Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 25 febbraio 2009, n. 4463

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI
Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PRESTIPINO	Giovanni	- Primo Presidente f.f. -
Dott. PAPA	Enrico	- Presidente di sezione -
Dott. ELEFANTE	Antonino	- Presidente di sezione -
Dott. MENSITIERI	Alfredo	- Consigliere -
Dott. PICONE	Pasquale	- Consigliere -
Dott. BONOMO	Massimo	- Consigliere -
Dott. FINOCCHIARO	Mario	- Consigliere -
Dott. GOLDONI	Umberto	- rel. Consigliere -
Dott. SALVAGO	Salvatore	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:
R.M., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA F.C. 5, presso lo studio dell'Avv. M.L., che lo rappresenta e difende unitamente all'Avv. B.B., per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

CONTRO

COMUNE "XXX";

- intimato -

sul ricorso n. 24084 - 2004 proposto da:
COMUNE "XXX", in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA C., 38, presso lo studio dell'Avv. P.B.P., rappresentato e difeso dall'Avv. M.R., per delega a margine del controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

CONTRO

R.M., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA F.C., 5, presso lo studio dell'avvocato M.L., che lo rappresenta e difende unitamente all'Avv. B.B., per delega a margine del controricorso al ricorso incidentale;

- controricorrente al ricorso incidentale -

avverso la sentenza n. 2177/2003 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 02/07/2003;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16/12/2008 dal Consigliere Dott. SALVAGO SALVATORE;
udito l'Avv. A.C. per delega dell'Avv. M.L.;
udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. N.V.,
che ha concluso, previa riunione, in via preliminare dei due ricorsi, per il dichiararsi la giurisdizione del Giudice ordinario con il rigetto del primo motivo del ricorso incidentale, accoglimento del primo motivo del ricorso principale, assorbiti tutti gli altri.

FATTO

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
Il Tribunale di Ariano Irpino, con sentenza del 30 gennaio 2001, condannò il Comune "XXX"a pagare in favore di R. M., in relazione ai lavori di costruzione di una scuola media, 1^ e 2^ lotto, a lui concessi in appalto, per saldo revisione prezzi, la complessiva somma di L. 95.000.000, comprensiva di rivalutazione monetaria.
In accoglimento dell'appello dell'amministrazione comunale, la Corte di appello di Napoli, con sentenza del 2 luglio 2003, ha respinto le domande del R., osservando: a)che a quest'ultimo erano stati corrisposti diversi acconti sui vari S.A.L. a titolo di revisione prezzi, a seguito di altrettante delibere della Giunta municipale, che pur non aveva deliberato con i poteri del Consiglio comunale, competente a riconoscere la revisione suddetta; sicché la posizione

dell'appaltatore aveva assunto consistenza di diritto soggettivo; b) che tuttavia dette delibere non erano state recepite dal Consiglio comunale che non aveva, quindi, manifestato alcuna volontà al riguardo:senza considerare che la G.M. sembrava essersi limitata alla liquidazione degli acconti sulla base di atti tecnici compilati d'iniziativa del direttore dei lavori, ancor prima che vi fosse istanza di liquidazione da parte dell'appaltatore.
Per la Cassazione della sentenza il R. ha proposto ricorso per 4 motivi; cui resiste con controricorso il Comune "XXX" che ha formulato a sua volta ricorso incidentale per un motivo.

