

## **Sulla rilevabilità giudiziale della decadenza dell'appaltatore di opera pubblica per mancata iscrizione di "riserva"**

*di Giancarlo Pampanelli (\*)*

1 – Il sistema normativo in materia di appalto di opere pubbliche tralattivamente contempla, come noto, la previsione dello specifico onere, a carico dell'appaltatore, della apposizione di "riserve" sugli atti contabili onde far valere le proprie pretese economiche nei confronti dell'Amministrazione committente.

In sostanza, l'appaltatore, qualora abbia a voler richiedere alla stazione appaltante pagamenti che non risultino dovuti in relazione alla contabilità dell'appalto, è tenuto ad iscrivere, in occasione della prima registrazione successiva al verificarsi dell'evento dedotto come generatore del diritto al compenso, apposita riserva sul documento contabile, che deve essere altresì esplicitata nei termini prescritti (cfr. al riguardo art. 54 del R.D. 25 maggio 1895 n. 350 ed ora art. 165 del d.P.R. 21 dicembre 1989 n. 554; in tema di lavori del Genio Militare art. 33 del RD. 17 marzo 1932 n. 366 ed ora art. 204 del d.P.R. 19 aprile 2005 n. 170 ecc.).

La giurisprudenza (e la dottrina) è concorde, pur con diverse sfumature, nell'affermare che la ragione fondamentale giustificatrice delle preclusioni implicite ed esplicite nel sistema dell'iscrizione delle riserve consiste nella necessità, nel quadro generale delle esigenze proprie del bilancio pubblico, della continua evidenza delle spese dell'opera, in relazione alla corretta utilizzazione ed all'eventuale e tempestiva integrazione dei mezzi finanziari all'uopo predisposti, nonché alle altre determinazioni che l'amministrazione deve prendere, anche in funzione di immediato controllo delle pretese avanzate dall'appaltatore.

Nell'appalto di opere pubbliche, l'onere di immediata denuncia di ogni fatto connesso all'esecuzione dell'opera, che l'appaltatore ritenga produttivo di conseguenze patrimoniali a sé sfavorevoli, è espressione di un principio generale, e pertanto sussiste anche riguardo ai fatti c.d. continuativi, come quelli prodotti da una causa costante o da una serie causale di non immediata rilevanza onerosa. (Cass., sez. prima, 24 gennaio 1997 n. 746).

La conseguenza del mancato adempimento dell'onere di apposizione di riserva e sua esplicitazione è dato dalla decadenza dell'appaltatore dalla possibilità di far utilmente valere la relativa pretesa economica.

---

(\*) Avvocato dello Stato.

“Nell’appalto di opere pubbliche, la mancata tempestiva iscrizione nel registro di contabilità, da parte dell’appaltatore, di riserva intesa ad ottenere il riconoscimento di maggiori costi sostenuti per le opere eseguite (nella specie, per lavori di sbancamento), ne comporta la decadenza dal diritto al pagamento e preclude la proposizione dell’azione di arricchimento, la quale è connotata dal requisito della sussidiarietà” (Cass., sez. prima, 12 settembre 2003 n. 13440 tra le tante).

Inoltre, “in tema di appalto di opere pubbliche, l’onere della prova di avere tempestivamente iscritto le riserve nel registro di contabilità (o nel verbale di sospensione dei lavori) grava sull’appaltatore che intenda avanzare pretesa per compensi ed indennizzi aggiuntivi rispetto al corrispettivo originariamente pattuito” (Cass., sez. prima, 3 novembre 2000 n. 14361).

2 – Rammentato quanto sopra, occorre osservare che, sul piano giudiziale, la intervenuta decadenza dell’appaltatore di opera pubblica per mancata tempestiva apposizione di riserva sugli atti contabili è ritenuta dalla Suprema Corte – seguita dalla giurisprudenza di merito ed arbitrale – formare oggetto di una cd. “eccezione in senso stretto”, non rilevabile *ex officio*.

Di conseguenza, la relativa eccezione deve essere sollevata nei prescritti termini perentori stabiliti dal cod. proc. civ., sotto pena di decadenza (v. al riguardo recentemente Cass., sez. prima, n. 1637/06; *idem*, sez. prima, n. 3824/03; *idem* n. 14361/00, ed altre precedenti della Cassazione a Sezione singola).

