



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA**  
**SEZIONE XVI CIVILE**

in funzione di

**SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA DI IMPRESA**

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone dei magistrati:

Dott. Stefano Cardinali	Presidente
Dott. Francesco Remo Scerrato	Giudice
Dott.ssa Cecilia Bernardo	Giudice relatore

ha emesso la seguente

**SENTENZA PARZIALE**

nelle cause civili di I grado iscritte rispettivamente al n. 16617 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2013 ed al n. 20740 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2014, trattenute in decisione all'udienza del 10.7.2018 e vertenti

**T R A**

**EUROLINK S.c.p.a.,**

**IMPREGILO S.p.a., quale mandataria dell'ATI con le imprese Sacyr S.a., Società Italiana per Condotte D'Acqua S.p.a., Cooperativa Muratori & Cementisti – CMC di Ravenna Soc.coop. a r.l., Ishikawajima – Harima Heavy Industries CO. Ltd., Argo Costruzioni Infrastrutture S.c.p.a. Consorzio stabile)**

elettivamente domiciliate in Roma, via degli Scipioni n. 288, presso lo studio degli avv.ti Giuseppe Giuffrè, Benedetto Giovanni Carbone e Giampiero Fumel, che le rappresentano e difendono in virtù di procura a margine dell'atto di citazione.



ATTRICI

E

**STRETTO DI MESSINA S.p.a. in liquidazione**

elettivamente domiciliata in Roma, via Barnaba Oriani n. 32, presso lo studio dell'avv. Massimo Zaccheo, che la rappresenta e difende, unitamente e disgiuntamente all'avv. Marco Annoni, in virtù di procura a margine della comparsa di costituzione e risposta.

**PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI****MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI**

Rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12, sono domiciliati *ex lege*.

CONVENUTI

NONCHE'

**SACYR CONSTRUCCION SAU (già Sacyr S.A.),****SOCIETÀ ITALIANA PER CONDOTTE D'ACQUA S.P.A.,****COOPERATIVA MURATORI & CEMENTISTI – CMC DI RAVENNA SOC.COOP. A R.L.,****ISHIKAWAJIMA – HARIMA HEAVY INDUSTRIES CO. LTD.,****ARGO COSTRUZIONI INFRASTRUTTURE S.C.P.A. CONSORZIO STABILE**

elettivamente domiciliate in Roma, via degli Scipioni n. 288, presso lo studio degli avv.ti Giuseppe Giuffrè, Benedetto Giovanni Carbone e Giampiero Fumel, che le rappresentano e difendono in virtù di procura a margine della comparsa di costituzione e risposta.

CHIAMATE IN CAUSA

E tra

**PARSONS TRANSPORTATION GROUP Inc.**

elettivamente domiciliata in Roma, viale di Villa Massimo n. 57, presso lo studio degli avv.ti Alfredo Lucente, Guido Brocchieri e Matteo Bordoni, che la rappresentano e difendono in virtù di procura notarile in atti.

ATTRICE

E



**STRETTO DI MESSINA S.p.a. in liquidazione**

elettivamente domiciliata in Roma, via Barnaba Oriani n. 32, presso lo studio dell'avv. Massimo Zaccheo, che la rappresenta e difende, unitamente e disgiuntamente all'avv. Marco Annoni, in virtù di procura a margine della comparsa di costituzione e risposta.

**PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI****MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI**

Rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12, sono domiciliati *ex lege*.

**CONVENUTI**

**OGGETTO:** contratto di appalto pubblico.

**CONCLUSIONI**

All'udienza del 10.7.2018, i procuratori delle parti precisavano le conclusioni come da verbale in atti e la causa veniva trattenuta in decisione senza assegnazione dei termini *ex art.* 190 c.p.c.

**PREMESSO IN FATTO CHE:**

-Con atto di citazione, ritualmente notificato, la EUROLINK S.c.p.a. e la IMPREGILO S.p.a. (quale mandataria dell'ATI con le imprese Sacyr S.a., Società Italiana per Condotte D'Acqua S.p.a., Cooperativa Muratori & Cementisti – CMC di Ravenna Soc.coop. a r.l., Ishikawajima – Harima Heavy Industries CO. Ltd., Argo Costruzioni Infrastrutture S.c.p.a. Consorzio stabile) convenivano in giudizio la Stretto di Messina Spa., la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, esponendo che:

-la Legge n. 1158 del 17.12.1971 aveva dichiarato "*opera di prevalente interesse nazionale*" il collegamento stabile viario e ferroviario fra la Sicilia ed il continente;

-per lo studio, la progettazione e la costruzione, nonché per l'esercizio del predetto collegamento, la citata legge aveva previsto l'affidamento in concessione ad una società strumentale, interamente pubblica, allo scopo costituita in data 11.6.1981 e denominata Stretto di Messina spa., i cui attuali azionisti erano Anas (con l'81,848%), RFI spa. (con il 13%), la Regione Siciliana (con il 2,576%), la Regione Calabria (con il 2,576%);

-in data 27.12.1985, la concessione era stata assentita alla suddetta società e, successivamente, il CIPE aveva inserito il Ponte nel programma delle opere di *preminente interesse nazionale*;



- la legge n. 1158 del 1971, come modificata dal D.Lgs. n. 114 del 2003, nel confermare in capo alla Stretto di Messina spa. la qualifica di concessionario *ex lege* della realizzazione del Ponte e della gestione e manutenzione del collegamento viario, aveva disposto l'assunzione da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti della funzione di concedente nei rapporti con la società concessionaria;
- con delibera n. 66 dell'1.8.2003, il Cipe aveva approvato il progetto preliminare dell'intervento e, in data 30.12.2003, il Ministero e la società Stretto di Messina spa. avevano sottoscritto la convenzione n. 3077/2003, regolante i reciproci rapporti, modificata ed integrata con Atti aggiuntivi nelle date 25.2.2004 e 30.11.2009, ed approvata con la Legge n. 191/2009 (art. 2, comma 205);
- con bando pubblicato il 15 e 16.4.2004, la Stretto di Messina spa. aveva indetto una gara per l'affidamento a Contraente Generale, ai sensi della Legge n. 443/2001 e del D.Lgs. 190/2002, della progettazione definitiva ed esecutiva e della realizzazione del predetto collegamento viario e ferroviario comprensivo di tutte le attività correlate;
- in data 24.11.2005 era stata deliberata l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Associazione Temporanea di Imprese tra la capogruppo mandataria Impregilo spa. e le mandanti Sacyr Sa., Società Italiana Per Condotte D'Acqua spa., Cooperativa Muratori & Cementisti-C.M.C. di Ravenna Soc.Coop. a r.l., Ishikawajima-Harima Heavy Industries CO.Ltd., Argo Costruzioni Infrastrutture Scpa. Consorzio Stabile;
- in data 27.3.2006, la Stretto di Messina spa. e l'Ati predetta avevano stipulato il contratto avente ad oggetto la realizzazione del maggiore ponte sospeso mai realizzato al mondo, per un importo pari ad € 3.879.599.733,00;
- come previsto dal D.Lgs. 190/2002 e dalle pattuizioni contrattuali, le imprese facenti parte dell'Ati avevano costituito in data 5.5.2006 una società dedicata, denominata Eurolink Scpa., che era subentrata a tutti gli effetti nel rapporto contrattuale con il committente e che aveva prestato una garanzia di circa 240 milioni di euro;
- per motivazioni in alcun modo ascrivibili alla Eurolink, per lungo tempo il contratto non aveva avuto concreta attuazione e la realizzazione dell'opera era rimasta sostanzialmente bloccata, senza tuttavia che la Stretto di Messina spa. avesse attivato gli strumenti di legge (art. 134 del D.Lgs. 163/2006) e contrattuali (art. 1671 c.c.) per recedere dal contratto, assicurando al contraente privato gli indennizzi dovuti;
- era, quindi, insorta una controversia tra le parti e, di conseguenza, a seguito della riaffermazione del Ponte quale opera prioritaria nell'ambito del programma infrastrutturale del Governo italiano, in data 25.9.2009 Stretto di Messina spa. ed Eurolink avevano sottoscritto un accordo, al fine di regolare le divergenze insorte e le conseguenze del lungo periodo di stasi, nonché le attività del successivo periodo di progettazione dell'opera;



-inoltre, anche in modifica alle pattuizioni del contratto del 27.3.2006, erano state espressamente previste le conseguenze del prolungamento, oltre certi limiti, della fase progettuale contestualmente avviata, prevedendo in particolare all'art. 5.2. dell'accordo che:

a) nel caso in cui le procedure di approvazione e finanziamento del progetto definitivo da redigersi dal Contraente Generale si fossero prolungate per oltre 540 giorni dalla consegna dello stesso, le parti avrebbero potuto chiedere la revisione del contratto;

b) in caso di mancato accordo nel termine successivo di 30 giorni, ciascuna parte avrebbe potuto recedere dal contratto con il pagamento al Contraente Generale delle prestazioni rese, delle spese sostenute e di quelle da sostenersi per lo smobilizzo delle attività, nonché di un indennizzo per la perdita del contratto, pari al 5% dell'importo risultante dal progetto definitivo diminuito di un quinto;

-successivamente, il contratto era stato adempiuto dalle due parti ed erano stati sottoscritti un Addendum il 21.12.2009 (riguardante la cd. Variante di Cannitello) ed alcuni atti aggiuntivi in data 10.9.2010, 27.5.2011, 21.6.2011 e 13.2.2012;

-il Contraente Generale aveva nel frattempo ultimato il Progetto definitivo dell'opera, che era stato consegnato dalla Eurolink il 12.4.2011, approvato dal Consiglio di amministrazione della Stretto di Messina spa. in data 29.7.2011 e, successivamente, sottoposto alla procedura di approvazione prevista dall'art. 166 del D.Lgs. 163/2006 e del contratto;

-proprio in tale fase, però, lo Stato italiano aveva deciso con provvedimenti di legge e delibere Cipe di azzerare le risorse necessarie alla realizzazione dell'Opera, omettendo nuovamente di attivare gli strumenti previsti dalla legge e dal contratto per recedere dallo stesso, al fine di evitare il pagamento dell'indennizzo;

-in particolare, in data 3.10.2012, era scaduto il termine di 540 giorni previsto dagli accordi contrattuali senza che il progetto dell'opera fosse stato approvato e finanziato dallo Stato italiano;

-di conseguenza, la Eurolink –considerato che la approvazione del progetto da parte del Cipe non appariva né imminente né prossima a causa della necessità di ridefinire il piano economico finanziario dell'opera- aveva chiesto formalmente alla Stretto di Messina spa. la revisione delle condizioni contrattuali, con lettera del 4.10.2012;

-sicchè, non essendo stata convenuta alcuna revisione del contratto e non avendo il committente acquisito le risorse necessarie a realizzare l'opera, in data 3.11.2012 il Contraente Generale aveva maturato il diritto di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 5.2 dell'Accordo con il pagamento di quanto ivi previsto e pattiziamente concordato;



-tuttavia, in data 2.11.2012 (e quindi un giorno prima della scadenza del termine contrattuale che consentiva il recesso della Eurolink alle predette condizioni), il Governo italiano aveva emesso un provvedimento legislativo di urgenza (D.L. 2.11.2012 n. 187), entrato in vigore il medesimo giorno, con il quale aveva inteso modificare d'imperio i patti contrattuali;

-in particolare, premessa la *straordinaria necessità ed urgenza di garantire, in considerazione dell'attuale stato di tensione nei mercati finanziari internazionali, la verifica, a tutela della finanza pubblica, della sostenibilità del piano economico finanziario del collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e Continente*, il DL citato aveva disposto:

a) la sospensione del contratto dal 2.11.2012 sino al reperimento della copertura finanziaria degli interventi da compiere, per un periodo stimabile in circa due anni ma prorogabile;

b) la esclusione nel periodo di sospensione di ogni compenso/ristoro per gli oneri a carico del Contraente Generale e di ogni adeguamento monetario del prezzo;

c) la caducazione del contratto in caso di mancato reperimento di un finanziatore privato dell'opera, ovvero qualora il governo italiano non avesse ritenuto di dar corso all'opera o il Contraente Generale non avesse accettato le modificazioni del contratto dettate per legge, mediante la sottoscrizione di un apposito Atto aggiuntivo entro l'1.3.2013;

-in tutti i suindicati casi di caducazione del contratto, il decreto legge riconosceva solo il corrispettivo per il progetto redatto, aumentato del 10%, ma nulla per le spese sostenute a titolo diverso e nulla a titolo di indennizzo pattuito del 5% per il caso di mancata o ritardata approvazione o finanziamento dell'opera e conseguente recesso di una delle due parti;

-in realtà, le disposizioni del suddetto decreto legge avevano il solo fine di sospendere gli effetti del contratto valido ed efficace tra le parti e di imporre alla parte privata una modifica unilaterale dei contenuti contrattuali, costringendo il contraente privato ad una risoluzione senza indennizzo;

-infatti, il committente, anziché dichiarare la irrealizzabilità dell'opera ed esercitare il recesso dal contratto per fatto proprio, aveva di fatto aggirato norme e principi generali ed i patti contrattuali, assicurandosi –con un comportamento contrario a buona fede– una posizione di indebito vantaggio;

-a fronte di tale *sopruso*, la Eurolink non poteva far altro che rispondere esercitando il recesso e, pertanto, con nota prot. n. 00774 del 10.11.2012, aveva contestato la inapplicabilità e la non opponibilità del decreto al Contraente Generale chiedendone la



disapplicazione ed aveva comunicato il proprio recesso dal contratto, ai sensi dell'art. 5.2 dell'Accordo del 25.9.2009, chiedendo il pagamento di quanto dovuto;

-con la nota prot. 0908 del 19.11.2012, la Stretto di Messina spa. aveva contestato la validità ed efficacia del dichiarato recesso del Contraente Generale, sostenendo che il termine di cui all'art. 5.2 dell'Accordo non era utilmente decorso (stante la richiesta di integrazioni progettuali di carattere ambientale) e che le disposizioni del decreto legge in ogni caso precludevano alla Eurolink l'esercizio del diritto di recesso;

-successivamente, le disposizioni di cui al DL. n. 187/2012 erano state recepite (art. 34 *decies*) in sede di conversione del decreto legge 18.10.2012 n. 179 (cd. decreto sviluppo *bis*), sul quale il Governo aveva posto la questione di fiducia ed aveva ottenuto l'approvazione e la conversione nella Legge n. 221/2012;

