insussistenti le carenze motivazionali lamentate dall'attore, evidenziando l'ampiezza e la puntualità della motivazione del lodo, anche in ordine al rigetto dell'azione d'ingiustificato arricchimento, avente carattere sussidiario, e quindi non proponibile in

caso di decadenza dall'azione contrattuale.

4. Avverso la predetta sentenza il De Pascali ha proposto ricorso per cassazione, articolato in due motivi, illustrati anche con memoria. L'Istituto ha resistito con controricorso.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Con il primo motivo d'impugnazione, il ricorrente denuncia la violazione o la falsa applicazione delle norme in materia di riserve nel contratto di appalto e degli artt. 2724 e 2725 cod. civ., censurando la sentenza impugnata per aver ritenuto legittima la dichiarazione d'inammissibilità della prova testimoniale riguardante il fatto, imputabile al committente, che aveva impedito la tempestiva formalizzazione delle riserve. Ribadito che queste ultime non erano state formulate a causa della violenza morale esercitata dai funzionari dell'Istituto, che avevano minacciato di non autorizzare il pagamento degli stati di avanzamento dei lavori, sostiene che un'interpretazione costituzionalmente orientata delle predette disposizioni e della disciplina delle riserve impone di escludere la necessità delle stesse nel caso in cui le pretese dell'appaltatore si ricolleghino al comportamento doloso o gravemente colposo dell'Amministrazione. Afferma inoltre che, nel caso in cui l'impossibilità di formare un documento scritto sia imputabile al soggetto contro il quale esso deve essere fatto valere, non può ritenersi preclusa al soggetto cui è stato impedito di formarlo la possibilità di provarne il contenuto per testimoni, determinandosi altrimenti un'evidente violazione del diritto di difesa e dei principi fondamentali in materia di libera formazione della volontà, con i quali la disciplina delle riserve deve necessariamente coordinarsi, non potendo prevalere sugli stessi, in quanto avente natura regolamentare. Precisato poi che la prova testimoniale non aveva ad oggetto il contenuto di un rapporto contrattuale o di un atto per il quale la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, ma le circostanze di fatto che avevano impedito la formazione del documento, il cui contenuto avrebbe dovuto essere determinato successivamente mediante una c.t.u., osserva che la revoca dell'ammissione della prova testimoniale ha di fatto precluso la prova del fatto produttivo del danno subito da esso attore. Aggiunge che tale pro-

va emergeva comunque da una nota del 29 aprile 2006, non confermata nel primo stato di avanzamento dei lavori a causa della violenza morale, nonché dal conto finale sottoscritto il 6 giugno 2007, recante l'esplicazione delle riserve, restando pertanto irrilevante la disciplina speciale di queste ultime, la quale non può comunque derogare a quella legale in materia di prove, dovendo altrimenti essere disapplicata. In subordine, eccepisce l'illegittimità costituzionale della predetta disciplina, osservando che la mancata previsione di deroghe all'onere della riserva a fronte della violenza morale esercitata dai funzionari dell'ente committente nei confronti dell'appaltatore si traduce nella violazione del canone di ragionevolezza, ponendosi altresì in contrasto con l'art. 24 Cost., in quanto si traduce in un impedimento all'esercizio del diritto.

2. Con il secondo motivo, il ricorrente insiste sulla violazione dell'art. 2725 cod. civ., osservando che, anche a voler ritenere che la prova testimoniale non avesse ad oggetto un fatto storico, ma il contenuto delle riserve, la sentenza impugnata dovrebbe considerarsi contraddittoria, avendo da un lato escluso la natura negoziale delle riserve, e dall'altro ritenuto applicabile la predetta disposizione, riguardante la prova dei contratti.

3. Nonostante l'assenza di specifici riferimenti ad una delle ipotesi previste dall'art. 360, primo comma, cod. proc. civ., il richiamo alle norme che disciplinano l'istituto della riserva nell'appalto di opere pubbliche e le limitazioni alla prova testimoniale dei contratti, accompagnato dalla puntuale indicazione della statuizione impugnata e dall'illustrazione delle ragioni del denunciato contrasto, consente di cogliere immediatamente la questione sottoposta all'esame di questa Corte, riconducibile al n. 3 dell'art. 360 cit., ed avente ad oggetto la possibilità di provare per testimoni la causa, imputabile all'Amministrazione committente, della mancata o tardiva formulazione delle riserve.

Non merita pertanto accoglimento l'eccezione d'inammissibilità sollevata dalla difesa del controricorrente, secondo cui le predette censure non consentono d'individuare la natura sostanziale o processuale del vizio lamentato, né di comprendere in maniera immediata ed inequivocabile le ragioni dell'impugnazione. Ai fini del rispetto del canone di specificità dei motivi,

previsto dall'art. 366, primo comma, n. 4 cod. proc. civ., non è infatti necessaria l'adozione di formule sacramentali, né l'esatta indicazione numerica di una delle ipotesi previste dall'art. 360, primo comma, cit., risultando sufficiente che il ricorso contenga la specifica indicazione delle affermazioni in diritto contenute nella sentenza gravata che motivatamente si assumano in contrasto con le norme regolatrici della fattispecie o con l'interpretazione delle stesse fornita dalla giurisprudenza o dalla dottrina, in modo tale da porre questa Corte in condizione di adempiere al suo istituzionale compito di verificare il fondamento della lamentata violazione (cfr. Cass., Sez. I, 29/11/2016, n. 24298; 19/10/2006, n. 22499; Cass., Sez. III, 25/09/2009, n. 20652).