DIRITTO

MOTIVI DELLA DECISIONE
I ricorsi vanno, anzitutto riuniti, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., perché proposti contro la medesima sentenza.
Con il ricorso incidentale, dall'evidente carattere pregiudiziale, il Comune "XXX", deducendo violazione di legge, censura la sentenza impugnata per avere qualificato di diritto soggettivo, invece che di interesse legittimo, la posizione dell'appaltatore a seguito del mancato riconoscimento del suo diritto alla revisione prezzi da parte del Consiglio comunale;e per non avere di conseguenza dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.
II ricorso è fondato.
Non è anzitutto esatto che la Corte di appello abbia dichiarato viziate da incompetenza relativa le Delib. Giunta municipale n. 570 del 1985, e quelle successive che avevano disposto il pagamento di acconti sulla revisione dei prezzi liquidata nei vari stati di avanzamento dei lavori (s.a.l.), nonché su quella relativa all'esecuzione del contratto 24 giugno 1996, n. 43; per poi disapplicare (peraltro di ufficio, e senza alcuna censura del comune al riguardo), i relativi provvedimenti, in violazione del noto divieto posto dalla L. n. 2248 del 1865, artt. 2, 4 e 5, All. E), al Giudice ordinario di disapplicare atti amministrativi non incidenti su diritti soggettivi. Ed all'amministrazione di richiedere la disapplicazione di provvedimenti che essa stessa ha emesso.
Nel caso, infatti, la sentenza impugnata non ha considerato né invalida né da disapplicare alcuna delle menzionate deliberazioni della G.M., cui ha invece riconosciuto il potere di liquidare gli acconti in questione, perciò implicitamente dando atto della legittimità di tutte.
La Corte territoriale, invece, ha ritenuto che nessuna di esse potesse essere interpretata come esercizio della facoltà dell'amministrazione comunale di riconoscere la revisione prezzi al R. sugli appalti dallo stesso eseguiti, in quanto il relativo potere apparteneva esclusivamente al Consiglio comunale, che non risultava essere stato mai investito della questione; e nell'ipotesi in cui dette delibere abbiano contenuto un tal riconoscimento (il che la sentenza impugnata ha negato: pag. 7), ne ha escluso la necessaria ratifica da parte del Consiglio comunale. Per cui in entrambi i casi esse avevano costituito un valido titolo per il pagamento degli acconti da parte dell'appaltatore, ma non ne fornivano alcuno per pretendere il saldo della revisione, il cui riconoscimento doveva provenire esclusivamente dal massimo organo consiliare.
E siffatte considerazioni risultano conformi alla giurisprudenza di questa Corte, resa anche a sezioni unite ed ormai del tutto consolidata, secondo la quale in materia di appalto di opere pubbliche: a) il diritto dell'appaltatore alla revisione dei prezzi, sorge (dopo la L. n. 47 del 1973) soltanto per effetto e dal momento del riconoscimento della revisione medesima da parte dell'amministrazione; b) tale riconoscimento non può che perfezionarsi

con le modalità richieste dalle norme sulla ed, evidenza pubblica, per i comuni, contenute nel R.D. n. 148 del 1915, nonché nelle leggi successive in materia, e deve perciò provenire necessariamente dall'organo dell'ente pubblico abilitato a manifestarne la volontà che è esclusivamente il Consiglio comunale;
c) conseguentemente non può assurgere a valido ed efficace riconoscimento del diritto dell'appaltatore alla revisione il provvedimento pur espressamente attributivo della revisione stessa, pur quando adottato dal Sindaco e dalla Giunta municipale in via d'urgenza, ove la delibera non sia stata ratificata dal Consiglio Comunale (Cass. sez. un. 6993/2005; 165/1999; 4388/1994).
Contrariamente, infatti, a quanto mostra di ritenere il ricorrente, l'istituto della revisione dei prezzi contrattuali onde adeguarli ai mutati costi dei fattori produttivi, per gli li aggravi economici che impone alla stazione appaltante, è disciplinato in ogni sua fase dalla legge e correlato ad un potere attribuito alla p.a.
nell'interesse pubblico, che perciò opera al di fuori del contratto (nonché delle spese in esso previste) con effetti su di esso; ed è strutturato come un procedimento concessorio rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione appaltante.
Conseguentemente per l'impegno di nuove spese che esso comporta, il riconoscimento della revisione negli appalti dei comuni rientrava al lume già del menzionato R.D. n. 148 del 1915, art. 131, nella competenza esclusiva del Consiglio comunale a deliberare "nuove e maggiori spese, nonché lo storno di fondi da una categoria ad un'altra del bilancio" (punto 10), e non in quella della G.M. (artt. 139 e 140), che al più nelle ipotesi di particolare urgenza - tale da non consentire la convocazione del Consiglio - poteva adottare in via provvisoria la relativa deliberazione, tuttavia subordinata quanto alla sua efficacia alla ratifica del Consiglio comunale.
Abrogate le nuove competenze degli organi, introdotte dal R.D. 3 marzo 1934, n. 383, ad opera del R.D.L. 4 aprile 1944, n. 111, art. 13, la L. 9 giugno 1947, n. 530, art. 25, dispose: "Le attribuzioni ed il funzionamento dei Consigli e delle Giunte comunali sono regolati dal testo unico della legge comunale e provinciale, approvato con R.D. 4 febbraio 1915, n. 148 e dalle modifiche contenute nel R.D. 30 dicembre 1923, n. 2839: perciò ripristinando la competenza del Consiglio comunale a disporre e/o riconoscere la revisione, che permaneva dunque sia all'epoca in cui furono stipulati i contratti di appalto tra le parti, sia a quella del loro svolgimento nonché della liquidazione degli acconti da parte della G.M. di “XXX”.
Pertanto, siccome la sentenza impugnata ha accertato, ed il R. non ha contestato, che nel caso la questione della revisione prezzi per i lavori affidati in appalto al R. non ha mai costituito oggetto di alcuna delibera consiliare, sarebbe corretta, in astratto, la conclusione della Corte territoriale, secondo cui alla data della citazione introduttiva del giudizio, l'appaltatore non poteva vantare alcuna posizione di diritto soggettivo a conseguire la revisione, sia perché le menzionate delibere della G.M. di liquidazione degli acconti sui vari s.a.l., pur se interpretate quali provvedimenti rivolti a concederla, non erano seguite da alcun provvedimento di ratifica da parte del Consiglio comunale; sia perché, con le deliberazioni suddette, in realtà la Giunta non aveva inteso operare alcun riconoscimento, ma semplicemente avallare la corresponsione degli acconti predisposta "sulla base di atti tecnici compilati d'iniziativa dal direttore dei lavori, quando ancora, ottobre 1985, data della prima deliberazione di acconto, non vi era stata domanda dall'appaltatore".