-sicchè, con ricorso notificato in data 19.12.2012, le società Eurolink ed Impregilo avevano impugnato dinanzi al Tar Lazio gli atti ed i provvedimenti assunti dalla Stretto di Messina spa. e dal Ministero delle Infrastrutture in applicazione delle citate disposizioni normative, con finalità meramente cautelativa, ritenendo sussistente la giurisdizione del giudice ordinario;

-come era evidente, la realizzazione dell'opera non era stata avviata in quanto la parte pubblica aveva distolto le risorse finanziarie occorrenti a tal fine;

-era pertanto interesse della Eurolink ottenere l'accertamento e la dichiarazione della validità ed efficacia del recesso esercitato in data 10.11.2012. Infatti, ai sensi dell'art. 5.2 dell'Accordo del 25.9.2009, in caso di mancata o ritardata approvazione del progetto definitivo dell'opera intera da parte del CIPE entro 540 giorni dalla consegna del progetto stesso a Stretto di Messina, ovvero in caso di mancata approvazione del progetto esecutivo dell'opera intera da parte di Stretto di Messina con conseguente mancato inizio dei lavori per cause non imputabili ad Eurolink, le parti si sarebbero dovute incontrare per valutare in buona fede le cause del ritardo e rivedere di comune accordo le condizioni contrattuali ed il programma di realizzazione dell'opera; in caso di mancato accordo entro 30 giorni dalla richiesta, entrambe le parti potevano recedere dal contratto e sarebbe stato in ogni caso riconosciuto ad Eurolink il pagamento delle prestazioni rese e delle spese sino a quel momento sostenute, nonché quelle da sostenere per la smobilitazione delle attività, oltre ad un indennizzo per la perdita del contratto nella misura del 5% dell'importo risultante dal progetto definitivo, diminuito di un quinto;

-orbene, il progetto definitivo dell'opera era stato consegnato alla Stretto di Messina spa. in data 13.4.2011 e, pertanto, il termine di 540 giorni era venuto a scadere il 3.10.2012, ma entro tale termine non aveva ricevuto la approvazione da parte del Cipe;



-poteva, dunque, ritenersi sussistente l'ipotesi di "mancata o ritardata" approvazione ai sensi dell'art. 5.2 dell'Accordo, che ricollegava le conseguenze ivi previste (tra cui il diritto di recesso ed i corrispondenti indennizzi) al semplice e vano decorso del termine di 540 giorni;

-la pattuizione contrattuale prescindeva totalmente dall'indagine in ordine alle possibili cause della mancata approvazione del progetto da parte del Cipe, che infatti erano disciplinate altrove nel contratto, con specifiche e diverse conseguenze;

-era quindi pretestuosa la affermazione della Stretto di Messina spa., la quale -nella nota prot. 0908 del 19.11.2012- aveva sostenuto che il termine fissato all'art. 5.2 dell'Accordo non poteva intendersi decorso, stante la intervenuta richiesta di integrazioni progettuali di carattere ambientale nell'ambito della procedura approvativa da parte del Cipe;

-in realtà, la stasi del procedimento approvativo risiedeva nella necessità di ridefinire il piano economico finanziario dell'opera e nella assoluta mancanza delle occorrenti risorse finanziarie da parte del Committente, ciò rendendo impossibile per la Stretto di Messina spa. concordare la revisione dei patti contrattuali, come diligentemente richiesto dalla Eurolink con nota del 4.10.2012;

-la mancata esecuzione del contratto, quindi, era dovuta a fatto e volontà della parte pubblica ed il contraente privato la aveva unicamente subita;

-parimenti non poteva ritenersi invalido il recesso della Eurolink a seguito della entrata in vigore dell'art. 1 del DL. 187/2012, in quanto la norma non privava le parti del diritto di recedere dal contratto, avendo piuttosto la finalità di impedire l'adempimento del contratto alle condizioni contrattuali originariamente stabilite, imponendo una nuova e diversa regolamentazione deteriore per il contraente privato;

-infatti, la sospensione degli effetti del contratto non poteva essere riferita anche all'esercizio del diritto di recesso e, in caso contrario, la norma in esame doveva essere disapplicata in quanto contrastante con i principi generali del diritto dell'Unione europea in materia di legittimo affidamento e della certezza del diritto (artt. 49, 56 e 63 TFUE), con i principi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici e di leale collaborazione ed infine con gli artt. 3, 24, 41, 42, 43, 97, 113 e 117 della Costituzione;

-Eurolink aveva, pertanto, diritto agli indennizzi ed ai rimborsi previsti dall'art. 5.2 dell'Accordo del 25.9.2009, ma aveva anche diritto ad ottenere l'ulteriore risarcimento dei danni per aver perduto senza colpa la possibilità di realizzare l'opera e di conseguire l'utile da essa derivante e per aver continuato inutilmente a sostenere ingenti costi ed oneri nella commessa;

-del resto, l'indizione di una gara, quale quella promossa dal concessionario Stretto di Messina, implicava responsabilità e determinava aspettative in capo all'aggiudicatario



che non potevano essere cancellate arbitrariamente per mutamenti di indirizzo politico, del tutto estranei agli elementi del contratto;

-difatti, a fronte della decisione di non dare più corso all'opera, l'unica strada percorribile per il concessionario era quella del recesso dal contratto, con conseguente obbligo di pagamento dei dovuti indennizzi e rimborsi. Tale soluzione era prevista in via generale dall'art. 1671 c.c. e dall'art. 134 del D.Lgs. 163/2006, nonché dallo stesso art. 43.1 del contratto del 27.3.2006;

-invece, con comportamento contrario a buona fede, il concessionario aveva preferito *far morire* l'operazione, privando l'opera delle risorse finanziarie occorrenti, al fine di evitare il pagamento degli importanti indennizzi contrattualmente previsti, ciò risultando dimostrato dal contenuto del DL. 187/2012, convertito in legge attraverso il surrettizio inserimento di un emendamento governativo al DL. 179/2012 (con l'introduzione dell'art. 34 *decies*) in sede di conversione, ottenuta attraverso la richiesta della fiducia al Governo e quindi senza alcun esame parlamentare della norma;

-peraltro, indipendentemente dal recesso esercitato dalla Eurolink, il decreto legge prevedeva in ogni caso la caducazione del contratto in un termine che sarebbe andato a scadere alla data dell'1.3.2013. Tuttavia tale caducazione era da considerarsi priva di efficacia, riguardando un contratto non più vigente per effetto dell'intervenuto recesso.

-Premesso ciò, le società Eurolink ed Impregilo così concludevano:

### **1. in via principale:**

**a) accertare e dichiarare la validità ed efficacia del recesso esercitato da Eurolink con nota prot. 00774 del 10.11.2012, dal Contratto in data 27.3.2006 e successivi accordi ed atti aggiuntivi, di cui in narrativa, per l'esecuzione del Ponte sullo Stretto di Messina, previa eventuale disapplicazione, nei limiti in cui ciò sia ritenuto necessario, delle norme di cui al D.L. 187/2012 come sostituite dall'art. 34 *decies* del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, inserito in sede di conversione dalla L. n. 221 del 17/12/2012, previa eventuale sottoposizione di domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE o in subordine previa sottoposizione alla Corte Costituzionale della questione di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87;**

**-per l'effetto condannare Stretto di Messina S.p.A. e le altre amministrazioni convenute, in solido fra loro o ciascuna per quanto di ragione, all'integrale ristoro di tutti i compensi, indennizzi, costi ed oneri indicati nell'art. 5.2 dell'Accordo del 25.9.2009 per gli importi complessivi di:**

**-€ 300.909.643,02, per attività prestate e spese sostenute e indennizzo dovuto, come dettagliate in narrativa, ovvero la maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, da determinarsi in sede istruttoria oppure, ove occorra, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice**



civile, oltre interessi legali e moratori come indicati in narrativa ovvero secondo i criteri che verranno ritenuti di giustizia;

-€ 249.045,23/mese per spese di smobilizzo societario, ovvero la maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, da determinarsi in sede istruttoria oppure, ove occorra, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, oltre interessi come indicati in narrativa ovvero secondo i criteri che verranno ritenuti di giustizia.

Il tutto oltre IVA come nelle misure di legge.

**b)** condannare inoltre Stretto di Messina S.p.A. e le amministrazioni convenute, in solido fra loro o ciascuna per quanto di ragione, in dipendenza della mancata esecuzione del Contratto per volontà della parte pubblica committente di non dare corso alla realizzazione dell'opera o comunque per fatto ad essa ascrivibile, al pagamento dei seguenti importi complessivi di:

-€ 329.721.360,00, come indicata nel precedente paragrafo V.1.2, a titolo di indennizzo dovuto, ovvero la maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, da determinarsi in sede istruttoria oppure, ove occorra, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, oltre interessi legali e moratori come indicati in narrativa ovvero secondo i criteri che verranno ritenuti di giustizia;

-l'ulteriore importo per spese, maggiori oneri e danni subiti e subendi da Eurolink e dai propri soci, da accertarsi in corso di causa ed ove occorra da determinarsi anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, oltre rivalutazione ed interessi.

Il tutto oltre IVA come nelle misure di legge.

## **2. In via subordinata:**

-per l'eventualità che il Tribunale non ritenesse valido o efficace il recesso espresso da Eurolink, accertare comunque e dichiarare la risoluzione del contratto per fatto e colpa di parte committente, Stretto di Messina S.p.A. e con essa la "parte pubblica" unitariamente considerata, anche previa eventuale disapplicazione, nei limiti in cui ciò sia ritenuto necessario, delle norme di cui al D.L. 187/2012 come sostituite dall'art. 34 decies del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, inserito in sede di conversione della L. n. 221 del 17/12/2012, previa eventuale sottoposizione di domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE o in subordine previa sottoposizione alla Corte Costituzionale della questione di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87;

-per l'effetto condannare i convenuti, in solido tra loro o ciascuno per quanto di ragione, al pagamento:

a) del lucro cessante determinato dalla risoluzione del contratto, per l'ammontare di € 549.535.600,00 ovvero la maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, da determinarsi in sede istruttoria oppure, ove occorra, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile;



b) del danno emergente, costituito:

b.1) dalle spese tutte sostenute e sostenende da Eurolink, pari alla complessiva somma di € 37.811.836,86+19.351.877,18, oltre interessi, per spese sostenute ed € 249.045,23 mensili, oltre interessi, per € 1.093,72/mese, per spese da sostenersi per lo smobilizzo della Società, ovvero la maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, da determinarsi in sede istruttoria oppure, ove occorra, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile;

b.2) dalle ulteriori spese, oneri e danni a carico di Eurolink e delle imprese aggiudicatarie, da quantificare in corso di giudizio;

c) a titolo di restituzione, del valore delle prestazioni rese –relative in particolare al progetto definitivo e ai lavori della Variante di Cannitello- nell'ammontare del valore di mercato delle stesse, da quantificare in corso di giudizio ed al netto di quanto ricevuto a titolo di acconto.

Il tutto oltre IVA come nelle misure di legge.

### **3. In via ulteriormente subordinata:**

-per l'eventualità in cui il Tribunale non ritenga sussistenti i presupposti non solo per il recesso, ma anche per la dichiarazione di risoluzione del contratto per fatto e per colpa del committente, accertare e dichiarare che il contratto è tuttora vigente e che i convenuti sono obbligati all'adeguamento dello stesso, anche previa eventuale disapplicazione, nei limiti in cui ciò sia ritenuto necessario, delle norme di cui al D.L. 187/2012 come sostituite dall'art. 34 decies del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, inserito in sede di conversione della L. n. 221 del 17/12/2012, previa eventuale sottoposizione di domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE o in subordine previa sottoposizione alla Corte Costituzionale della questione di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87;

-per l'effetto condannare i convenuti al risarcimento delle spese, oneri e danni tutti indotti dal ritardato adempimento dello stesso, e pertanto per l'ammontare indicato al precedente punto 2 lett. b.1) e b.2) delle presenti conclusioni;

-condannare altresì i convenuti al pagamento del saldo delle prestazioni rese e non interamente retribuite pari ad € 21.830.543,40 per le attività relative al progetto definitivo ed € 2.101.145,58 per i lavori della Variante di Cannitello, ovvero la maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, da determinarsi in sede istruttoria oppure, ove occorra, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile.

Il tutto oltre ad IVA nelle misure di legge.

\*\*\*\*\*

-Si costituivano in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, chiedendo il rigetto delle domande attoree e deducendo che:



-successivamente alla approvazione da parte della Stretto di Messina spa. del progetto definitivo elaborato dalla Eurolink e successivamente alla sua trasmissione a tutte le amministrazioni interessate, il Cipe –con delibera n. 6 del 20.1.2012- aveva disposto il pressochè totale definanziamento del contributo pubblico per l’opera;

-ciò si inseriva nel quadro del cambiamento della strategia dei trasporti dell’Unione europea, caratterizzato dal fatto che la Commissione europea aveva sottoposto al Parlamento europeo ed al Consiglio la proposta di regolamento sullo sviluppo della rete trans europea dei trasporti, che non contemplava più l’opera del Ponte sullo Stretto di Messina;

-il definanziamento dell’opera trovava il proprio referente normativo nell’art. 10, comma 2 del D.L. n. 98/2011, convertito nella legge n. 111/2011, e nell’art. 1, comma 1 del D.L. n. 138/2011, convertito nella legge n. 148/2011, con cui erano stati rideterminati gli importi delle riduzioni della spesa in termini di saldo netto da finanziare e indebitamento netto per ciascuna delle Amministrazioni centrali per il raggiungimento degli obiettivi programmati di finanza pubblica;

-per effetto di tali misure, il Fondo per lo sviluppo e la coesione aveva subito un taglio di complessivi € 10.439.963.567 ed il Cipe aveva quindi dovuto tener conto della sopravvenuta disposizione legislativa e delle conseguenti riduzioni;

-sicchè, con la delibera n. 6/2012 erano stati definanziati una serie di interventi, tra cui quello relativo al Ponte sullo Stretto di Messina per il residuo importo di 1.287,324 milioni di Euro;

-a sua volta, il definanziamento dell’opera si inseriva nel quadro della sfavorevole congiuntura economica a livello non solo nazionale, ma anche europeo, ponendosi quale contesto fattuale alla base degli interventi normativi sopravvenuti, con particolare riferimento a quanto disposto dall’art. 34 *decies* del D.L. 179/2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 221/2012.