4. Il primo motivo è peraltro fondato.

Nel rigettare le censure mosse dal ricorrente al lodo arbitrale, nella parte in cui aveva revocato l'ammissione della prova testimoniale da lui dedotta, la sentenza impugnata si è infatti attenuta, sia pure senza richiamarlo espressamente, al principio, enunciato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'eccezione al divieto della prova per testimoni, prevista dall'art. 2724 n. 2 cod. civ. per l'ipotesi d'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta, non opera, ai sensi del successivo art. 2725, in riferimento agli atti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, e non può dunque trovare applicazione, in tema di appalto di opere pubbliche, con riguardo alle riserve formulate dall'appaltatore, per le quali il requisito formale, oltre ad essere espressamente prescritto dagli artt. 53 e 54 del r.d. 25 maggio 1895, n. 350, si ricollega alla stessa previsione normativa di una documentazione specificamente tipizzata dei fatti attinenti allo svolgimento dell'appalto (cfr. Cass., Sez. I, 2/09/2005, n. 17702).

Tale principio (tuttora valido, nonostante l'intervenuta abrogazione del r.d. n. 350 del 1895 da parte dell'art. 231 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, in quanto la disciplina dettata dagli artt. 53 e 54 cit. è stata riprodotta dapprima nell'art. 165 del d.P.R. n. 554 e successivamente negli artt. 31 e 32 del d.m. n. 145 del 2000 e negli artt. 190 e 191 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) non è tuttavia applicabile al caso in esame, non avendo la

controversia ad oggetto la pretesa dell'appaltatore al pagamento del corrispettivo dovuto per i maggiori lavori eseguiti, ma il risarcimento del danno cagionato dal comportamento illecito dell'ente committente, e per esso dei suoi organi, che avrebbe impedito la tempestiva formalizzazione della predetta pretesa, e non essendo pertanto l'appaltatore soggetto all'onere della preventiva formulazione della riserva.

In tema di appalto di opere pubbliche, infatti, questa Corte, nell'affermare che l'onere della riserva posto a carico dell'appaltatore si estende a tutte le pretese incidenti sul compenso complessivo, in quanto volto a garantire, in armonia con le esigenze del bilancio pubblico, la continua evidenza delle spese dell'opera, ai fini della corretta utilizzazione e dell'eventuale tempestiva integrazione dei mezzi finanziari all'uopo predisposti, nonché delle altre possibili determinazioni dell'amministrazione, che possono consistere anche nell'esercizio della potestà di risoluzione unilaterale del contratto, ha precisato che a tale regola fanno eccezione le pretese riguardanti *a*) fatti estranei all'oggetto dell'appalto o alla finalità di documentazione cronologica dell'*iter* esecutivo dell'opera, *b*) comportamenti dolosi o gravemente colposi dell'Amministrazione nell'esecuzione di adempimenti amministrativi, quando non incidano direttamente sull'esecuzione dell'opera e risultino quindi indifferenti rispetto alle finalità delle riserve, *c*) fatti c.d. continuativi, quando l'appaltatore non abbia potuto ancora trarre dal ripetersi degli episodi a lui pregiudizievoli la percezione della loro incidenza economica (cfr. Cass., Sez. I, 9/07/1976, n. 2613; 18/07/1975, n. 2841; 12/03/1973, n. 677). Alla prima categoria di pretese sono state ricondotte, in particolare, quelle aventi ad oggetto la rivalsa delle imposte e gli interessi di mora (cfr. Cass., Sez. I, 10/01/1974, n. 78), mentre nella seconda sono state incluse quelle ricollegabili a fatti che siano il prodotto di un'attività del tutto scissa e contraria ai fini della gestione dell'appalto, o a quelli che, costituendo fatti illeciti, abbiano con l'esecuzione dell'opera un legame puramente occasionale (cfr. Cass., Sez. I, 13/07/1983, n. 4759), con la precisazione che, in quanto fonte di responsabilità non contrattuale ma aquiliana, gli stessi danno luogo ad un diverso titolo giustificativo della pretesa (cfr. Cass., Sez. II, 8/10/1981, n. 5300).

E' a tale seconda categoria che può ascriversi la pretesa fatta valere dal ricorrente con l'atto di accesso all'arbitrato, avendo egli allegato, a sostegno della domanda, non già la mera esecuzione dei maggiori lavori resi necessari da asserite carenze progettuali, quale fatto costitutivo del diritto al relativo compenso, che avrebbe dovuto essere fatto valere mediante la tempestiva iscrizione della riserva nella contabilità dei lavori, bensì le pressioni psicologiche in tesi esercitate dai funzionari dell'Istituto proprio al fine di indurlo ad astenersi dall'iscrizione delle predette riserve, e quindi una condotta contrastante con la corretta gestione dell'appalto, la cui deduzione in giudizio, quale fonte di responsabilità, doveva ritenersi sottratta all'onere della riserva. La dimostrazione della predetta condotta non richiedeva poi necessariamente la produzione di un documento scritto, non trattandosi di fornire la prova della riserva, della quale l'attore aveva pacificamente ammesso l'avvenuta formulazione soltanto in sede di sottoscrizione del conto finale dei lavori, ma quella delle predette pressioni, a suo avviso qualificabili come violenza morale, e quindi idonee a giustificare la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno prodotto dall'omessa contabilizzazione dei maggiori lavori.

5. Il ricorso va pertanto accolto, restando assorbito il secondo motivo, e la sentenza impugnata va conseguentemente cassata, con il rinvio della causa alla Corte d'appello di Lecce, che provvederà, in diversa composizione, anche al regolamento delle spese del giudizio di legittimità.

#### **P.Q.M.**

accoglie il primo motivo di ricorso, dichiara assorbito il secondo motivo, cassa la sentenza impugnata, e rinvia alla Corte di appello di Lecce, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.