Nella su citata decisione n. 3824/03, in ordine alla decadenza per mancata iscrizione di riserva, si legge tra l’altro che “la previsione si deve ritenere appartenente a materia di diritti patrimoniali disponibili, quali non possono che essere quelli che disciplinano il momento contrattuale del rapporto tra appaltatore e P.A. nell’appalto di opere pubbliche.

Altra è, infatti, l’evidente “*ratio*” della previsione volta a tutelare la P.A. consentendole di valutare in ogni momento l’opportunità della permanenza del rapporto o la convenienza di un recesso con riguardo ai maggiori costi prospettati (Cass. 13399/99), ed altro è affermare che da tanto derivi la irrilevanza sostanziale e processuale dell’atteggiamento, rispetto alla assenza di tempestiva riserva, della stessa P.A., essendo invece coerente con la natura dell’istituto la possibilità che l’appaltante stesso ritenga di “non far valere” le conseguenze sanzionatorie di quella norma.

La tempestività della iscrizione delle riserve, pertanto, quale adempimento imposto con le specifiche prescrizioni di cui al citato R.D. 350 del 1895 ed al d.P.R. 1063/62 (applicabili al caso sottoposto), opera – impedendo, in caso di inosservanza, l’esercizio dei diritti a maggiori compensi – solo ove la Amministrazione appaltante abbia contestato la predetta mancanza di tempestiva iscrizione e, quindi, abbia nel processo eccepito la decadenza avveratasi”.

3 – Ciò posto, attualmente non può dirsi che, nella specifica materia della decadenza dell’appaltatore di cui ci occupiamo, sussista un ben delineato contrapposto indirizzo della Suprema Corte.

Tuttavia, l’orientamento sopra rammentato assunto dalla Cassazione nel delicato settore in questione non appare pienamente convincente e trova

ostacolo in posizioni ed affermazioni rivenienti dalla stessa giurisprudenza del Giudice di legittimità.

Anzitutto, a divergenti conclusioni rispetto a quelle sopra cennate sembra dover condurre una integrale ed attenta lettura della sentenza n. 3197, in data 4 luglio 1989, delle Sezioni Unite della Cassazione.

Detta pronunzia, seppure riferita ad un caso di specie (sancisce che la decadenza dall'azione giudiziaria per la riliquidazione della pensione prevista dall'art. 37, comma 5, della legge n. 830/1961, in quanto indisponibile dall'ente previdenziale nel cui interesse è sancita, può essere rilevata d'ufficio), ha tuttavia una ricaduta e portata di carattere generale.

Invero, nel testo della articolata motivazione della decisione in parola, si afferma il principio della non necessaria coincidenza della astratta "disponibilità" del diritto con l'esclusione dell'esistenza di "materia sottratta alla disponibilità delle parti", a mente dell'art. 2969 cod. civ.

Precisamente, il carattere disponibile del diritto azionato in giudizio non è di per sé elemento decisivo per escludere che si verta in materia sottratta alla disponibilità delle parti, mentre il carattere indisponibile del diritto (in quei pochi casi in cui esso è tale, come succede per i diritti relativi allo stato e alla capacità delle persone, o c.d. "*jura status*") è già chiaro indice che si verte in materia sottratta alla disponibilità delle parti.

Ma soprattutto, nell'arresto giurisprudenziale *de quo*, le Sezioni Unite si sono "*funditus*" poste il problema di individuare un criterio di carattere generale per la ricognizione dei casi di decadenze c.d. "di ordine pubblico", rilevabili *ex officio* dall'organo giudicante e da sussumere nel disposto dell'art. 2969 cod. civ.

Ciò al dichiarato e condivisibile fine di evitare pronunzie "che non approfondiscono il problema e contengono proposizioni meramente assertive".

Così, indicate come decadenze di ordine pubblico quelle in materia tributaria e previdenziale stabilite in favore dell'Amministrazione, la Suprema Corte ha rilevato che la decadenza di ordine pubblico ricorre "solo quando alla sua base vi sia un interesse superiore e specifico, diverso dal generale interesse alla certezza delle relazioni sociali, che ogni previsione di decadenza è, per sua natura, destinata a soddisfare."