-Ciò premesso in fatto, le Amministrazioni convenute eccepivano preliminarmente il proprio difetto di legittimazione passiva, atteso che –risultando contestato l’operato governativo relativo ad un intervento normativo- doveva essere citato in giudizio lo Stato Italiano, quale responsabile dell’ordinamento giuridico vigente. Nel merito, osservavano che:

-non poteva in alcun modo configurarsi una questione di incompatibilità tra l’art. 1 del D.L. n. 187/2012 (poi art. 34 *decies* del D.L. 179/2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 221/2012) e l’ordinamento comunitario, posto che la norma non toccava l’ambito di applicazione degli artt. 49, 56 e 63 del TFUE, non ponendosi in contrasto con le libertà fondamentali di stabilimento e di circolazione dei lavoratori e dei capitali. La norma, infatti, non influiva minimamente sulle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente, in relazione alle quali erano tutelate le suddette libertà fondamentali;



-non risultavano violati neanche i principi del legittimo affidamento e di certezza del diritto, considerato che i predetti –secondo costante giurisprudenza- dovevano essere interpretati nel senso che una modifica della normativa non poteva privare un soggetto, con effetto retroattivo, di un diritto dal medesimo acquisito sulla base della normativa precedente. In altre parole, la garanzia posava sul rispetto del principio di irretroattività delle norme giuridiche e giammai poteva essere intesa nel senso di limitare la potestà sovrana parlamentare a legiferare per adattare l'assetto normativo al mutato contesto economico-sociale. La disposizione in esame non aveva effetti retroattivi e, pertanto, nessun contrasto era configurabile;

-non era possibile riscontrare alcuna violazione dei principi comunitari in materia di aggiudicazione degli appalti, atteso che la disposizione in esame era destinata ad operare esclusivamente con riferimento alla fase di esecuzione del contratto. Il principio di leale collaborazione, poi, era finalizzato a garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forma delle norme di diritto comunitario. Tuttavia, nessuna limitazione sussisteva nel caso in esame alla tutela giurisdizionale;

-parimenti, non sussisteva alcun contrasto con la Costituzione, considerato che la Corte costituzionale, in analogia ipotesi, aveva già dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale relative agli artt. 70 e 97 Cost. ed aveva dichiarato non fondate quelle relative agli artt. 77, 117, commi 3 e 4, e 118 Cost., ritenendo legittime le disposizioni con cui era stato revocato il finanziamento ed il contratto di appalto della metropolitana di Parma, (sentenza n. 79 del 7/11.3.2011);

-il recesso esercitato dal Contraente Generale con la nota del 10.11.2012 ai sensi dell'art. 5.2 dell'Accordo era del tutto inefficace, in ragione della disciplina di cui all'art. 1 del D.L. n. 187/2012, che aveva sospeso gli effetti del contratto e degli accordi tra le parti, determinandone poi la caducazione;

-anche a prescindere dalla citata normativa, il recesso non poteva comunque dirsi validamente esercitato difettando i presupposti previsti dal medesimo Accordo, atteso che il termine di 540 giorni ivi previsto poteva decorrere solo dal momento in cui il progetto definitivo, nella sua completezza, poteva ritenersi consegnato e fosse suscettibile di essere approvato;

-ed infatti, l'art. 5.2 dell'Accordo subordinava l'esercizio del recesso alle seguenti condizioni:

1) mancata o ritardata approvazione del progetto definitivo dell'opera intera da parte del Cipe entro 540 giorni dalla consegna del progetto alla Stretto di Messina spa., ovvero mancata o ritardata approvazione del progetto esecutivo con conseguente mancato inizio dei lavori per cause non imputabili ad Eurolink;

2) effettuazione di un incontro tra le parti al fine di rivedere di comune accordo le condizioni contrattuali;



3) mancato accordo entro 30 giorni dalla richiesta avanzata dalla parte più diligente;

-sicchè, non un qualsiasi ritardo nell'inizio dei lavori legittimava il recesso, ma solo quello avvenuto per cause non imputabili al Contraente Generale, in quanto il termine di 540 giorni era strettamente legato all'inerzia degli organi amministrativi;

-ogni diversa interpretazione del dettato contrattuale era palesemente irragionevole, legittimando la parte attrice a recedere (con conseguente diritto agli indennizzi) anche quando il mancato inizio dei lavori dovuto alla mancata approvazione del progetto definitivo fosse alla medesima imputabile;

-nel caso in esame non era assolutamente ravvisabile una inerzia delle Amministrazioni e, comunque, il fattore economico non era l'esclusiva ragione della stasi procedimentale, provocata piuttosto da rilevanti criticità del progetto definitivo, mai risolte;

-ricorreva, inoltre, nel caso in esame l'istituto della presupposizione, che poteva configurarsi quando le parti avevano inteso stipulare un contratto subordinatamente all'esistenza di una situazione di fatto considerata presupposto imprescindibile della volontà negoziale, la cui mancanza comportava la caducazione del contratto stesso, anche se il fatto presupposto non costituiva oggetto di specifica regolamentazione;

-di conseguenza, non poteva essere pretesa l'esecuzione di clausole contrattuali alle condizioni originarie qualora i contraenti avessero stipulato il negozio per il perseguimento di una finalità da entrambi considerata, anche implicitamente, o comunque nota, ed in seguito la stessa non fosse più perseguibile in relazione a situazioni di fatto conosciute o verificatesi successivamente;

-era, pertanto, contrario a buona fede pretendere l'esecuzione del contratto, pur rendendosi conto delle mutate circostanze, atteso che l'opera era stata dichiarata "di prevalente interesse nazionale" anche e soprattutto alla luce dell'ampio progetto viario di matrice europea e tale circostanza era stata senz'altro tenuta in considerazione da entrambe le parti contraenti. Successivamente, la sfavorevole congiuntura economica e finanziaria internazionale e l'eliminazione del collegamento con la Sicilia dal Progetto europeo avevano portato ad una obbligatoria differente valutazione dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera, non più rientrante tra le opere strategiche, essendo divenuto prioritario per lo Stato il dover fronteggiare la situazione di crisi;

-tale circostanza di fatto idonea ad influenzare la vicenda contrattuale emergeva dallo stesso incipit delle norme legislative e faceva venir meno la sostenibilità economica dell'opera, presupposto essenziale ed indefettibile.

\*\*\*\*\*



-Si costituiva in giudizio la società Stretto di Messina spa., la quale chiedeva il rigetto delle domande attoree, deducendo che:

-le domande proposte dalla Eurolink muovevano dai seguenti presupposti:

-quanto alla efficacia del recesso, il presupposto era che, alla data del 4.10.2012, fossero effettivamente trascorsi i 540 giorni previsti dall'art. 5.2 dell'Accordo, essendo il relativo decorso completamente indipendente da qualunque circostanza attinente alla fase approvativa del progetto definitivo presentato;

-sulla base di tale presupposto, la parte attrice ipotizzava la non opponibilità alla comunicazione di recesso degli effetti sospensivi derivanti dall'art. 1 del DL n. 187 del 2012 (poi art. 34 *decies*), sia in via principale, in quanto non ricompresa negli ambiti applicativi della norma, sia in via subordinata, in ragione della disapplicazione della norma in via diretta dal giudice, ovvero a seguito di pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia CE, ovvero per effetto della dichiarazione di incostituzionalità;

-quanto al risarcimento del danno derivante dalla decisione di non dare corso al contratto, la domanda si fondava su due presupposti: il disimpegno delle risorse pubbliche precedentemente impegnate per assistere il PEF Aggiornato aveva determinato, di fatto, l'irrealizzabilità dell'Opera (ciò integrando un comportamento dannoso nei confronti della Eurolink); il DL 187/2012 e l'art. 34 *decies* erano stati assunti con lo scopo di introdurre ulteriori elementi di ostacolo alla realizzazione dell'Opera, atti a "coprire" la irrealizzabilità della stessa per la mancanza delle risorse pubbliche precedentemente assegnate;

-le domande erano, però, infondate, atteso che il citato art. 34 *decies* muoveva dalla oggettiva constatazione dell'esistenza di una situazione del tutto eccezionale che aveva colpito i "mercati finanziari internazionali" e che imponeva "a tutela della finanza pubblica, particolari esigenze di tutela della sostenibilità del piano economico-finanziario" del Ponte, "anche in relazione alle modalità di finanziamento previste". Infatti, sia il DL n. 78/2009, convertito nella Legge n. 122/2009, sia la Legge n. 191/2009, avevano impegnato lo Stato ad assicurare risorse pubbliche per circa 2.4 miliardi di euro per la realizzazione dell'opera e la Nuova Convenzione ed il PEF Aggiornato (entrambi approvati con la Legge n. 191/2009) prevedevano che le restanti risorse dovevano essere coperte da finanziamenti da reperire dalla Stretto di Messina spa. sui mercati nazionali ed internazionali, con obbligo del MIT di intervenire con contributi pubblici integrativi ove necessario;

-sussistendo tali impegni a carico della finanza pubblica, il legislatore -del tutto ragionevolmente- aveva valutato con preoccupazione le condizioni critiche dei mercati finanziari internazionali ed al fine di fronteggiare tale situazione del tutto particolare, l'art. 34 *decies* aveva introdotto una modifica alla procedura approvativa del progetto definitivo rispetto a quanto indicato per le altre infrastrutture strategiche, prevedendo:



a) una prima fase approvativa in linea tecnica del Progetto Definitivo e dei possibili piani economici finanziari;

b) ultimata tale fase, la Stretto di Messina spa. doveva avviare *“le necessarie iniziative per la selezione delle migliori offerte di finanziamento dell’infrastruttura con capitali privati”* senza assumere impegni vincolanti. Tale attività doveva concludersi entro 540 giorni dall’approvazione e, in caso negativo, la norma prevedeva la caducazione sia del contratto, sia della concessione, stante la riscontrata non realizzabilità dell’Opera sotto il profilo finanziario;

c) entro il medesimo termine di 540 giorni, il CIPE doveva approvare in via definitiva il Progetto Definitivo, con effetti caducatori in caso di mancata approvazione;

-sin dall’inizio, dunque, il Ponte era stato assoggettato a procedure approvative e ad un regime economico-finanziario assai peculiari, in considerazione del carattere eccezionale dell’opera e della entità dei mezzi finanziari occorrenti per la sua realizzazione e, pertanto le modifiche introdotte dall’art. 34 *decies* si collocavano in tale regime di specialità, pienamente giustificate dalle contingenze dei mercati finanziari;

-peraltro, il comma 3 dell’art. 34 *decies* aveva determinato l’indennizzo da riconoscere al contraente generale per tutti i casi di caducazione del contratto previsti dalla norma stessa: indennizzo sostanzialmente equivalente a quello già previsto all’art. 44.4 del contratto per il caso di mancata stipulazione, da parte della Stretto di Messina spa., dei contratti diretti all’acquisizione dei mezzi finanziari occorrenti per la realizzazione dell’Opera (pari al pagamento delle prestazioni progettuali contrattualmente previste ed eseguite ed una ulteriore somma pari al 10% di tale importo);

-sicchè, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte attrice, la norma non aveva come oggetto diretto la modifica coattiva della disciplina contrattuale in essere tra la Stretto di Messina spa. ed il Contraente Generale, bensì la modifica del procedimento amministrativo di approvazione del Progetto definitivo del Ponte;

-tale modifica procedurale trovava la propria giustificazione in *“motivi imperiosi di interesse pubblico”* e le modifiche contrattuali da recepire in un Atto aggiuntivo lasciato alla negoziazione delle Parti da espletare in buona fede e non imposte autoritativamente costituivano le necessarie conseguenze delle suddette modifiche procedurali;

-il recesso comunicato dalla Eurolink non era legittimo, atteso che: l’art. 34 *decies* comma 4 disponeva la sospensione di tutti gli effetti dei contratti, con conseguente impossibilità per le parti di esercitare a nessun titolo i diritti dagli stessi nascenti. Tale interpretazione era conforme alla lettera della norma ed alla sua *ratio*, volta ad adeguare il contratto al mutato quadro complessivo;



-in ogni caso, l'estinzione del rapporto contrattuale –a far data dal 2.11.2012 e cioè in data antecedente l'esercizio del recesso avvenuto in data 10.11.2012- impediva proprio al recesso di produrre qualsivoglia effetto;

-l'art. 1 del DL 187/2012 e successivamente l'art. 34 *decies* della Legge di conversione n. 221/2012 erano conformi alla Costituzione ed alla normativa comunitaria. In particolare, i diritti fondamentali sanciti dal TFUE (evocati dalla parte attrice in modo improprio e generico) non precludevano agli Stati membri di modificare le procedure amministrative interne, al fine di renderle maggiormente coerenti con le mutate esigenze pubbliche. In ogni caso, sussistevano le quattro condizioni necessarie per la Corte di Giustizia CE per ritenere legittima la limitazione dei diritti stessi e cioè: l'applicazione non discriminatoria; la sussistenza di motivi imperiosi di interesse pubblico; la idoneità a garantire il perseguimento dello scopo previsto; la limitazione a quanto necessario per il raggiungimento dello scopo previsto;

-neppure poteva dubitarsi della conformità delle norme suddette alla Costituzione, considerato che la Corte Costituzionale aveva più volte affermato che non era interdetto al legislatore di emanare disposizioni tali da modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina di rapporti di durata, pur vertendosi in tema di diritti soggettivi perfetti, a condizione che tali disposizioni non trasmodassero in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica;

-nel caso in esame, la norma non era frutto di una decisione improvvisa ed arbitraria del legislatore, ma si inseriva in un contesto normativo di specificità proprio dell'Opera, in considerazione della sua enorme rilevanza economica e finanziaria e tenuto conto che la oggettiva situazione di criticità dei mercati finanziari avrebbe potuto arrecare imprevedibili effetti negativi alla finanza pubblica, bene primario alla cui tutela lo Stato doveva provvedere con ogni necessaria modalità;

-peraltro, il recesso dichiarato dalla Eurolink con la nota del 4.10.2012 era comunque illegittimo, non essendo ancora maturate le condizioni previste dall'art. 5.2 dell'Accordo, considerato che il decorso del termine ivi previsto poteva essere evocato dal Contraente Generale solo qualora la mancata approvazione del CIPE non fosse *"in alcun modo riconducibile a fatto del Contraente Generale"*;