In realtà il R. ha fondato il dedotto diritto soggettivo al pagamento della revisione, e quindi anche del saldo in aggiunta agli acconti già ricevuti, sul principio più volte enunciato dalla giurisprudenza che il suo riconoscimento può avvenire anche in maniera implicita, attraverso atti della stazione appaltante che postulano l'esercizio del potere in ordine all'*an* della revione, quali il pagamento di acconti sul futuro compenso revisionale:
traendo dalle deliberazioni della G.M. di liquidazione degli acconti di cui si è detto, il postulato che il relativo pagamento costituisca sempre e comunque riconoscimento implicito della revisione e perciò esaurisca la fase dell'ari riservata al potere discrezionale della P.A., attribuendo all'appaltatore una posizione di diritto soggettivo - rientrante nella cognizione del giudice ordinario - a conseguire il *quantum* predisposto dal legislatore.
Sicché il *thema* della decisione sul punto demandata a questa Corte rimane circoscritto alla risoluzione della questione se il Comune "XXX" abbia riconosciuto in modo implicito il diritto dell'impresa R. alla revisione per il fatto che la Giunta abbia provveduto a disporre il pagamento degli acconti di volta in volta predisposti dalla Direzione dei Lavori in occasione dei vari stati di avanzamento.
Ai fini della relativa indagine, non ha considerato il ricorrente che assumono rilevanza due regole che costituiscono diretti corollari dei principi avanti ricordati in relazione al riconoscimento espresso.
Per la prima, il riconoscimento in tanto può comportare l'insorgere di una valida obbligazione dell'Amministrazione committente alla revisione dei prezzi, in quanto la corrispondente manifestazione volontà - che può essere anche implicita - provenga dall'organo deliberativo del soggetto pubblico appaltante. In tale senso, del resto, si sono già espresse queste Sezioni Unite nelle sentenze 28 ottobre 1995 n. 11312 e 6 maggio 1994 n. 4388 traendone, con riferimento alle controversie relative a contratti di appalto di opere pubbliche commesse da Comuni, la conseguenza che non può assurgere a valido ed efficace riconoscimento del diritto dell'appaltatore alla revisione il provvedimento pur espressamente attributivo della revisione stessa adottato dal Sindaco, o anche dalla Giunta municipale, ovvero da altri organi, ove i relativi provvedimenti non siano stati recepiti o ratificati dal Consiglio Comunale, dato che il Comune ha, per quanto detto, il proprio organo deliberativo nel Consiglio comunale.
E d'altra parte la differenza tra le due forme di riconoscimento è soltanto che la prima è contenuta in una dichiarazione espressa in forma di proposizione logica, mentre la seconda si ricava da un comportamento di fatto tale da far concludere che il suo autore ha inteso conseguire uno specifico risultato; ma l'una e l'altra manifestazione sono soggette alle medesime regole dell'evidenza pubblica e devono necessariamente provenire dall'organo cui per legge spetta il potere dovere di esprimere all'esterno la volontà dell'ente pubblico nella materia.
Invece, se detti provvedimenti o altri comportamenti della Giunta, ovvero di altri organi del comune in una materia di competenza del Consiglio Comunale fossero idonei a costituire irreversibilmente posizioni di diritto soggettivo in capo all'appaltatore per il solo fatto di configurare manifestazioni implicite concludenti dell'intento di riconoscere la revisione, la loro funzione diverrebbe quella del tutto abnorme, di vanificare il potere di deliberazione, di controllo e di ratifica dell'organo competente e di realizzare una illegittima (e definitiva) sostituzione della Giunta, nonché di altri organi al Consiglio nell'esercizio di poteri deliberativi che la legge attribuisce esclusivamente a quest'ultimo.