Ciò premesso, le Sezioni Unite hanno fissato il principio generale per cui, al fine della individuazione delle dette decadenze non subordinate a rilievo di parte, "la chiave di soluzione del problema appare doversi individuare nella considerazione dell'interesse tutelato: la rilevanza d'ufficio ed il complessivo regime proprio dell'indisponibilità possono essere affermati se la decadenza in esame viene annoverata tra quelle dettate a protezione dell'interesse pubblico alla definitività e certezza delle determinazioni che concernono le erogazioni di spese gravanti sui pubblici bilanci, se, cioè, si esclude, come deve escludersi, che l'ente possa rinunciare alla decadenza stessa, derogare negozialmente alla disciplina legale di questa o riconoscere il diritto a questa soggetto, con effetti impeditivi della decadenza".

Non solo. Con riferimento specifico al settore delle opere pubbliche ed alla decadenza dell'appaltatore per mancata iscrizione di riserva, deve esse-

re tenuta in conto la posizione assunta da Cassazione, Sez. prima Civile, n. 8014 del 26 agosto 1997, sentenza che si riallaccia alla pronunzia menzionata delle Sezioni Unite e ne dà applicazione – per così dire – nella materia che ne occupa.

La decisione ribadisce che, pur sussistendo la tendenziale corrispondenza tra i “diritti indisponibili”, cui fa riferimento la rubrica dell’art. 2968 c.c., e la “materia sottratta alla disponibilità delle parti”, menzionata nel testo della citata disposizione, non v’è tra le due espressioni una coincidenza assoluta, talché, pur potendo esser disponibile il diritto colpito da decadenza, questa può essere prevista dalla legge a tutela di un interesse superiore rispetto a quello delle parti in contesa, ossia per regolare una materia sottratta alla loro disponibilità.

Pertanto, a ciò consegue – secondo la Cassazione – che “... non vi è dubbio che il diritto dell’appaltatore ai maggiori compensi per i quali è stata iscritta riserva sia disponibile, ma non può per ciò solo ritenersi disponibile la posizione dell’ente pubblico tenuto al pagamento, il quale è soggetto alle norme sulla contabilità pubblica e non può rinunciare alla decadenza disposta dalla legge in ordine alla regolarità della procedura stabilita per l’iscrizione delle riserve nei registri di contabilità. Tale orientamento interpretativo, che è stato ulteriormente ribadito anche in tema di appalto di opere pubbliche – Cass., 14 luglio 1992, n. 8548 – consente perciò di ribadire che la decadenza dell’appaltatore dalle riserve relative a domande di maggiori compensi non può, comunque, formare oggetto di rinuncia da parte della P.A., né in forma espressa, né in forza di un comportamento tacito concludente”.

4 – A tal punto, tirando la fila del discorso, pare – ad avviso di chi scrive – che l’attuale indirizzo giurisprudenziale maggioritario in tema di rilevanza giudiziale della decadenza dell’appaltatore in questione, debba essere sottoposto a critica e rimeditato.

Invero, se – come è pacifico – la predisposizione da parte del legislatore del sistema normativo delle “riserve” dell’appaltatore di opera pubblica, con le connesse decadenze a suo carico dalle pretese economiche in caso di mancata iscrizione, radica la sua “ratio” nella necessità di immediata consapevolezza per l’Amministrazione committente delle spese comportate dall’opera pubblica, rapida determinazione sulla sorte dell’appalto, controllo e riscontro di dette pretese e spese e tempestiva programmazione delle risorse finanziarie per farvi fronte, in relazione anche con la disponibilità e trasparenza dei pubblici bilanci;

– se, ancora – come del pari non è fondatamente contestabile – la decadenza dell’appaltatore in parola risulta discendere non da una mera generica esigenza di definitiva certezza di relazioni giuridiche, bensì trovare giustificazione in un “interesse superiore e specifico” qual è quello sopra delineato, attinente al controllo e programmazione delle erogazioni di denaro pubblico per la realizzazione dell’opera divisa;

– la logica conseguenza è allora che siamo di fronte ad una decadenza rientrante tra quelle “di ordine pubblico”, rilevabili *ex officio*, secondo il paradigma tracciato dalle Sezioni Unite con la ripetuta pronunzia n. 3197 del

1989, nonché – è da aggiungere – secondo una necessaria considerazione della natura degli interessi in gioco.