-nel caso in esame, invece, il ritardo nella approvazione del Progetto Definitivo era imputabile a fatto della stessa Eurolink, costituito dalle riscontrate carenze documentali relative ai profili ambientali del Progetto Definitivo;

-in particolare, la imputabilità alla Eurolink della mancata approvazione del CIPE nel termine previsto dall'art. 5.2 dell'Accordo non poteva essere contestata, essendo attestata dalle richieste di integrazione formulate dalla CVTA, dalla ripubblicazione di tali integrazioni e, soprattutto, dal parere negativo espresso dal MATTM nel marzo 2013, che aveva definitivamente accertato la impossibilità di approvazione del



Progetto Definitivo;

-né, del resto, la Eurolink aveva dato prova di non essersi resa responsabile della mancata approvazione del Progetto Definitivo da parte del CIPE nel tempo previsto;

-anzi, Eurolink era altresì responsabile della mancata conclusione dell'Atto aggiuntivo previsto dall'art. 34 *decies*, atteso che la predetta –dopo aver dato corso alla negoziazione dei contenuti dell'atto- si era poi rifiutata di sottoscriverlo con motivazioni pretestuose e contrarie al canone di buona fede. In particolare, la Eurolink aveva posto come pregiudiziale per lo svolgimento delle trattative la salvaguardia del recesso esercitato. Tuttavia, tale recesso era stato esercitato su un rapporto inefficace e, non essendo esercitabile, era palesemente frutto di una condotta abusiva, con violazione del comma 4 dell'art. 34 *decies* (secondo cui le parti dovevano improntare il loro comportamento secondo i principi della buona fede);

-con tale comportamento abusivo, la Eurolink aveva cagionato un enorme sacrificio alla Stretto di Messina spa., la quale aveva perduto la Nuova Convenzione, la Concessione e la ragione della sua stessa sussistenza: danno di cui dovevano rispondere non solo la Eurolink ma anche i suoi soci ai sensi dell'art. 176 comma 10 del D.Lgs. 163/2006, ovvero ai sensi dell'art. 2043 c.c.;

-il danno subito dalla Stretto di Messina spa. era relativo alle conseguenze economiche derivanti dalla perdita di chance subita per effetto della caducazione della concessione; ai costi sostenuti per la realizzazione dell'oggetto della concessione, comprensivi degli studi, della Progettazione Preliminare e dello stesso Progetto Definitivo nonché degli indennizzi dovuti dalla Stretto di Messina spa. in relazione all'opera: ciò in ragione anche dell'affidamento ingenerato in ordine alla conclusione dell'atto aggiuntivo ed alla conservazione del rapporto e della concessione stessa;

-qualora, poi, l'art. 34 *decies* fosse stato disapplicato ovvero dichiarato incostituzionale o comunque annullato, il contratto doveva intendersi risolto in ragione dell'inadempimento della Eurolink con riguardo alla mancata approvazione del Progetto Definitivo da parte del CIPE nel termine indicato all'art. 5.2 dell'Accordo, con conseguente risarcimento dei danni in favore della Stretto di Messina spa.

-Premesso ciò, la convenuta Stretto di Messina spa. chiedeva in via preliminare di essere autorizzata alla chiamata in causa impropria del Ministero delle Infrastrutture e della Presidenza del Consiglio dei Ministri (già convenuti), nonché alla chiamata in causa delle società Sacyr S.A.; Società italiana per Condotte d'Acqua spa.; Cooperativa Muratori & Cementisti – C.M.C. di Ravenna soc.coop. a r.l.; Ishikawajima –Harima Heavy Industries Co. Ltd.; Argo Costruzioni Infrastrutture sspa. Consorzio stabile.

Nel merito, poi, chiedeva:

“2) in via principale, dichiarare inammissibili e/o comunque rigettare, per le ragioni esposte



nelle premesse, tutte le domande proposte da Eurolink S.C.p.A. e Impregilo S.p.A., in proprio e quale mandataria dell'ATI nei confronti di Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione, per la loro manifesta infondatezza, ivi incluse quella relativa alla disapplicazione o incostituzionalità delle norme di cui al D.L. 187/2012, come sostituita dall'art. 34 decies D.L. 179/2012, inserito in sede di conversione nella L. 221/2012;

3) anche in via riconvenzionale, accertata l'applicazione del D.L. 187/2012, come sostituita dall'art. 34 decies D.L. 179/2012, inserito in sede di conversione nella L. 221/2012 e accertata la responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale di Eurolink S.c.p.A. per le ragioni esposte nelle premesse, condannare la stessa Eurolink S.c.p.A., in solido con Impregilo S.p.A., Sacyr S.A.; Società italiana per Condotte d'Acqua spa.; Cooperativa Muratori & Cementisti – C.M.C. di Ravenna soc.coop. a r.l.; Ishikawajima –Harima Heavy Industries Co. Ltd.; Argo Costruzioni Infrastrutture sspa. Consorzio stabile (società solidalmente responsabili ex art. 176, comma 10 D.Lgs. 12/04/2006 n. 163), al risarcimento di tutti i danni sofferti da Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione nella misura che sarà determinata nel corso del giudizio, anche occorrendo in via equitativa, pure con riferimento alla perdita di chance per la mancata realizzazione dell'opera e con riguardo al pregiudizio all'immagine ed alla reputazione professionale sofferti da Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione;

4) in via subordinata, nella denegata ipotesi in cui fosse accolta, anche parzialmente, la domanda di parte attrice con riguardo alla validità ed efficacia del recesso: (i) accertare il diritto di Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione ad essere integralmente tenuta indenne e manlevata dal Ministero delle Infrastrutture e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per l'effetto, condannare il Ministero delle Infrastrutture e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuno per quanto di rispettiva ragione, a rifondere tutto quanto (ivi incluse le spese legali), in tesi, Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione sarà eventualmente condannata a riconoscere a parte attrice; (ii) accertare il diritto di Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione nei confronti del Ministero delle Infrastrutture e della Presidenza del Consiglio dei Ministri ad essere ristorata delle conseguenze ulteriori derivanti dal decorso del termine di 540 giorni;

5) sempre in via subordinata, nella denegata ipotesi in cui fosse accolta, anche parzialmente, la domanda di parte attrice di risoluzione per inadempimento: (i) accertare il diritto di Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione ad essere integralmente tenuta indenne e manlevata dal Ministero delle Infrastrutture e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per l'effetto, condannare il Ministero delle Infrastrutture e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuno per quanto di rispettiva ragione, a rifondere tutto quanto (ivi incluse le spese legali), in tesi, Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione sarà eventualmente condannata a riconoscere a parte attrice; (ii) accertare il diritto di Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione nei confronti del Ministero delle Infrastrutture e della Presidenza del Consiglio dei Ministri ad essere ristorata delle conseguenze ulteriori derivanti dal decorso del termine di 540 giorni;

6) sempre in via subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda di parte attrice avente ad oggetto l'impossibilità da parte di Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione di concordare la revisione del contratto per la mancanza delle risorse finanziarie imputabile alla parte



*pubblica: (i) accertare il diritto di Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione ad essere integralmente tenuta indenne e manlevata dal Ministero delle Infrastrutture e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per l'effetto, condannare il Ministero delle Infrastrutture e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuno per quanto di rispettiva ragione, a rifondere tutto quanto (ivi incluse le spese legali), in tesi, Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione sarà eventualmente condannata a riconoscere a parte attrice; (ii) accertare il diritto di Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione nei confronti del Ministero delle Infrastrutture e della Presidenza del Consiglio dei Ministri ad essere ristorata delle conseguenze ulteriori derivanti dall'avvenuta mancanza delle risorse finanziarie;*

*7) sempre in via subordinata, accertare il diritto di Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione a vedersi riconosciuto dal Ministero delle Infrastrutture e dalla Presidenza del Consiglio l'indennizzo costituito dal pagamento delle prestazioni progettuali eseguite, nonché l'ulteriore somma pari al 10%, a norma dell'art. 34 decies comma 3 D.L. 187/2012;*

*8) ancora in via subordinata, nella denegata ipotesi in cui l'art. 34 decies D.L. 187/2012 dovesse essere disapplicato ovvero dichiarato incostituzionale o comunque annullato o dichiarato privo di effetti, risolvere per inadempimento di Eurolink S.c.p.A. il contratto in data 27/3/2006 e successivi accordi ed atti aggiuntivi avente ad oggetto l'esecuzione del Ponte sullo Stretto di Messine e, per l'effetto, condannare la stessa Eurolink S.c.p.A., in solido con Impregilo S.p.A., Sacyr S.A.; Società italiana per Condotte d'Acqua spa.; Cooperativa Muratori & Cementisti – C.M.C. di Ravenna soc.coop. a r.l.; Ishikawajima –Harima Heavy Industries Co. Ltd.; Argo Costruzioni Infrastrutture scpa. Consorzio stabile, al risarcimento di tutti i danni sofferti da Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione nella misura: (i) che sarà determinata nel corso del giudizio, a titolo di danno emergente e lucro cessante; (ii) che sarà determinata anche in via equitativa da codesto Ecc.mo Tribunale con riguardo al pregiudizio all'immagine ed alla reputazione professionale sofferti da Stretto di Messina S.p.A. in liquidazione”.*

^^^^^^

Autorizzata la chiamata in causa richiesta dalla Stretto di Messina spa., si costituivano in giudizio le società Sacyr S.A.; Società italiana per Condotte d'Acqua spa.; Cooperativa Muratori & Cementisti – C.M.C. di Ravenna soc.coop. a r.l.; IHI Corporation (già Ishikawajima –Harima Heavy Industries Co. Ltd.); Argo Costruzioni Infrastrutture scpa. Consorzio stabile, le quali svolgevano difese analoghe alla parte attrice, richiamando espressamente le deduzioni contenute nell'atto di citazione. In particolare, deducevano che:

- il D.L. 187/2012 aveva coattivamente modificato la disciplina contrattuale rimessa alla libera autonomia delle parti, in modo da espropriare indebitamente la parte privata dei propri diritti e da evitare il pagamento di quanto dovuto convenzionalmente;
- le procedure approvative del Progetto del Ponte sullo Stretto non erano peculiari, ma erano quelle di legge, recate dal D.Lgs. 190/2002 e trasfuse nel D.Lgs. 163/2006;
- la disposizione dell'art. 5.2 dell'Accordo era chiara, ancorando il diritto di recesso al



semplice e vano decorso del termine di 540 giorni dalla consegna del progetto definitivo senza che fosse intervenuto un provvedimento del CIPE;

-il termine di 540 giorni era stato fissato dalle parti come comprensivo di tutti i maggiori tempi che, fisiologicamente, una istruttoria avente ad oggetto un'opera di tale complessità avrebbe comportato per le integrazioni ed i chiarimenti documentali;

-né del resto tali richieste di chiarimenti potevano presupporre un inadempimento da parte del contraente privato, tenuto conto che il Progetto Definitivo in questione era stato approvato dal CdA della Stretto di Messina spa., previo parere positivo all'unanimità del Comitato scientifico ed emissione del Rapporto Finale delle attività di verifica e controllo del Progetto Definitivo da parte del PMC Parsons e del Rapporto Finale di Validazione del Progetto Definitivo da parte dell'organismo di Controllo Tecnico di terza parte RINA Check srl.;

-erano infondate le domande riconvenzionali proposte dalla Stretto di Messina spa., atteso che la Eurolink era stata sempre disponibile alla stipulazione dell'atto aggiuntivo e non v'era stato alcun abuso del diritto, mentre i danni lamentati erano insussistenti;

-peraltro, le società esponenti –in relazione alla loro specifica posizione di partecipanti alla originaria ATI e poi quali soci della Eurolink- avevano sopportato notevoli costi ed oneri in vista dell'esecuzione del contratto, dei quali avevano diritto ad essere rimborsate, oltre al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata realizzazione del Ponte sullo Stretto.

Premesso ciò, le società chiamate in causa chiedevano rigettarsi le domande proposte dalla Stretto di Messina spa. nei loro confronti e, in accoglimento dell'atto di citazione, condannare Stretto di Messina spa. in liquidazione, il Ministero delle Infrastrutture e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuna per quanto di ragione, all'integrale ristoro di tutti gli oneri e risarcimento dei danni. In via riconvenzionale, poi, chiedevano condannarsi i predetti convenuti all'integrale ristoro degli ulteriori costi, oneri e danni sofferti dai comparenti, come indicati nella comparsa di costituzione, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

^^^^^^

-Con separato atto di citazione, la Parsons Transportation Group Inc. (società di diritto statunitense) conveniva in giudizio la Stretto di Messina spa. in liquidazione, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ripercorrendo tutte le vicende relative al progetto di realizzazione di un collegamento stabile viario e ferroviario tra la Sicilia e la Calabria e deducendo di aver ottenuto l'affidamento da parte della Stretto di Messina spa. dell'appalto di Project Management Consulting relativo alla progettazione definitiva ed esecutiva ed alla realizzazione dell'opera suddetta e di aver stipulato il relativo contratto in data 16.1.2006.