E siffatta conseguenza appare ancor più palese nel caso concreto in cui, come accertato dalla sentenza impugnata, la predisposizione dell'acconto e dei relativi conteggi veniva compiuta dalla direzione dei lavori in occasione della redazione di ciascun s.a.l., e liquidata dalla G.M. in conseguenza delle nuove disposizioni introdotte dalla L. n. 741 del 1981, (di cui si dirà avanti); per cui il riconoscimento della revisione sarebbe sostanzialmente ascrivibile al D.L., che invece è soltanto un ausiliare dell'amministrazione committente che ne assume la rappresentanza limitatamente alla materia strettamente tecnica. I suoi accertamenti, le sue valutazioni e le sue dichiarazioni sono perciò vincolanti per il committente medesimo, come ripetutamente rilevato da dottrina e giurisprudenza, soltanto se siano contenuti in detto ambito tecnico e siano rivolti alla buona esecuzione dell'opera, come avviene per la certificazione dei lavori eseguiti, la loro accertata conformità al progetto ed avvenuta esecuzione secondo le regole dell'arte e così via. Ed in ordine alla revisione egli ha il mero compito di formulare proposte e compiere le opportune relazioni tecniche devolutegli dal R.D. n. 350 del 1895, limitandosi comunque alla mera enunciazione dell'importo da attribuire all'appaltatore ove la sua domanda fosse accolta dall'amministrazione committente (Cass. sez. un. 6034/2002;
5731/2002; 11365/1999).
Per cui, il collegio deve ribadire il principio di diritto che negli appalti dei comuni anche il riconoscimento implicito costituito dal disposto pagamento di uno o più acconti revisionali è configurabile soltanto in presenza di un comportamento dell'amministrazione committente che presupponga la volontà del Consiglio comunale di accordare la revisione prezzi: in quanto è soltanto all'organo suddetto che le norme sull'evidenza pubblica hanno attribuito il potere - dovere di rappresentare l'amministrazione in ordine alle scelte discrezionali in merito alla concessione del compenso e di adottare gli atti ed i comportamenti consequenziali, siano essi espliciti o impliciti; e perché, dunque, solo se disposto da detto organo il pagamento dell'acconto potrebbe configurare l'esercizio in senso positivo del potere in ordine all'*an debeatur* della revisione.
Ma le Sezioni Unite in ordine a tale modalità di riconoscimento hanno enunciato una seconda regola, che cioè lo stesso è invocabile solo in presenza di un comportamento del committente che presupponga la volontà del suo organo deliberativo di accordare la revisione prezzi: ossia solo in presenza di comportamenti che in tanto possono essere assunti, in quanto - perlomeno secondo la prospettiva normativa - siano stati preceduti dall'esercizio positivo del potere discrezionale in ordine alla concessione della revisione.
In questo prospettiva, è stato escluso che il riconoscimento implicito del compenso revisionale possa essere dedotto dalla mera previsione delle spettanze a titolo di revisione prezzi nella determinazione contrattuale delle "quote di incidenza" dei vari fattori del costo dell'opera (cfr. Cass. S.U. 6 maggio 1994 n. 4388):
costituendo la stessa un preciso obbligo, imposto agli enti pubblici dalle L. 21 giugno 1964, n. 463, e L. 17 febbraio 1968, n. 93, la prima delle quali enuncia, poi (art. 1, come sostituito dalla L. n. 93 del 1968), i criteri in base ai quali debbono essere determinate le singole "quote d'incidenza" e gli indici di "variazione del costo", con riferimento a ciascuna componente di esso, ai fini della "determinazione dell'importo revisionale".
Le medesime considerazioni valgono per il pagamento dell'acconto (o degli acconti) sulla revisione.
E' vero, infatti che la medesima norma, stabiliva altresì la misura degli acconti per revisione prezzi che poteva essere corrisposta in

