

---

Comitato scientifico:

*Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, segreteria del Consiglio Superiore della Magistratura) - Vittorio CORASANITI (Magistrato) - Francesco ELEFANTE (Magistrato) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Paolo SPAZIANI (Magistrato) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).*

---

**La difficoltà della prova non può mai tradursi in esonero, neanche se la prova manca per fatti imputabili all'altra parte.**

*L'obiettivo difficoltà, in cui si trovi la parte, di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere della prova, che grava, comunque, su di essa; né, d'altro canto, la circostanza che detta prova sia venuta a mancare per fatti imputabili alla parte che ha interesse contrario alla prova stessa, implica che questa debba considerarsi acquisita e la domanda debba essere accolta.*

**Tribunale di Roma, sezione seconda, sentenza del 12.9.2013**

...omissis...

1 - La preliminare eccezione di inammissibilità delle domande attoree, sollevata dall'Anas, è infondata.

Ed invero, con riferimento ai limiti di estensione del giudicato, la Suprema Corte ha statuito che: "Nel processo civile, l'irregolarità nell'introduzione di una domanda, sanzionata dall'ordinamento con l'invalidità ostativa ad una pronuncia nel merito, non è vizio che attenga all'esistenza dei presupposti di un diritto o di una azione; pertanto, in caso di omessa pronuncia nel

merito su una domanda dichiarata inammissibile per vizio nella sua introduzione o notificazione, la parte interessata può denunciare l'omissione in sede di gravame, previa impugnazione della declaratoria d'inammissibilità o del rigetto in rito, ovvero coltivare la domanda in separato giudizio, posto che la rinuncia implicita alla pretesa, correlabile al mancato esperimento del gravame, ha valore meramente processuale e non sostanziale; ne consegue che, in quest'ultimo caso, non possono essere fondatamente opposte né una preclusione derivante dalla mancata impugnazione della precedente sentenza per la dichiarata inammissibilità o per il rigetto in rito, né una preclusione da giudicato sulla domanda", (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 13614del04/06/2010).

Sicché, il giudicato copre solo le domande sulle quali si sia ottenuta una pronuncia nel merito, ma non una mera pronuncia di inammissibilità per vizio nella sua introduzione o notificazione.

Ebbene, nel caso in esame, è pacifico che il Collegio arbitrale non ha esaminato nel merito la domanda proposta dalla M. [REDACTED] con riferimento alle riserve oggetto del presente giudizio (e precisamente le riserve nn. 17 e 18), limitandosi a dichiararla inammissibile perché tardivamente proposta.

Ne consegue che -trattandosi di mera pronuncia in rito- non può ritenersi formato su di essa alcun giudicato, ben potendo la stessa essere riproposta nella presente sede.

2 - Nel merito, le domande attoree possono essere accolte solo parzialmente, nei limiti di cui si dirà.

Giova premettere che -dalla documentazione in atti- risulta che l'appalto per cui è causa aveva ad oggetto la realizzazione dei lavori di ammodernamento [REDACTED].

La consegna dei lavori è avvenuta in data 12.3.04 e la data di ultimazione era stata fissata all'11.11.05 (dopo 610 giorni), poi prorogata -su richiesta dell'impresa appaltatrice- al 10.5.06.

In data 9.6.06, poi, è stata approvata una Variante Tecnica di progetto, a seguito delle problematiche geotecniche insorte nel corso delle lavorazioni,

e, in data 14.2.07, è stato stipulato l'Atto addizionale n. 59874, con il quale l'importo contrattuale è stato elevato ad Euro 13.658.515,06 e l'ultimazione dei lavori è stata prorogata di 480 giorni.