In particolare, deduceva che:



-il contratto di Project Management aveva ad oggetto un appalto di servizi relativo alla assistenza tecnica, amministrativa, gestionale ed ambientale da parte della Parsons in favore della Stretto di Messina spa. in tutte le fasi di progettazione, realizzazione e collaudo dell'opera relativa alla costruzione del Ponte sullo Stretto di Messina;

-si trattava di prestazioni complesse di alta specializzazione, che la Parsons avrebbe realizzato con parte della sua struttura professionale di base negli Stati Uniti e con una articolata organizzazione messa in campo in Italia;

-nel bando di gara, il valore complessivo delle prestazioni contrattuali era stato stimato nella somma di € 150.000.000,00, che tuttavia doveva essere aggiornata ad € 225.260.589,90, di cui € 200.849.502,90 rappresentava il valore delle prestazioni ancora da eseguire;

-la Parsons aveva, pertanto, diritto al reintegro di tutte le spese sostenute in esecuzione del rapporto contrattuale, nonché al corrispettivo ancora dovuto ed al risarcimento di tutti i danni subiti per effetto della totale perdita dell'investimento effettuato in Italia;

-infatti, la perdita della possibilità di eseguire le prestazioni di cui al contratto di Project Management e di conseguire l'utile da esso derivante era imputabile alla condotta della parte pubblica, intendendosi per tale parte sia lo Stato italiano (rappresentato dalla Presidenza del Consiglio e dal Ministero), sia la committente concessionaria Stretto di Messina spa.;

-in particolare, Stretto di Messina spa. era un organo dello Stato in quanto era soggetto al controllo totalitario ed alla direzione di quest'ultimo (ai sensi dell'art. 28 dello Statuto si riconosceva che lo Stato italiano deteneva il controllo della società ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n.1 c.c. e, peraltro, lo Stato italiano era stato l'unico finanziatore dell'opera);

-in ogni caso, quand'anche fosse stata ritenuta sussistente una distinta soggettività, la Presidenza del Consiglio ed il Ministero erano tenuti a rispondere a titolo di responsabilità aquiliana, per non aver adeguatamente vigilato sulla corretta esecuzione delle obbligazioni contrattuali da parte della Stretto di Messina spa. e per aver di fatto impedito la prosecuzione della realizzazione dell'Opera;

-il Giudice italiano, quindi, era tenuto a disapplicare le disposizioni del DL 187/2012, come poi sostituite dall'art. 34*decies* della legge di conversione n. 221/2012, attesa la contrarietà delle stesse al diritto dell'Unione Europea, avendo lo Stato italiano illegittimamente espropriato i diritti contrattuali acquisiti dalla Parsons al momento dell'affidamento dell'appalto per i servizi di Project Management;

-in particolare, si aveva espropriazione indiretta quando –pur in assenza di una formale privazione di un diritto- un soggetto veniva di fatto privato del godimento o del valore



sostanziale del proprio diritto;

-le continue interferenze dello Stato italiano avevano causato uno stravolgimento del complessivo equilibrio contrattuale con incredibile aggravio di costi ed oneri rispetto agli impegni originariamente assunti;

-il DL. 187/2012 aveva dapprima sospeso i contratti conclusi con i soggetti affidatari, con il diniego del diritto a qualsivoglia indennizzo (privando la Parsons dell'importo di € 635.084,00 dovuto per i costi sostenuti successivamente al 2.11.2012); poi aveva fissato per la stipulazione di un atto aggiuntivo un termine perentorio (1.3.2013) troppo breve per la complessità degli interessi coinvolti; infine, aveva riconosciuto un indennizzo costituito dal pagamento delle prestazioni progettuali contrattualmente previste e direttamente eseguite e del pagamento di una ulteriore somma pari al 10 per cento dell'importo predetto, ciò rappresentando un indennizzo irrisorio rispetto a quello previsto dalle vigenti norme di legge in caso di recesso *ad nutum* da parte della pubblica amministrazione committente (cfr. art. 134 DLgs. 163/2006);

-con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione Europea aveva acquisito una competenza esclusiva in materia di investimenti esteri e la Commissione aveva riconosciuto il principio di non discriminazione, il principio di equo trattamento dell'investimento, il divieto di espropriazioni senza equo indennizzo, il divieto di misure espropriative o regolatorie in pregiudizio del diritto di stabilimento, della libera circolazione dei servizi e dei capitali, della necessità di realizzare un ambiente aperto agli investimenti;

-in particolare, erano state violate le seguenti norme del Trattato UE:

art. 63: la caducazione dei contratti e la modifica dell'importo riconosciuto a titolo di indennizzo aveva indebitamente ristretto la libertà di movimento dei capitali, traducendosi nella esclusione della possibilità di percepire un utile a fronte dell'investimento eseguito;

art. 4: violazione del principio del legittimo affidamento e della leale cooperazione, in quanto era stata pregiudicata la legittima aspettativa dei contraenti privati di dare esecuzione ai rispettivi contratti;

art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: che vietava la privazione della proprietà se non per motivi di pubblico interesse previo pagamento di "*una giusta indennità*";

art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: che riconosceva il diritto di accesso alla giustizia e ad un ricorso effettivo;

le regole dell'Unione europea in materia di aggiudicazione di appalti pubblici in relazione agli artt. 49 e 56 TFUE (diritto di stabilimento, libera circolazione dei servizi);



-in caso di mancata disapplicazione, la questione andava sottoposta alla Corte di Giustizia UE ex art. 267 TFUE ovvero rimessa alla Corte costituzionale;

-in particolare, il citato art. 34 *decies* confliggeva con gli obblighi pattizi assunti dall'Italia nei confronti degli Stati Uniti con il Trattato di amicizia, in base al quale l'Italia si era impegnata a prendere atto e riconoscere il diritto delle società statunitensi di esercitare attività di impresa secondo la legge italiana (art. 1); a non espropriare i diritti delle società statunitensi senza un giusto ed equo indennizzo (art. 5); a prendere atto e riconoscere alle persone giuridiche straniere un trattamento giusto ed equo, anche con riferimento alle relazioni contrattuali in corso (art. 18, comma 2); a non ostacolare l'accesso al mercato italiano da parte delle persone giuridiche statunitensi (art. 18, comma 3); a non adottare misure arbitrarie o discriminatorie tali da impedire alle società statunitensi l'esercizio delle proprie attività di impresa (art. 1 del protocollo integrativo);

-risultava violato l'art. 117 della Costituzione, in base al quale la potestà legislativa era esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali;

-l'art. 34 *decies* violava, altresì, anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che tutelava il diritto di proprietà, il diritto di accesso alla giustizia e ad un ricorso effettivo e doveva, pertanto, essere annullato dalla Corte costituzionale;

-in conclusione, l'art. 34 *decies* era illegittimo in quanto violava gli artt. 3, 10, 24, 41, 42, 43, 97, 113 e 117 della Costituzione per il carattere discriminatorio (perché pregiudicava individuali investitori); per la violazione di rilevanti norme di diritto internazionale consuetudinario e pattizio; per la violazione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica di privati investitori; per la violazione del principio di buon andamento ed imparzialità della Pubblica amministrazione;

-in ogni caso, il contratto doveva considerarsi risolto per grave inadempimento della Parte pubblica, la quale aveva violato il principio di buona fede nella esecuzione del contratto omettendo di stipulare l'atto aggiuntivo di cui all'art. 34 *decies*, ciò rappresentando solo il prevedibile esito della condotta finalizzata ad esimersi dall'adempimento delle proprie obbligazioni contrattuali, mediante la sottrazione delle risorse necessarie per l'esecuzione del progetto e la successiva eliminazione, per via normativa, delle possibili conseguenze restitutorie, risarcitorie o indennitarie del proprio inadempimento;

-la parte pubblica si era voluta sottrarre all'obbligo di dare esecuzione al contratto d'opera ed ai contratti ad esso collegati, nonché alle conseguenze derivanti dalla legge e dal contratto in caso di recesso *ad nutum*, così come previste dall'art. 134 D.Lgs. 163/2006 e dall'art. 1671 c.c.;



-peraltro, la circostanza che –ai sensi dell’art. 25 del contratto e dell’art. 7 della Intesa PMC- il soggetto aggiudicatore avrebbe contrattualmente potuto recedere dal contratto a suo insindacabile giudizio non sottraeva la Parte pubblica alla responsabilità derivante dall’aver ispirato la propria condotta alla finalità abusiva di espropriare i soggetti affidatari dei diritti contrattualmente acquisiti;

-lo Stato italiano aveva emanato atti normativi, in spregio del dovere di buona fede e trasparenza, al solo fine di sottrarre i propri organismi dalle obbligazioni derivanti dal contratto e di espropriare i privati (quali Parsons) del proprio investimento;

-da tale inadempimento derivava il diritto della Parsons alla restituzione delle spese sostenute e di tutto quanto dovuto a titolo di corrispettivo, nonché al risarcimento del danno emergente e del lucro cessante;

-in subordine, la Parsons aveva diritto all’indennizzo originariamente pattuito ai sensi dell’art. 25 del contratto, pur ciò non escludendo altresì il diritto al risarcimento degli ulteriori danni subiti.

Premesso ciò, la Parsons Transportation Group Inc. chiedeva:

#### **In via principale,**

previa disapplicazione, nella misura ritenuta necessaria, delle disposizioni di cui al Decreto Legge 2 novembre 2012, n. 187 come sostituito dall’art. 34 *decies* del DL 18 ottobre 2012 n. 179, inserito in sede di conversione nella Legge 17 dicembre 2012 n. 221, ovvero previa sottoposizione di domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione europea ai sensi dell’art. 267 TFUE ovvero previa sottoposizione di questione di legittimità costituzionale ai sensi dell’art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87 per violazione degli artt. 3, 10, 24, 41, 42, 43, 97, 113 e 117 della Costituzione per i motivi di cui in narrativa, **accertare e dichiarare la risoluzione del Contratto, dell’Intesa PMC e dei successivi Atti Integrativi PMC per fatto e colpa di Stretto di Messina s.p.a. in liquidazione, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri**, in solido tra loro o ciascuno per quanto di ragione, per i motivi di cui in narrativa e/o accertare e dichiarare la responsabilità extracontrattuale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e/o della Presidenza del Consiglio dei Ministri per i motivi di cui in narrativa; e

per l’effetto condannare Stretto di Messina s.p.a. in liquidazione, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuno per quanto di ragione, a ristorare Parsons di tutti i costi sostenuti o da sostenere, dei corrispettivi ancora dovuti e di tutti i danni sofferti nella misura quantificata in atto di citazione, ovvero nella diversa somma ritenuta di giustizia.

#### **In via subordinata,**

previa disapplicazione, nella misura ritenuta necessaria, delle disposizioni di cui al Decreto Legge 2 novembre 2012, n. 187 come sostituito dall’art. 34 *decies* del DL 18 ottobre 2012 n. 179,



inserito in sede di conversione nella Legge 17 dicembre 2012 n. 221, ovvero previa sottoposizione di domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE ovvero previa sottoposizione di questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87 per violazione degli artt. 3, 10, 24, 41, 42, 43, 97, 113 e 117 della Costituzione per i motivi di cui in narrativa:

- A) accertare e dichiarare il recesso esercitato da Stretto di Messina s.p.a. in data 2 marzo 2013** e per l'effetto condannare Stretto di Messina s.p.a. in liquidazione, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuno per quanto di ragione (anche a titolo di responsabilità extracontrattuale con riferimento al delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri), all'integrale ristoro in favore di Parsons di tutti i compensi, indennizzi, costi ed oneri ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1671 c.c., così come quantificati in citazione;
- B) accertare e dichiarare la responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale** di Stretto di Messina s.p.a. in liquidazione, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuno per quanto di ragione e, per l'effetto, condannare i predetti al risarcimento di tutti i danni sofferti, così come quantificati in citazione o da quantificarsi, ove occorre, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.;
- C) accertato e dichiarato che la risoluzione dei contratti di subappalto conclusi da Parsons con Bonifica Italia s.r.l., Rina Check s.r.l. e Tecnic s.p.a. è imputabile a fatto e colpa di Stretto di Messina s.p.a. in liquidazione, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuno per quanto di ragione, condannare i predetti a corrispondere a Parsons i corrispettivi ed i risarcimenti dalla stessa dovuti in favore dei subappaltatori;**

**In via subordinata,**

previa disapplicazione, nella misura ritenuta necessaria, delle disposizioni di cui al Decreto Legge 2 novembre 2012, n. 187 come sostituito dall'art. 34 *decies* del DL 18 ottobre 2012 n. 179, inserito in sede di conversione nella Legge 17 dicembre 2012 n. 221, ovvero previa sottoposizione di domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE ovvero previa sottoposizione di questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87 per violazione degli artt. 3, 10, 24, 41, 42, 43, 97, 113 e 117 della Costituzione per i motivi di cui in narrativa:

accertato e dichiarato il recesso esercitato da Stretto di Messina s.p.a. in data 2 marzo 2013 e accertata e dichiarata la risoluzione della Intesa PMC, condannare Stretto di Messina s.p.a. in liquidazione, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuno per quanto di ragione (anche a titolo di responsabilità extracontrattuale con riferimento al delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del



Consiglio dei Ministri), all'integrale ristoro in favore di Parsons di tutti i compensi, indennizzi, costi ed oneri previsti dall'art. 25.4 del Contratto ovvero in subordine previsti dall'art. 7 della Intesa PMC, oltre al risarcimento del danno, così come quantificati in citazione;

#### **In estremo subordine,**

accertare e dichiarare la risoluzione del Contratto, dell'Intesa PMC e dei successivi Atti Integrativi PMC ai sensi e per gli effetti dell'art. 34 *decies* della Legge 221/2012 e condannare Stretto di Messina s.p.a. in liquidazione, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuno per quanto di ragione (anche a titolo di responsabilità extracontrattuale con riferimento al delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri), al pagamento delle somme previste dal citato art. 34 *decies*, oltre al risarcimento del danno.

#### **In ogni caso**

Condannare Stretto di Messina s.p.a. in liquidazione alla restituzione della garanzia cauzionale rilasciata da Parsons ai sensi dell'art. 18 del Contratto e successivi aggiornamenti, nonché alla rifusione dei costi ed oneri fino alla data dell'effettiva liberazione, interessi, rivalutazione e Iva.

^^^^^^

-Anche in tale giudizio si costituivano la società Stretto di Messina spa., nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, svolgendo difese analoghe a quelle già svolte nel giudizio instaurato dalle società Eurolink ed Impregilo, e chiedendo il rigetto delle domande attoree.