corso d'opera, da aggiungere "a quello dovuto all'impresa per i lavori eseguiti, accertati in ciascun stato di avanzamento"; e che la L. n. 700 del 1974, ha elevato "gli acconti per revisione dei prezzi da corrispondere all'appaltatore .... unitamente ai pagamenti in conto per lavori eseguiti... nella misura dell'85 per cento dell'ammontare dell'importo revisionale determinato a norma delle disposizioni vigenti.
Ma il sistema è stato modificato e completato dapprima dalla L. 1 del 1978, art. 14, secondo cui "per le opere di cui all'art. 1 ... qualora si faccia luogo a favore delle imprese appaltatrici alle anticipazioni di cui al decreto del Ministro per il tesoro previsto al R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 12, secondo le integrazioni apportate dal D.P.R. 30 giugno 1972, n. 627, art. 2, la revisione dei prezzi contrattuali sarà accordata per l'importo eccedente quello anticipato". E, poi dalla L. n. 741 del 1981, art. 3, che ha fatto carico alle stazioni appaltanti di accreditare alle imprese indipendentemente dalla richiesta l'anticipazione in questione.
Sicché, quanto meno a partire dalla L. n. 1 del 1978, ed a maggior ragione con la L. n. 741 del 1981, applicabile all'appalto per cui è causa, è stata introdotta una nuova disciplina relativa al pagamento degli acconti sul compenso revisionale, più non considerato una semplice facoltà della P.A. esercitabile al di fuori del contratto, ma un vero e proprio obbligo legale della stazione appaltante, al pari di quello al pagamento degli acconti sui lavori eseguiti: come si desume dal fatto che la misura degli acconti revisionali è stabilita in quella fissa dell'85%; che su domanda dell'impresa e subordinatamente alla prestazione, per un importo equivalente, di fideiussione bancaria o di polizza fidejussoria assicurativa, deve essere corrisposto anche il residuo 15%; che il pagamento è dovuto unitamente a quelli in conto di lavori eseguiti e che, in caso di ritardo, trovano applicazione gli artt. 35 e 36 del Capitolato Generale Ministero LL.PP. Per cui allorquando il Direttore dei Lavori, in occasione della predisposizione del S.A.L. vi inserisce l'importo che spetterebbe all'appaltatore a titolo di revisione prezzi (ove la sua pretesa fosse riconosciuta dall'amministrazione committente) e la G.M. ne dispone il pagamento, nessuno di detti organi esercita (o potrebbe esercitare) alcun potere in rappresentanza di quest'ultima, né lascia sottintendere in alcun modo l'esercizio in senso affermativo del potere discrezionale di riconoscimento della revisione, ma si limita a dare esecuzione al suo regime legale: confermando, in astratto l'esattezza della soluzione accolta dalla Corte del merito, la quale ha escluso che gli acconti sulla revisione determinati dalla Direzione dei Lavori e liquidati dalla G.M. in adempimento di un obbligo di legge, potessero lasciar desumere la volontà dell'Amministrazione comunale di riconoscere il diritto dell'appaltatore alla revisione dei prezzi, come una sorta di rinuncia da parte dello stesso ente appaltante all'esercizio del potere di valutare discrezionalmente l'opportunità di concedere o di negare la revisione.
D'altra parte, le Sezioni Unite hanno più volte affermato che anche queste ultime disposizioni sulla commisurazione degli acconti del compenso revisionale che ne regolano l'entità, nonché le modalità e i tempi dei relativi versamenti, esauriscono la loro funzione, come del resto è a dirsi per la contestuale normativa sui pagamenti in conto del corrispettivo contrattuale, nell'ambito della prospettiva acceleratoria, da un lato dei lavori pubblici nonché del collaudo, e dall'altro dei pagamenti, intesa perseguire dal legislatore: senza perciò apportare modifiche alla precedente normativa circa il potere discrezionale dell'amministrazione committente di accordare o meno la revisione, con la conseguenza che, anche dopo di esse, la posizione