Nel corso dell'esecuzione, sono state evidenziate da entrambe le parti problematiche di varia natura, relative a modifiche di tracciato, rimozioni di materiali rinvenuti nelle aree di lavoro, modifiche strutturali e ritardi relativi alla presentazione di programmi di esecuzione lavori e redazione dei progetti costruttivi. Inoltre, sono state ordinate sospensioni parziali connesse con la necessità di approfondire problematiche di natura geotecnica. In tale contesto, l'impresa appaltatrice ha iscritto numerose riserve sul Registro di Contabilità dell'appalto.

Infine, l'impresa appaltatrice ha attivato un procedimento arbitrale per la definizione delle controversie relative al pagamento di Sai e dei maggiori oneri indicati nelle prime 16 riserve iscritte; mentre in data 3.10.07 l'Anas ha notificato alla M. l'atto di risoluzione del contratto di appalto.

La controversia istaurata dinanzi al Collegio arbitrale è stata definita con lodo n. 117/08, avverso il quale non è stata proposta alcuna impugnazione; mentre nel presente giudizio si controverte esclusivamente in ordine alla fondatezza delle riserve nn. 17, 18 e 19, non esaminate in sede arbitrale.

2 - Ciò posto, deve innanzitutto premettersi che, anche con riferimento all'appalto in esame, vige il principio della tempestività della riserva, alla luce del quale la riserva, che concerne ogni pretesa di maggiori compensi, rimborsi o indennizzi per qualsiasi titolo ed in relazione a qualsiasi situazione nel corso della esecuzione dell'opera, può ritenersi tempestivamente formulata solo se inserita nel registro della contabilità generale al momento della prima iscrizione successiva alla insorgenza del fatto integrante la fonte delle ragioni vantate oppure su altri documenti redatti dall'amministrazione in contraddittorio con l'imprenditore, quali, i verbali stesi in contraddittorio dall'ente appaltante e attinenti a punti significativi della vicenda contrattuale, come quelli di consegna e di sospensione o ripresa dei lavori.

Tuttavia -ai fini della ripartizione dell'onere della prova tra le parti in causa- è necessario distinguere tra l'onere di dimostrare l'iscrizione in sé

della riserva e l'onere di dimostrare che questa sia stata iscritta tempestivamente.

In particolare, quanto al primo onere probatorio, questo grava sull'impresa appaltatrice, in virtù della generale regola prevista dall'art. 2697 c.c., attenendo ciò alla prova dei fatti costitutivi dei maggiori oneri asseritamente sostenuti a seguito del dedotto andamento anomalo dei lavori.

Peraltro, la Suprema Corte ha chiarito al riguardo che **"L'obiettivo difficoltà, in cui si trovi la parte, di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere della prova, che grava, comunque, su di essa; né, d'altro canto, la circostanza che detta prova sia venuta a mancare per fatti imputabili alla parte che ha interesse contrario alla prova stessa, implica che questa debba considerarsi acquisita e la domanda debba essere accolta. (Fattispecie relativa a domanda di pagamento di maggiori somme proposta da un appaltatore di opere pubbliche in relazione alle riserve formulate nel corso dell'esecuzione dei lavori, la quale era risultata sfornita di prova a seguito dello smarrimento della documentazione del rapporto contrattuale, custodita presso gli uffici del comune appaltante)", (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 17702de/02/09/2005).**

Diverso è, invece, il discorso con riferimento all'onere di dimostrare che le riserve siano state iscritte tempestivamente.

Infatti, poiché la materia delle riserve non è sottratta alla disponibilità delle parti, la disciplina in esame si accresce di un elemento ulteriore, costituito dalla necessità di contestazione della loro avvenuta (tempestiva) formulazione posta dalla legge a carico del committente; in mancanza della quale, dunque, al giudice è precluso di indagare se siano state osservate o meno le prescrizioni dettate dalle disposizioni del R.D. n. 350 del 1890 e del D.P.R. n. 1063 del 1962 e di dichiarare la decadenza dell'appaltatore dal diritto di far valere le pretese di maggiori compensi.