Con particolare riferimento alle domande della Parsons, Stretto di Messina s.p.a. deduceva che:

-la domanda di risoluzione del contratto di PMC risultava assorbita dalle domande di risoluzione del contratto di affidamento a Contraente generale (cui il contratto stipulato dalla Parsons era geneticamente e giuridicamente collegato), proposte reciprocamente dalle parti contraenti Eurolink e Stretto di Messina s.p.a.;

-non era possibile configurare una "parte pubblica" tra Stretto di Messina e lo Stato, essendo soggetti diversi ed era inammissibile applicare il concetto della buona fede ad atti legislativi;

-sin dall'inizio, il Ponte era stato assoggettato a procedure approvative e ad un regime economico-finanziario assai peculiari *in considerazione del carattere eccezionale dell'opera e della entità dei mezzi finanziari occorrenti per la sua realizzazione da reperire sul mercato* (art. 2, comma 7 D.Lgs. 14/2003) e, di conseguenza, le modifiche introdotte dall'art. 34 *decies* si erano collegate in tale regime di specialità ed erano pienamente giustificate dalle specifiche contingenze dei mercati finanziari;



-la mancata sottoscrizione dell'Atto aggiuntivo aveva determinato la caducazione del contratto CG, del contratto PMC e della concessione, con il conseguente riconoscimento di un indennizzo da riconoscere a tutti i contraenti di Stretto di Messina;

-quanto a Parsons, la misura di tale indennizzo era del tutto ragionevole ed adeguata, atteso che le attività eseguite dal PMC erano già state interamente compensate a prezzi pieni di contratto e che nessuna ulteriore prestazione era stata resa;

-sicchè, la disposizione in questione non aveva come oggetto diretto la modifica coattiva della disciplina contrattuale o un *esproprio* dei diritti contrattuali in essere, ma solo la modifica del procedimento amministrativo di approvazione del Progetto definitivo del Ponte;

-tale modifica procedurale trovava la propria giustificazione in *motivi imperiosi di interesse pubblico*, costituiti dalla necessità di verificare se, in una situazione del tutto eccezionale dei mercati finanziari, vi erano effettivamente le condizioni di sostenibilità del piano economico finanziario del Ponte, senza determinare pericoli per la finanza pubblica;

-le modifiche contrattuali da recepire in un Atto aggiuntivo lasciato alla negoziazione del Contraente generale e di Stretto di Messina spa. da espletare in buona fede e non imposte autoritativamente erano necessarie in quanto la disciplina contrattuale si basava su presupposti non più attuali;

-pertanto, l'art. 34 *decies* era pienamente conforme alla normativa comunitaria e costituzionale, atteso che:

a) le norme del Trattato UE erano rivendicabili solo da soggetti ed operatori economici degli Stati aderenti all'Unione Europea, mentre Parsons era un soggetto statunitense e la presenza di una sede secondaria in Italia non ne modificava la connotazione di soggetto extra UE;

b) in ogni caso, il contratto PMC non aveva la natura di *investimento internazionale* essendo un contratto di servizi di ingegneria di particolare rilievo;

c) non vi era stata alcuna *espropriazione indiretta*, atteso che l'art. 34 *decies* si era limitato a modificare la procedura approvativa dell'Opera;

d) la Corte di Giustizia europea aveva sempre ritenuto possibile una limitazione dei diritti fondamentali sanciti dal Trattato UE da parte della legislazione degli Stati membri, purchè in presenza di quattro condizioni, tutte presenti nel caso di specie:

1. applicazione non discriminatoria: l'art. 34 *decies* si applicava indifferentemente sia a Stretto di Messina che a tutti gli affidatari, anche per gli aspetti caducatori;



2. sussistenza di motivi imperiosi di interesse pubblico: che erano chiaramente individuati nell'esigenza di tutelare la finanza pubblica in una situazione di grave incertezza dei mercati finanziari, che metteva in dubbio la sostenibilità del piano economico finanziario dell'Opera;

3. la idoneità a garantire il perseguimento dello scopo previsto: l'art. 34 *decies* introduceva una preventiva procedura di verifica delle condizioni dei mercati per verificarne la rispondenza alle esigenze economico finanziarie dell'Opera;

4. la limitazione a quanto necessario per il raggiungimento dello scopo previsto: la norma si limitava a disciplinare tale fase di verifica stabilendone anche il tempo massimo per la sua conclusione, lasciando libere le parti di definirne le modalità di recepimento all'esito di una negoziazione improntata a principi di buona fede sia della Parte pubblica che della Parte privata;

-parimenti, l'art. 34 *decies* era conforme anche alla Costituzione, atteso che costantemente la Corte costituzionale aveva affermato che, nel nostro sistema, non era interdetto al legislatore di emanare disposizioni tali da modificare in senso sfavorevole la disciplina dei rapporti di durata, a condizione che tali disposizioni non trasmodassero in un regolamento irrazionale, frustrando l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica;

-la norma in questione non era frutto di una decisione improvvisa ed arbitraria del legislatore, ma si inseriva in un contesto di specificità proprio dell'Opera, in considerazione della sua enorme rilevanza economica e finanziaria e la sua adozione era stata determinata da una oggettiva situazione di criticità dei mercati finanziari;

-quanto alla pretesa violazione del Trattato di Amicizia, questo regolava i rapporti tra lo Stato italiano e gli Stati Uniti e, pertanto, era destinato a disciplinare i rapporti inter-statali, da cui non derivavano posizioni giuridiche soggettive direttamente azionabili da un soggetto privato statunitense nei confronti dello Stato italiano ovvero di una società di capitali di diritto italiano;

-in ogni caso, la Parsons era inadempiente alle obbligazioni contrattualmente assunte. In particolare, l'oggetto del rapporto era individuato dall'art. 3.1, in base al quale Parsons era tenuta a tutte le attività di assistenza tecnica, amministrativa, gestionale ed ambientale occorrenti al Committente, in relazione alla progettazione definitiva ed esecutiva ed alla realizzazione dell'Opera;

-nello svolgimento del contratto PMC, Parsons aveva assunto ogni alea riguardante il controllo e la verifica delle attività di pianificazione e programmazione del Contraente Generale e del Monitore Ambientale; nonché il controllo e la verifica dell'esecuzione delle eventuali prescrizioni dettate dal Committente e/o dal CIPE in sede di approvazione del Progetto Definitivo;



-la Parsons, poi, aveva assunto l'obbligo di espletare tutte le attività di assistenza finalizzate all'ottenimento dell'approvazione da parte del CIPE degli elaborati progettuali;

-era, inoltre, prevista quale specifica ipotesi di risoluzione del contratto di PMC il recesso dal contratto concluso tra il Contraente Generale e Committente e in ogni altro caso in cui tale rapporto fosse venuto meno;

-era di conseguenza sussistente l'inadempimento della Parsons atteso che: aveva ritenuto idonea e completa tutta la componente "Ambiente" del Progetto Definitivo; al contrario sia la CTVA sia il MIBAC avevano riscontrato significative carenze in tale specifica componente, imponendo addirittura alla Stretto di Messina spa. la ripubblicazione di parti del Progetto Definitivo validato dalla Parsons; la Parsons aveva, altresì, ritenuto pienamente idonea la documentazione ambientale, che invece la CTVA aveva ritenuto carente e non idonea; ciò nonostante, la Parsons non aveva mai contestato la fondatezza dei rilievi formulati dalla CTVA e dal MIBAC, neppure quando la CTVA aveva concluso per la non approvabilità degli aspetti ambientali del Progetto Definitivo.

Premesso ciò, la società Stretto di Messina spa. chiedeva:

-in via preliminare, autorizzare la chiamata in causa della Eurolink Scpa., della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e disporre la riunione con il giudizio instaurato dalla Eurolink ovvero, in subordine, la sospensione del presente giudizio sino alla definizione del predetto;

-in via principale, dichiarare inammissibili o rigettare le domande proposte dalla Parsons Transportation Group Inc.;

-in via riconvenzionale, accertare e dichiarare l'avvenuta risoluzione del rapporto contrattuale tra la Parsons e Stretto di Messina spa. per effetto della avvenuta risoluzione del rapporto tra la Stretto di Messina spa. ed Eurolink; ovvero in subordine a norma dell'art. 1456 c.c., ovvero in ulteriore subordine per il grave inadempimento della Parsons agli obblighi contrattualmente assunti;

-ancora in via riconvenzionale, nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale delle domande spiegate dalla Eurolink nel giudizio RG n. 16617/2013, accertare il diritto della Stretto di Messina spa. in liquidazione ad essere tenuta indenne e manlevata dalla Parsons e per l'effetto condannare quest'ultima a rifondere tutto quanto eventualmente riconosciuto alla Eurolink, in subordine anche quale risarcimento del danno derivante dalla incompletezza del Progetto definitivo;

-in subordine, in caso di risoluzione del rapporto tra Stretto di Messina spa. ed Eurolink per fatto e colpa di quest'ultima, accertare il diritto della Stretto di Messina spa. ad essere integralmente tenuta indenne e manlevata dalla Eurolink Scpa. da tutte le conseguenze



pregiudizievoli derivanti dalla risoluzione del rapporto con la Parsons;

-in via subordinata, in caso di accoglimento anche parziale delle domande della Parsons, accertare il diritto della Stretto di Messina spa. in liquidazione ad essere tenuta indenne e manlevata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per l'effetto, condannare i predetti a rifondere tutto quanto eventualmente riconosciuto alla Parsons;

-sempre in subordine, in caso di accoglimento anche parziale delle domande della Parsons, accertare il diritto della Stretto di Messina spa. in liquidazione al riconoscimento dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri l'indennizzo previsto dall'art. 34 *decies*.

^^^^^^

-Si costituivano anche in tale giudizio le amministrazioni convenute, le quali preliminarmente eccepivano il difetto assoluto di giurisdizione, non competendo al giudice (né ordinario né amministrativo) sindacare il modo in cui lo Stato esplicava le proprie funzioni sovrane con atti politici. Nel caso in esame, non vi era alcuna colpa in capo alle amministrazioni convenute, né una ipotesi di responsabilità solidale con la Stretto di Messina spa..

In risposta, poi, alle domande riconvenzionali avanzate dalla Stretto di Messina spa., le Amministrazioni convenute evidenziavano che la liquidazione della società concessionaria costituiva l'esito naturale della mancata stipulazione dell'Atto aggiuntivo previsto dall'art. 34 *decies*. Di conseguenza, già a decorrere dalla delibera CIPE n. 6 del 2012 di revoca dei finanziamenti, la Stretto di Messina spa. avrebbe dovuto impostare il suo bilancio prevedendo una svalutazione delle immobilizzazioni materiali, essendo venuta meno la relativa copertura finanziaria. La fattispecie disciplinata dall'art. 34 *decies* non poteva in nessun modo essere assimilata alla revoca per pubblico interesse o per inadempimento del concedente, in quanto era il legislatore che –alla luce del grave contesto economico internazionale e delle oggettive insuperabili difficoltà tecniche ed economiche dei soggetti destinatari, che non erano stati in grado di realizzare le indispensabili condizioni per riattivare l'intervento, non avendo la società raggiunto l'occorrente livello di garanzia tecnica ed economica- aveva disposto la determinazione risolutiva. Era, pertanto, infondata ogni pretesa di indennizzo.

^^^^^^

-All'udienza del 13.1.2015, veniva disposta la riunione dei giudizi iscritti ai nn. RG 16617/2013 e 20740/2014 ed assegnati alle parti i termini ex art. 183, comma 6 c.p.c.. Successivamente, assunta la causa in decisione in assenza di attività istruttoria, veniva proposto dalla Stretto di Messina spa. regolamento preventivo di giurisdizione e, con ordinanza collegiale del 13.12.2017, il giudizio veniva sospeso in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice ordinario dalla Suprema Corte, il giudizio veniva riassunto e nuovamente trattenuto in decisione.



**OSSERVA IN DIRITTO****1 – Ricostruzione storica della vicenda.**

La controversia oggetto del giudizio trae origine dalle vicende legate alla realizzazione di un collegamento stabile viario e ferroviario tra la Sicilia e la Calabria.

Giova, quindi, innanzitutto ricostruire i tratti salienti delle suddette vicende. In particolare, la realizzazione del suddetto collegamento mediante la costruzione di un ponte sospeso sullo Stretto di Messina è stata prevista dalla legge n. 1158 del 1971, affidandone la concessione dello studio, della progettazione e della costruzione, nonché dell'esercizio del solo collegamento viario ad una società a totale capitale pubblico.

In attuazione della citata legge n. 1158, in data 11.6.1981, è stata costituita la società Stretto di Messina spa., inizialmente partecipata maggioritariamente dall'IRI e per il restante 49% dall'Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, dall'Anas, dalle regioni Sicilia e Calabria e da altre amministrazioni ed enti pubblici. Nel 1985, la concessione attribuita per legge è stata assentita con decreto ministeriale alla Stretto di Messina spa., individuando quali soggetti concedenti le Aziende autonome Anas e Ferrovie dello Stato.

Con deliberazione n. 121 del 21.12.2001, il Ponte sullo Stretto di Messina è stato inserito tra le infrastrutture pubbliche di rilevanza nazionale ai sensi della Legge n. 443 del 2001.

Il D.Lgs. n. 114 del 2003, poi, modificando la Legge n. 1158 del 1971, ha qualificato la Stretto di Messina spa. quale organismo di diritto pubblico nonché concessionario *ex lege* per la progettazione, realizzazione e gestione del Ponte e dei relativi servizi ed il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha assunto la funzione di concedente, subentrando alle suindicate aziende pubbliche nei rapporti con la società concessionaria. L'Opera, inoltre, è stata assoggettata alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 190 del 2002, relativa alle infrastrutture strategiche.

Con delibera n. 66 dell'1.8.2003, il CIPE ha approvato il progetto preliminare dell'Opera e, in data 30.12.2003, il Ministero delle Infrastrutture e la Stretto di Messina spa. hanno stipulato una convenzione per la regolamentazione dei reciproci rapporti e per il Piano finanziario dell'Opera stessa.

Sicché, nell'aprile 2004, la Stretto di Messina spa. (nella cui compagine societaria era subentrata la Fintecna spa., quale successore dell'IRI) ha bandito due gare: la prima per l'affidamento ad un Contraente generale della progettazione definitiva ed esecutiva e della realizzazione del Ponte e dei relativi collegamenti stradali e ferroviari; la seconda per l'affidamento dei servizi di Project Management Consulting al fine di espletare le attività di verifica e controllo sulle prestazioni da rendere dal Contraente generale sia nella fase di progettazione che di realizzazione del Ponte.

La prima gara (di affidamento a Contraente Generale) è stata aggiudicata in favore dell'Ati costituita tra la capogruppo mandataria Impregilo spa. e le mandanti Sacyr SA., Società Italiana per



Condotte d'Acqua spa., Cooperativa Muratori & Cementisti – CMC di Ravenna soc.coop a r.l., Ishikawajima – Harima Heavy Industries Co.Ltd. e Argo Costruzioni Infrastrutture Scpa.. Successivamente, le suddette società partecipanti all'Ati hanno costituito una società di progetto, denominata Eurolink Scpa. ai sensi del D.Lgs. n. 190 del 2002, che è subentrata nei rapporti facenti capo all'Ati.

La seconda gara (di affidamento dei servizi di Project Management Consulting) è stata aggiudicata in favore della società statunitense Parsons Transportation Group Inc..