Del resto, vale pure osservare che la sentenza n. 3197/89 *de qua*, provendendo dalle Sezioni Unite della Cassazione e non essendo più stata rimessa in discussione, in successivi interventi del medesimo Alto Collegio, rappresenta un precedente nomofilattico che si impone rispetto agli indirizzi delle singole Sezioni ed il cui contenuto appare essere manifestazione della funzione di assicurare “l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale” (come recita l’art. 65 ord. giudiz.).

Si osserva che la fissazione da parte delle Sezioni Unite delle su rammentate linee-guida in tema di decadenze rilevabili *ex officio* ha proprio l’evidente funzione di orientare i giudici in riferimento alla relativa problematica e chiudere la via a decisioni dettate da convinzioni soggettive.

Non è però solo quello di cui sopra il profilo da tenere in considerazione.

Come visto, ed a prescindere dal richiamo allo “schema generale” fornito dalla decisione n. 3197/1989, la Cassazione, Sez. prima, con la pronuncia n. 8014/1997 ha decisamente affermato che l’ente pubblico non può rinunciare – né in forma espressa né in forza di un comportamento tacito concludente – ad opporre la decadenza dell’appaltatore dalle riserve relative a domande di maggiori compensi, non trattandosi di posizione disponibile dell’ente pubblico stesso.

Il che sta ragionevolmente a significare (anche se la Corte non ha avuto modo di direttamente esplicitarlo) che si tratta di una decadenza “sottratta alla disponibilità delle parti” e dunque rilevabile *ex officio* ai sensi del citato art. 2969 cod. civ.

In definitiva, sia che si privilegi, nell’ottica generale delle Sezioni Unite, l’interesse superiore e specifico connesso con le erogazioni di denaro pubblico sotteso alle previsioni di decadenza, sia che si affermi l’indisponibilità ed irrinunciabilità per l’ente pubblico a far valere in particolare la decadenza in parola dell’appaltatore, la coincidente e condivisibile conseguenza è quella di una ricomprensibilità della fattispecie decadenziale in questione nel disposto del più volte menzionato art. 2969 cod. civ.

Né in contrario potrebbe obiettarsi che non è sufficiente una riconosciuta indisponibilità della posizione soggettiva da parte dell’ente pubblico per giustificare l’applicazione dell’art. 2969 cod. civ. e, più in generale, una deroga al principio dispositivo che sovrintende al processo civile.

Così, in particolare, anche la prescrizione non è come noto rinunziabile dall’Amministrazione, ma rimane eccezione in senso stretto non rilevabile d’ufficio, salvo espresse previsioni legislative.

Invero, a tale osservazione appare doversi opporre che il parallelismo non è correttamente proponibile, in quanto la disciplina della rilevabilità giudiziale della prescrizione è di carattere generale e non conosce una normativa – qual è quella di cui all’art. 2969 cod. civ. – che, in ragione della specifica rilevanza dell’interesse superiore implicato dalla previsione di decadenza, attribuisca all’organo giudicante il potere di diretto intervento e rilievo della stessa.

Va altresì sottolineato che la problematica trattata, oltre ad involgere interessi spesso di notevole rilevanza economica, tende oggi ad acquisire maggiore incidenza a seguito delle modifiche introdotte dalle leggi nn. 80/2005 e 51/2006 al processo civile (in particolare agli artt. 180 e 183 cod. proc. civ.), con la accentuata rigidità normativa in tema di tempestività della proposizione giudiziale delle c.d. eccezioni in senso stretto.

Peraltro, è da osservare che il senso comune mal tollera, a fronte di erogazioni di denaro pubblico, una divaricazione tra le ragioni dell'ente pubblico riconosciute dal diritto sostanziale e l'ostacolo frapposto dalle preclusioni processuali.

Conclusivamente, non può che auspicarsi in materia un intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Suprema Corte.