Sicchè, l'onere della prova di avere tempestivamente iscritto apposite riserve in relazione a dette pretese grava, per le ragioni indicate, sull'appaltatore, ma tale onere diviene concretamente attuale soltanto quando la controparte abbia eccepito la decadenza dalla riserva.

Nel caso in esame, non è necessario verificare se le riserve siano state iscritte ritualmente nella contabilità dell'appalto, atteso che la convenuta ha tempestivamente eccepito la loro tardività.

3 - Orbene, nel corso del giudizio è stata espletata una ctu, al fine di:

- descrivere il concreto andamento dell'appalto;
- esaminare il dedotto andamento irregolare e le sospensioni dei lavori, rilevando se le cause invocate trovino effettivo riscontro, nonché se le stesse siano o meno giustificate, valutando al riguardo la posizione delle singole parti nella determinazione dei singoli eventi;
- in relazione ai maggiori oneri lamentati dall'appaltatore, valutare le diverse voci di danno prospettato, la loro congruità nonché se detti oneri trovino effettivo riscontro nei documenti di appalto;
- accertare se l'impresa abbia effettuato lavori non previsti in contratto descrivendone natura ed entità, nonché quantificandone i costi; a tal riguardo dovrà essere precisato se i lavori in questione siano stati assolutamente esclusi dalle previsioni contrattuali, oppure se gli stessi siano maggiori quantità di opere già previste in contratto;
- in relazione al quesito precedente, accertare anche se vi siano opere effettuate ma non contabilizzate procedendo anche alla loro quantificazione;
- valutare singolarmente le riserve nn. 17, 18 e 19 formulate dall'impresa, operando un separato calcolo sulle voci eventualmente riconoscibili.

Il consulente -sulla base di argomentazioni logiche che appaiono condivisibili e scevre da errori- ha innanzitutto verificato che l'irregolarità dell'andamento dell'appalto (evidenziato dalla lentezza del suo sviluppo) è stato conseguente alla sopravvenienza di incerto geologico non sufficientemente previsto in fase progettuale. Ciò ha portato ad una alterazione del rapporto negoziale ed alla iscrizione di 19 riserve, finalizzate al pagamento di prestazioni aggiuntive ed oneri non previsti. L'evento che ha più influito nello svolgimento dell'appalto è stato la sospensione parziale disposta il 27.7.05, a seguito della necessità di

approvare una variante, fatto, dunque, imputabile alla Stazione appaltante.

Con particolare riferimento alle tre riserve oggetto del presente giudizio, il consulente ne ha accertato la corretta formulazione ed iscrizione sui documenti contabili e di gestione. Il consulente, poi, ha esaminato singolarmente le suddette riserve, evidenziando quanto segue:

- RISERVA n. 17: risulta iscritta a seguito della realizzazione di opere aggiuntive di recinzione e di segnaletica stradale. Il ctu ha osservato che non risulta documentazione in ordine all'esatta ubicazione del luogo in cui tale materiale sia stato messo in opera. Però -alla luce degli interventi integrativi ordinati dal Coordinatore della Sicurezza in fase di Esecuzione- può ritenersi che tali interventi siano stati realizzati dove erano state cantierate le nuove opere, atteso che, con la modifica della morfologia dei siti di cantiere, potevano esistere potenziali situazioni di pericolo. L'ausiliare del giudice ha, quindi, ritenuto congruo riconoscere per le installazioni aggiuntive in questione l'importo di Euro 68.867,57.

- RISERVA n. 18: ha ad oggetto il pagamento delle apparecchiature approvvigionate a piè d'opera che, se l'appalto non fosse stato risolto, sarebbero state utilizzate durante la costruzione delle nuove opere (fondazioni, paratie di pali e micropali, strutture in cemento armato, etc.). L'ausiliare del giudice ha ritenuto congrua solo una parte della richiesta, risultando enumerato del materiale diverso rispetto a quanto indicato nel verbale di consistenza redatto in contraddittorio con il Direttore dei lavori, per l'importo complessivo di Euro 165.444,61.