La società Stretto di Messina spa., quindi, ha stipulato due diversi contratti tra loro collegati: in data 16.1.2006 il contratto di affidamento dei servizi di Project Management Consulting con la Parsons e in data 27.3.2006 il contratto di affidamento a Contraente Generale con la Eurolink Scpa..

Successivamente alla stipulazione dei due contratti, però, il nuovo Parlamento ha modificato il precedente indirizzo, decidendo di procrastinare la realizzazione del Ponte. Ed infatti, con il DL. n. 262 del 2006, poi convertito nella Legge n. 286 del 2006, le somme originariamente destinate alla sottoscrizione dell'aumento di capitale della Stretto di Messina spa. sono state destinate a diverse utilizzazioni. Di conseguenza, la Stretto di Messina spa. ha comunicato alla Eurolink ed alla Parsons che non si sarebbe dato avvio alla esecuzione dell'Opera.

Tuttavia, a seguito di un ulteriore cambio di orientamento politico emerso da nuove elezioni, il Ponte sullo Stretto è stata nuovamente considerata un'opera di carattere prioritario, venendo reinserita tra le infrastrutture strategiche previste nel documento di programmazione Economico-finanziaria per il triennio 2009-2011. In particolare, il DL. n. 78 del 2009, convertito nella Legge n. 102 del 2009, ha disposto l'assegnazione alla società Stretto di Messina spa. di un contributo di 1.300 milioni di euro.

Di conseguenza, in data 25.9.2009, la Stretto di Messina spa. e la Eurolink hanno stipulato un Atto Aggiuntivo, integrativo del contratto stipulato in data 27.3.2006, in base al quale sono state definite le modalità di riavvio delle attività di realizzazione dell'Opera e si è proceduto all'affidamento della Variante di Cannitello. In tale accordo, le parti hanno convenuto le modalità di aggiornamento del prezzo contrattuale, nonché la rinuncia alle riserve medio tempore formulate dal Contraente Generale. Poi, all'art. 5.2, hanno convenuto che –in caso di mancata approvazione del Progetto Definitivo entro 540 giorni dalla sua presentazione da parte di Eurolink– le parti si sarebbero incontrate per rivedere le condizioni contrattuali e, in caso di mancato accordo, ad entrambe sarebbe spettato il diritto di recedere dal contratto, con riconoscimento in ogni caso alla Eurolink di un indennizzo, da calcolarsi secondo i criteri ivi indicati.

Analogamente, anche la Parsons ha stipulato (in data 20.5.2009 e poi confermato in data 25.9.2009) un atto integrativo per disciplinare la ripresa delle attività, rinunciando al rimborso di parte delle spese sino a quel momento sostenute.

Sono state, quindi, riavviate le attività per la realizzazione dell'Opera e, in data 20.12.2010, la Eurolink ha consegnato il Progetto definitivo alla Stretto di Messina spa. e si è aperto un



complesso iter di verifica dello stesso, con notevole allungamento dei tempi contrattuali. Di conseguenza, sono stati stipulati vari atti integrativi, tra cui quello con il quale Stretto di Messina spa. ed il Contraente generale, preso atto del protrarsi delle attività di verifica del Progetto Definitivo, hanno fissato convenzionalmente al 12.4.2011 la data di consegna del Progetto definitivo ai fini della decorrenza degli ulteriori termini previsti dall'art. 5.2 dell'accordo aggiuntivo del 25.9.2009.

In data 29.7.2011, il Consiglio di amministrazione della Stretto di Messina spa. ha approvato il Progetto definitivo dell'Opera, dando avvio al processo approvativo presso le Amministrazioni.

Tuttavia, progressivamente dal 2012 lo Stato italiano ha iniziato a disimpegnare gli investimenti inizialmente destinati alla realizzazione del Ponte, senza che intervenisse la approvazione del Progetto definitivo.

Sicchè, in data 4.10.2012 la Eurolink, ritenendo che fosse decorso in data 3.10.2012 il termine di 540 giorni per l'approvazione del Progetto definitivo da parte del CIPE, ha chiesto la revisione delle condizioni contrattuali alla Stretto di Messina spa.

Successivamente, in data 3.11.2012, essendo decorsi 30 giorni dalla richiesta e non essendovi stata alcuna revisione contrattuale, la Eurolink ha dichiarato di voler recedere dal Contratto ai sensi dell'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo.

Tuttavia, il giorno prima di tale dichiarazione della Eurolink (in data 2.11.2012), il Governo ha emanato un decreto legge (il DL. n. 187 del 2012), motivato dalla *"straordinaria necessità ed urgenza di garantire, in considerazione dell'attuale stato di tensione nei mercati finanziari internazionali, la verifica, a tutela della finanza pubblica, della sostenibilità del piano economico finanziario del collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e Continente"*. In particolare, il citato decreto legge –a decorrere dalla sua entrata in vigore (in data 2.11.2012)- ha sospeso tutti gli effetti dei contratti stipulati dalla Stretto di Messina spa. con il Contraente generale e gli altri affidatari; ha introdotto una procedura complessa per la ricerca di un nuovo finanziamento dell'Opera, disponendo che la Stretto di Messina spa. ed il Contraente generale avrebbero dovuto stipulare un apposito atto aggiuntivo. In caso di mancata stipulazione di tale atto aggiuntivo entro il termine dell'1.3.2013, dovevano ritenersi caducati, con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto (2.11.2012), tutti gli atti relativi ai rapporti di concessione, nonchè le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria.

Di conseguenza, sono state avviate iniziative tra le parti per addivenire ad un testo condiviso. Tuttavia, non essendo stato sottoscritto nel termine dell'1.3.2013 l'Atto aggiuntivo previsto dal citato decreto legge, la Stretto di Messina s.p.a. –in data 2.3.2013- ha comunicato alla Eurolink essere intervenuta, con effetto dal 2.11.2012, la caducazione del Contratto di affidamento a contraente generale in ragione delle previsioni del decreto legge medesimo. In pari data, analoga comunicazione è stata inviata anche alla Parsons relativamente al contratto di Project Management Consulting con effetto dal 2.11.2012.

In attuazione delle previsioni del citato decreto legge, poi trasfuso nell'art. 34 *decies* della



Legge n. 221 del 2012, la società Stretto di Messina spa. è stata posta in liquidazione.

\*\*\*\*\*

## **2 – La natura della società concessionaria Stretto di Messina spa..**

### **2.1 – Sull'affidamento in house providing.**

L'espressione *in house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione. L'autoproduzione consiste nell'acquistare un bene o un servizio, attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato.

La modalità di affidamento "*in house*" costituisce un'eccezione al principio generale dell'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica per gli affidamenti di appalti e concessioni, atteso che -escludendo la concorrenza- non fa sorgere l'esigenza di parità di trattamento tra gli operatori economici e, dunque, la necessità di esperire procedure di gara. La legittimità della scelta in favore dell'autoproduzione, poi, trova fondamento nel c.d. principio di "autoorganizzazione amministrativa", il quale trova a sua volta corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale.

Tuttavia, trattandosi appunto di un istituto eccezionale, rispetto alla regola generale dell'affidamento esternalizzato mediante espletamento della gara selettiva, la giurisprudenza comunitaria ha elaborato una serie di criteri, al fine di armonizzare i principi relativi alla tutela della concorrenza (presenti nel Trattato CE), con il potere di auto-organizzazione egualmente riconosciuto alle Amministrazioni pubbliche dei singoli Stati.

In particolare, la Corte di Giustizia ha per la prima volta delineato la figura degli affidamenti "*in house*", nella sentenza sul caso Teckal S.r.l. contro il Comune di Viano (18 novembre 1999, procedimento C-107/98), precisando che la normativa comunitaria sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture è applicabile solo ove l'Amministrazione intenda stipulare un contratto a titolo oneroso con un ente giuridicamente distinto da essa.

Poi, nel caso Ri.San contro Comune di Ischia (sentenza 9 settembre 1999, procedimento C-108/98), è stato precisato che la qualità di società per azioni non basta ad escludere che essa faccia parte della pubblica amministrazione. Pertanto, deve essere il giudice nazionale – caso per caso e sulla base di un'analisi funzionale fondata sulle circostanze di fatto – a verificare che l'organismo societario incaricato del servizio sia parte della stessa Amministrazione affidataria e se vi sia o meno un incontro di volontà tra soggetti giuridicamente distinti.

In questo modo la Corte ha enucleato –seppur in negativo– i criteri ed i requisiti sulla base dei quali le Amministrazioni Pubbliche possono procedere ad affidamenti senza il previo esperimento di gare pubbliche, ossia senza applicare le procedure previste dalle direttive comunitarie.



In particolare, la Corte ha affermato che, in presenza dei requisiti del c.d. controllo analogo e della realizzazione della parte più importante della propria attività nei confronti dell'ente pubblico controllante, non si può parlare di "terzietà" del soggetto affidatario, venendo meno in radice la possibilità di instaurare un rapporto contrattuale in senso proprio in ragione dell'assenza della bilateralità.

Di conseguenza, è necessario verificare la sussistenza –nei rapporti tra concedente e concessionario (e cioè tra il Ministero delle Infrastrutture e la Stretto di Messina spa.)- dei due requisiti del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", delineati dalla giurisprudenza comunitaria. Infatti, come già evidenziato, l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa.

\*\*\*

## **2.2 – Sul concetto di "controllo analogo".**

In particolare, quanto al requisito del "controllo analogo", nella sentenza Anav c. Comune di Bari, la Corte ha enucleato quattro elementi per determinare la sussistenza di tale controllo; e precisamente:

- 1) l'oggetto sociale non deve essere esteso a settori disomogenei;
- 2) il capitale sociale non deve essere aperto ai privati o a soggetti pubblici non coinvolti;
- 3) l'ambito territoriale di attività deve essere limitato entro i confini geografici del soggetto che partecipa alla società;
- 4) il sistema di amministrazione e controllo della società deve essere disegnato in modo tale da non concedere all'organo amministrativo della società poteri di gestione esercitabili autonomamente senza alcuna possibile ingerenza esterna.

Nella sentenza sul caso Stadt Halle (11 gennaio 2005, procedimento C-26/03), la Corte –ai fini della legittimità dell'aggiudicazione senza gara- ha altresì affermato che la relazione "*in house*" non può sussistere tra enti locali e società dai medesimi controllate ove si tratti di società pubblico-private (ossia società miste), in quanto "la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi".

Tali orientamenti, poi, sono stati da ultimo precisati e parzialmente modificati con la sentenza della Corte di giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana - causa C-371/05 e la sentenza, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07 (cd. sentenza Coditel). In particolare, con la prima pronuncia la Corte ha rilevato che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula della convenzione tra l'ente affidante e la



società affidataria *in house*, per concludere che non sia soddisfatto il requisito del “controllo analogo”.

Quindi, la presenza di soci privati nell’organismo *in house* non è assolutamente ostativa alla configurabilità di un controllo analogo, se intervenuta successivamente all’affidamento diretto e non ancora esistente al momento della stipula del contratto.

Con la sentenza Coditel, poi, la Corte di giustizia ha ritenuto che “il controllo esercitato sull’ente concessionario da un’autorità pubblica concedente sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento ...L’importante è che il controllo esercitato sull’ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale”.

^^^

### **2.3 – Sul concetto di “attività prevalente”.**

Quanto al secondo requisito, il giudice comunitario ha chiarito che tale condizione è finalizzata a garantire che la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza continui ad essere applicabile nel caso in cui un’impresa controllata da uno o più enti sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese.

Secondo il giudice comunitario, infatti, è necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all’ente affidante.

Quindi, nel valutare se un’impresa svolga la parte più importante della sua attività con l’ente pubblico che la detiene, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell’utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l’attività.

^^^

In conclusione, dunque, il fenomeno dell’*in house* integra una mera soluzione organizzativa, mediante la quale non si ha l’affidamento del servizio ad un soggetto terzo, bensì una semplice riorganizzazione dell’erogazione del servizio che rimane imputabile all’ente aggiudicatore.

Sicché, se il concessionario è sottoposto ad un controllo gestionale talmente pervasivo da parte del socio pubblico da essere “analogo” a quello che quest’ultimo esercita sui propri uffici e se lo stesso operatore esercita la parte più importante della propria attività a favore del socio pubblico controllante, non viene in rilievo l’esigenza di tutela della concorrenza poiché si sta operando al di fuori del perimetro del mercato e cioè all’interno della stessa amministrazione.

Analoghi requisiti sono stati individuati dalla Suprema Corte, che ha ritenuto che il profilo organizzativo e funzionale delle società *in house providing* è caratterizzato dalle seguenti peculiarità: le azioni o le quote di partecipazione al capitale non possono, per statuto, appartenere



neppure in parte a soci privati; l'oggetto sociale prevede un'attività da prestare prevalentemente in favore dell'ente pubblico partecipante; lo statuto prevede il loro assoggettamento ad una minuziosa forma di controllo da parte del socio pubblico così da implicare una subordinazione dei suoi organi amministrativi alla volontà del socio, al punto da renderle assimilabili ad una sua articolazione interna (cfr. Cass. Civ. SS.UU. n. 26283/13; Cass. Civ. SS.UU. n. 5848/15). Tali caratteristiche, ha osservato la Corte, inducono ad escludere che tali società possano essere considerate un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna, con la conseguenza che le società *in house* non possono considerarsi società di capitali intese come persone giuridiche autonome, cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse loro proprio.

AAA

#### **2.4 – Conclusioni sulla natura della Stretto di Messina spa.**

Alla luce della suindicata interpretazione giurisprudenziale, appare quindi necessario verificare in concreto se -con riferimento alla società Stretto di Messina spa. - possano riscontrarsi i due requisiti del "controllo analogo" e della "attività prevalente".

Ebbene, dall'esame della normativa riguardante la predetta società e del relativo Statuto, i requisiti in questione appaiono sussistenti.

Ed invero, la Stretto di Messina spa. è stata costituita in attuazione della Legge n. 1158 del 1971, che ha disposto l'affidamento dello studio, della progettazione e della costruzione, nonché dell'esercizio del solo collegamento viario, ad una società per azioni, al cui capitale sociale partecipano in misura non inferiore al 51% la società Anas spa., le regioni Sicilia e Calabria, nonché altre società controllate, anche indirettamente, dallo Stato (art. 1, comma 1). Inizialmente era, altresì, previsto che il restante 49% del capitale sociale fosse sottoscritto dall'Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, dall'Anas, dalle regioni Sicilia e Calabria e da amministrazioni ed enti pubblici (art. 1 comma 2, poi abrogato dal DL n. 262 del 2006). L'art. 2 della citata Legge n. 1158 del 1971 stabilisce, inoltre, che la società concessionaria dovrà avere come scopo sociale lo studio, la progettazione e la costruzione dell'opera in questione e che il presidente del consiglio di amministrazione, in deroga alle disposizioni del codice civile, verrà nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con i Ministri per i lavori pubblici, per i trasporti e l'aviazione civile e per le partecipazioni statali.