soggettiva dell'appaltatore mantiene natura e consistenza di mero interesse legittimo, fino a quando quel potere dell'amministrazione non venga positivamente esercitato (Cass. sez. un. 18126/2005; 1996/2003; 400/1999).
Il che, del resto trova conferma nella stessa L. n. 781 del 1981, art. 1, che prima di introdurre la nuova regolamentazione del sistema degli acconti, dichiara di voler mantenere "ferme le vigenti norme in materia di revisione dei prezzi dei lavori pubblici per i lavori di importo superiore a L. 2 mila milioni da aggiudicarsi, affidarsi o concedersi dopo l'entrata in vigore della presente legge..".; nonché nell'art. 17 della medesima legge che faculta l'imprenditore ad attendere il parere della Commissione di cui al D.L.C.P.S. n. 1501 del 1947, art. 4, prima di "adire il Giudice amministrativo", muovendo all'evidenza dal presupposto che la sua posizione sia di interesse legittimo. E soprattutto nella successiva L. n. 41 del 1986, il cui art. 3 detta norme riguardanti, sotto differenti profili, "la facoltà (dell'amministrazione) di procedere alla revisione prezzi": perciò avvalendosi di una formula che, soprattutto se se ne considera l'inserimento in una normativa diretta a contenere una eccessiva dilatazione della spesa pubblica, proprio in relazione al costo degli appalti della p.a., non può essere intesa se non nel senso di conservare all'amministrazione appaltante un potere amministrativo in senso proprio, unilaterale e discrezionale, soprattutto sotto l'aspetto dell'onere finanziario che la revisione prezzi comporta per il bilancio dell'ente.
Ed allora l'errore in cui è incorsa la sentenza impugnata (pag. 14 ric.) è quello di aver confuso il diritto dell'appaltatore a conseguire gli acconti concessi dalle ricordate L. n. 1 del 1978, e L. n. 741 del 1981, liquidati dalle menzionate deliberazioni della G.M. e non più oggetto di contesa - con il suo interesse a conseguire la revisione (e, quindi il saldo di essa) che la Corte di appello ha accertato non essere stata oggetto di riconoscimento né esplicito, né implicito da parte del Comune “XXX”: quanto meno perché il pagamento degli acconti non proveniva dall'organo deliberativo competente ad esprimere la volontà dell'ente (ma anche perché, costituendo detto pagamento un atto dovuto in base al regime legale della revisione, lo stesso non poteva costituire oggetto di una scelta discrezionale, né poteva attribuire al R. alcun autonomo diritto, espressamente o implicitamente).
In conseguenza di detto accertamento, la sentenza impugnata doveva dunque applicare la regola che la posizione soggettiva dell'appaltatore - a prescindere dall'avvenuta corresponsione degli acconti nonché da ogni valutazione sulla correttezza o meno delle ragioni addotte dall'amministrazione a giustificazione dell'inerzia o del diniego (difetto di domanda, ecc.) manteneva natura e consistenza di mero interesse legittimo, tutelabile davanti al Giudice amministrativo;per cui doveva essere dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice ordinario.
Cassata, pertanto, la decisione impugnata, ed assorbito il ricorso principale, le sezioni Unite devono:
a) enunciare il seguente principio di diritto ai sensi dell'art. 384 c.p.c.. "Con riguardo alla revisione del prezzo degli appalti di opere pubbliche, la posizione dell'appaltatore - che è di norma tutelabile davanti al Giudice amministrativo, configurandosi come interesse legittimo acquista natura e consistenza di diritto soggettivo, tutelabile davanti al giudice ordinario, solo quando l'amministrazione abbia già adottato un espresso provvedimento attributivo o tenuto un comportamento tale da comportare implicito riconoscimento del relativo diritto. A tale ultimo fine è necessario un comportamento dell'organo

deliberativo competente ad esprimere la volontà dell'ente che sia stato preceduto dall'esercizio positivo del potere discrezionale in ordine alla concessione della revisione;
per cui il riconoscimento implicito non è ravvisabile in presenza dell'adozione da parte dell'amministrazione committente di atti dovuti in adempimento di obblighi di legge, quale il pagamento degli acconti per revisione prezzi imposto dalla L. n. 1 del 1978, art. 14, e della L. n. 741 del 1981, art. 3";
b) dichiarare la giurisdizione del Giudice amministrativo al quale vanno rimessi gli atti del giudizio;
c) disporre la liquidazione delle spese del giudizio, in aderenza al criterio legale della soccombenza come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte, riunisce i ricorsi, accoglie l'incidentale, assorbito il ricorso principale, cassa la sentenza impugnata e dichiara la giurisdizione del Giudice amministrativo; rimette gli atti del procedimento al T.A.R. Campania. Condanna il R. al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che liquida in favore del Comune "XXX" in complessivi Euro 3.700,00, di cui Euro 3.500,00, per onorario di difesa, oltre spese generali ed accessori come per legge.
Così deciso in Roma, il 16 dicembre 2008.

Depositato in Cancelleria il 25 febbraio 2009.