- RISERVA n. 19: riguarda gli oneri sostenuti a seguito della ritardata emissione della contabilità finale. Il ctu ha riscontrato un ritardo di giorni 459, atteso che il certificato di collaudo doveva essere emesso entro il primo semestre successivo all'1.10.07, mentre è stato emesso il 2.7.09. I maggiori oneri lamentati sono costituiti dai premi assicurativi connessi alle cauzioni a garanzia; dalle spese generali e dalle spese di ammortamento dei macchinari, sostenute nel periodo di ritardo. Il consulente ha ritenuto congrua la somma di Euro 5.956,00 per i premi assicurativi; Euro 31.887,71 per il pagamento dei premi assicurativi ed Euro 410.855,05 per le spese generali.

Tali conclusioni -che appaiono condivisibili- sono state confermate dal ctu anche successivamente alle osservazioni critiche sollevate dalle parti, alle quali il consulente ha compiutamente risposto.

4 - In conclusione, in parziale accoglimento della domanda attorea, l'Anas va condannata al pagamento della somma di Euro 68.867,57 con riferimento alla Riserva n. 17; della somma di Euro 165.444,61 con riferimento alla Riserva n. 18; nonché della somma di Euro 448.698,76, con riferimento alla Riserva n. 19.

Sulle suddette somme spettano gli interessi legali decorrenti dalla data della proposizione della domanda giudiziale, atteso che -trattandosi di un rapporto contrattuale di appalto- il momento di inizio della decorrenza del computo degli interessi e del calcolo della rivalutazione deve essere individuato nella costituzione in mora e non nell'iscrizione delle riserve (cfr. Cass. 3768/2006 e 7204/2011), e che non risultano precedenti atti idonei a costituire in mora la convenuta.

Spetta, altresì, il cd. maggior danno ex art. 1224 c.c., anch'esso richiesto, da riconoscersi in via presuntiva e da determinarsi secondo il criterio individuato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 19499 del 16.7.2008. Le SS.UU. hanno al riguardo affermato che nelle obbligazioni pecuniarie, in difetto di discipline particolari dettate da norme speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, cod. civ. (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali che siano comunque dovuti) è in via generale riconoscibile in via presuntiva (fatta salva la possibilità di prova contraria da parte del debitore) per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi del primo comma dell'art. 1284 cod. civ.

Alla prevalente soccombenza segue la condanna dell'A■■■■ al pagamento in favore della controparte delle spese di giudizio, liquidate in dispositivo (d'ufficio, in difetto di presentazione della relativa nota) con riferimento all'importo riconosciuto come dovuto.

Le spese relative all'onorario del c.t.u. sono poste definitivamente a carico della convenuta.

P.Q.M.

Il Giudice Unico del Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando, così provvede:

a) in parziale accoglimento della domanda attorea, CONDANNA [REDACTED] al pagamento, in favore della M [REDACTED] Srl., della somma di Euro 68.867,57 con riferimento alla Riserva n. 17; della somma di Euro 165.444,61 con riferimento alla Riserva n. 18; nonché della somma di Euro 448.698,76, con riferimento alla Riserva n. 19, oltre interessi moratori al tasso legale ed al maggior importo dato dall'eventuale differenza tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi del primo comma dell'art. 1284 c.c., decorrenti dalla data della domanda fino al pagamento;

b) RIGETTA per il resto la domanda attorea;

c) CONDANNA [REDACTED] alla refusione, in favore della M. COSTRUZIONI Srl., delle spese di lite, che liquida in Euro 1.130,00 per spese ed Euro 9.500,00 per compensi, oltre accessori come per legge;

d) PONE definitivamente a carico [REDACTED] le spese di ctu, liquidate in separato provvedimento.

Così deciso in Roma, il 5 settembre 2013.

Depositata in Cancelleria il 12 settembre 2013.