Tale normativa, quindi, stabilisce che la Stretto di Messina spa. è interamente partecipata dall'ANAS S.p.a. e dalle regioni interessate o da soggetti sottoposti al controllo, anche indiretto, dello Stato. L'oggetto sociale è, inoltre, limitato alla realizzazione dell'Opera in questione ed alla successiva gestione della stessa.

Tali caratteristiche emergono anche dallo stesso Statuto della Stretto di Messina spa., dal quale risulta che la società ha per scopo, a norma e nei termini stabiliti dalla Legge n. 1158 del 1971, lo studio, la progettazione e la costruzione di un'opera per il collegamento stabile viario e ferroviario e dei pubblici servizi tra la Sicilia e il Continente; nonché l'esercizio del collegamento e



la manutenzione dell'opera (art. 2); al capitale sociale partecipano, in misura non inferiore al 51%, Anas spa., Regione Calabria, Regione Siciliana e altre società controllate, anche indirettamente, dallo Stato (art. 8); è ammesso il trasferimento delle azioni, previo consenso motivato del Consiglio di amministrazione e fatta salva, in ogni caso, la partecipazione maggioritaria dell'Anas e di altre società partecipate dallo Stato (art. 8); la società è amministrata da un Consiglio di amministrazione composto da undici membri, dei quali uno nominato da Rete Ferroviaria Italiana spa. (che lo sceglie tra il proprio personale dirigente in servizio), uno da Anas spa. (che lo sceglie tra il proprio personale dirigente in servizio), uno dalla Regione Siciliana e uno dalla Regione Calabria. I restanti amministratori, tre dei quali previa designazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sono nominati dall'assemblea dei soci (art. 22); il Presidente del Consiglio di amministrazione sarà nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture ed il Ministero dello Sviluppo Economico (art. 23); il Collegio sindacale si compone di tre organi effettivi: uno nominato da Rete Ferroviaria Italiana spa., uno nominato dall'Anas spa. ed il terzo dall'assemblea dei soci, unitamente ai due sindaci supplenti (art. 32)

^^^

Quanto all'Anas spa. (attualmente socio di maggioranza della Stretto di Messina spa.), devi innanzitutto ricordare che negli ultimi anni, l'ANAS è stata oggetto di una serie di successivi interventi normativi finalizzati alla trasformazione dell'azienda (che prima del 2002 aveva la natura giuridica di ente pubblico economico) in società per azioni.

Le disposizioni che hanno provveduto alla trasformazione in Spa sono rinvenibili, in primo luogo, all'articolo 7 del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 178 del 2002). In sintesi, all'ANAS Spa. sono stati attribuiti, a titolo di concessione, i compiti fino ad allora attribuiti alla stessa ANAS in via diretta (e già elencati all'art. 2, lettere a)-g) e alla lettera l) del decreto legislativo n. 143 del 1994). I principali fra tali compiti sono: gestione delle strade e autostrade di proprietà dello Stato; manutenzione ordinaria e straordinaria delle stesse; interventi di adeguamento della rete e della relativa segnaletica; costruzione di nuove strade e autostrade, sia direttamente che in concessione; vigilanza sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e controllo sulla gestione delle autostrade il cui esercizio sia stato dato in concessione; approvazione dei progetti dei lavori oggetto di concessione.

Tali disposizioni prevedono che le azioni dell'Anas siano inalienabili ed attribuite interamente al Ministro dell'economia e delle finanze, il quale esercita i diritti dell'azionista d'intesa con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri. Il presidente della società e gli altri componenti degli organi sociali sono designati dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, ad eccezione del presidente del collegio sindacale, il quale è designato dal Ministro dell'economia e delle finanze. L'attività dell'Anas è soggetta al controllo della Corte dei Conti ed esercita tutti i compiti e le funzioni precedentemente attribuite all'ente pubblico. Inoltre, la stessa può operare solo dando attuazione a piani pluriennali di viabilità, di durata decennale, che devono essere approvati dal Ministero delle Infrastrutture.



Si è previsto, poi, che con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze, fosse approvato lo schema dello Statuto, effettivamente approvato il 27 luglio 2004, nel quale l'Anas spa. è espressamente qualificata come organismo di diritto pubblico.

^^^

L'analisi delle suindicate disposizioni, pertanto, induce a ritenere sussistenti, nel caso concreto, i due requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria al fine della individuazione della fattispecie dell'*in house providing*.

Ed invero, quanto al "controllo analogo", il capitale sociale sia della Stretto di Messina che dell'Anas è interamente in mano ad enti pubblici, non è aperto a privati (se non a determinate condizioni); gli organi amministrativi e di controllo sono direttamente sottoposti al controllo degli enti pubblici partecipanti, senza la possibilità di esercitare autonomamente poteri di gestione, strategie e politiche aziendali.

Di conseguenza, il controllo esercitato dagli enti pubblici partecipanti appare effettivo, e non meramente formale o apparente, attenendo alle strategie, alle politiche aziendali, al bilancio ed alla qualità della amministrazione. In concreto, quindi, agli enti pubblici partecipanti si riconoscono maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale nell'ambito delle società private.

Quanto, poi, all' "attività prevalente", entrambe le società sono state costituite al solo scopo di esercitare un oggetto sociale specificamente individuato e relativo a settori omogenei, senza che sia prevista alcuna possibilità di ampliamento dello stesso. Entrambe possono esercitare le loro prestazioni solo in favore degli enti pubblici che le partecipano, con ciò escludendo, quindi, che abbiano una vocazione commerciale ed imprenditoriale e che possano porsi in una posizione di concorrenza con le imprese private.

^^^

Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, dunque, nella fattispecie in esame può ritenersi configurabile il fenomeno dell'*in house providing*.

Ed invero, attualmente i soci della Stretto di Messina spa. sono i seguenti: Anas spa. (81,848%); Rete Ferroviaria italiana spa. (13,00%); Regione Calabria (2,576%); Regione Siciliana (2,576%). La predetta risulta avere le caratteristiche di una società *in house*, essendovi una dipendenza finanziaria ed organizzativa dai soggetti pubblici titolari del relativo capitale sociale, che va ben aldilà dell'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria può esercitare sull'organo di controllo di una comune società di capitali. A loro volta, infatti, le regioni, l'Anas e la RFI spa. sono pacificamente soggetti pubblici. Del resto, l'Anas è interamente partecipata dal Ministero dell'economia e vigilata dal Ministero delle Infrastrutture. In particolare, sussiste dipendenza finanziaria perché l'Anas non può cedere le proprie quote ad altri soggetti, tanto meno privati, e sussiste dipendenza organizzativa perché è totalmente controllata dal



Ministero, che sceglie anche il management.

Di conseguenza, la società concessionaria Stretto di Messina spa. non può essere considerata un soggetto diverso dagli enti pubblici che ne rappresentano i soci ed, in generale, dall'Amministrazione concedente.

^^^^^^

### **3 – La giurisdizione del giudice ordinario.**

*Nulla quaestio* con riferimento alla sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario a decidere la presente controversia.

Ed invero, nel corso del giudizio, la Stretto di Messina spa. ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione, all'esito del quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

In particolare, la Suprema Corte ha statuito che *“Con riferimento all'attività negoziale della P.A., devono ritenersi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerenti alla formazione della volontà e alla scelta del contraente privato in base alle regole della cd. evidenza pubblica, mentre appartengono alla giurisdizione ordinaria quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva, che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguardano la disciplina dei rapporti scaturenti dal contratto, senza che l'asse della giurisdizione sia spostata dall'adozione, nel corso del rapporto contrattuale, di determinazioni della parte pubblica in attuazione di sopravvenienze normative, che comunque si collocano nell'alveo di un rapporto ormai paritetico. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto sussistente la giurisdizione ordinaria, con riferimento a cause riunite, relative a inadempimenti allegati reciprocamente dalla committente e dalle società affidatarie della progettazione e realizzazione del ponte sullo stretto di Messina, pur avendo la committente, nel corso del rapporto contrattuale, adottato atti nell'esercizio del potere amministrativo attribuito dall'art. 34 decies del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif., in l. n. 221 del 2012). (Sez. U - , Ordinanza n. 2144 del 29/01/2018, Rv. 647037 - 02)”*.

^^^^^^

### **4 - Delimitazione del thema decidendum del giudizio RG n. 16617/2013.**

Passando, quindi, ad esaminare le domande avanzate nel giudizio RG n. 16617/2013, la Eurolink scpa. ha proposto quattro diverse domande: le prime due in via principale e le altre in via subordinata.

In particolare, la prima domanda è volta a sentir accertare la legittimità e validità del recesso esercitato dalla predetta Eurolink in data 3.11.2012 ai sensi dell'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo, stipulato in data 25.9.2009, con conseguente condanna della Stretto di Messina spa. al pagamento dei compensi e degli indennizzi previsti dal suddetto articolo.



La seconda domanda, sempre proposta in via principale, è volta a sentir condannare la Stretto di Messina spa. e le Amministrazioni convenute al risarcimento dei danni subiti dalla Eurolink a seguito della decisione del Governo italiano di non realizzare più il Ponte sullo Stretto.

La terza domanda, proposta in via subordinata, è volta a sentir dichiarare la risoluzione del Contratto di affidamento a contraente generale, per fatto e colpa della parte committente Stretto di Messina spa. e della "parte pubblica" unitariamente considerata, con conseguente condanna delle predette al risarcimento dei danni cagionati.

Infine, l'ultima domanda, proposta sempre in via subordinata (nel caso in cui non fossero ritenuti sussistenti i presupposti del recesso ovvero della risoluzione), è volta a sentir accertare la attuale vigenza del contratto e che i convenuti sono obbligati all'adempimento dello stesso.

In tale giudizio, anche la convenuta Stretto di Messina spa. ha proposto delle domande riconvenzionali. La prima, in via principale, è volta a sentir accertare la responsabilità contrattuale o extracontrattuale della Eurolink e dei suoi soci al risarcimento di tutti i danni derivanti dalla mancata realizzazione dell'Opera. Le altre domande sono state proposte in via subordinata, in caso di eventuale accoglimento in tutto o in parte delle domande della Eurolink.

Infine, anche le società chiamate in causa hanno proposto domanda riconvenzionale, volta a sentir condannare la Stretto di Messina spa. e le Amministrazioni convenute al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata realizzazione dell'Opera.

Orbene, le domande suindicate (nell'ambito delle quali si discute di risoluzione ovvero di recesso dal contratto) e la ricostruzione storica della vicenda (che ha portato alla caducazione *ex lege* del contratto di affidamento oggetto di causa) rendono opportuna una breve disamina della disciplina dello scioglimento del vincolo contrattuale nell'ambito degli appalti pubblici.

AAAAAA

### ***5 – La disciplina dello scioglimento del vincolo contrattuale nell'ambito degli appalti pubblici.***

In generale, il contratto di appalto di opere pubbliche ha fine con l'avverarsi di una delle cause di estinzione comuni a tutti i contratti sinallagmatici, ivi compresa la risoluzione per inadempimento, che può essere pronunciata su istanza della Stazione appaltante o dell'appaltatore per fatto e colpa della controparte.

Accanto a tali ipotesi generali, poi, giova ricordare che una causa tipica di estinzione del contratto di appalto di opere pubbliche è il recesso per volontà unilaterale dell'Amministrazione (art. 134 D.Lgs. 163 del 2006 e in precedenza art. 345 L.gen. Lavori Pubblici del 1865). Orbene, può aversi recesso quando lo scioglimento del contratto trae origine unicamente da una determinazione dell'Amministrazione, che con un suo atto di volontà ponga fine allo stesso.

L'Amministrazione può avvalersi del recesso dal contratto per qualsiasi motivo e non è tenuta né a dichiararlo né a giustificarlo. Del resto, nessun interesse concreto può avere



l'appaltatore a dimostrare il motivo concreto che ha determinato il recesso, atteso che da tale dimostrazione non potrebbe trarre nessuna utile conseguenza in suo favore, né la ragione potrebbe essere oggetto di sindacato o di censura da parte dell'autorità giudiziaria.

Ed invero, il recesso è esercizio di una facoltà contrattuale ed è un atto negoziale di diritto privato e non un provvedimento autoritativo. Non deve essere accettato dall'altro contraente e determina lo scioglimento *ex nunc* del contratto, a differenza della sua risoluzione. Peraltro, a differenza della risoluzione per inadempimento, il recesso unilaterale determina lo scioglimento del vincolo contrattuale, a prescindere da qualsivoglia indagine in ordine al corretto adempimento delle prestazioni da parte dell'altro contraente.

Il diritto di recesso può essere esercitato in qualunque tempo e, cioè, dal momento del perfezionamento del vincolo contrattuale e fino all'ultimazione dell'opera. L'art. 134 del D.Lgs. 163 del 2006 (e in precedenza analogamente gli artt. 345 L.gen. Lavori Pubblici del 1865 e 122, comma 1 del DPR n. 554 del 1999) stabiliscono che l'Amministrazione può recedere dal contratto "*in qualunque momento*".

L'Amministrazione può avvalersi di tale diritto potestativo anche quando l'appaltatore abbia acquisito il diritto ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento della stessa Stazione appaltante e tale inadempienza abbia fatto valere. In tal caso, sono diverse le conseguenze economiche, in quanto rimarrebbe integro il diritto dell'appaltatore a conseguire il completo risarcimento dei danni come resterebbe integro il diritto dell'amministrazione per i danni da inadempienze dell'appaltatore anteriormente al recesso.

Per contro, in caso di recesso unilaterale della Amministrazione, l'appaltatore ha diritto ai rimborsi ed alle indennità dettagliatamente previsti dal legislatore. Queste conseguenze sono precisate nell'art. 134 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (e in precedenza analogamente gli artt. 345 L.gen. Lavori Pubblici del 1865 e 122, comma 1 del DPR n. 554 del 1999 e, prima ancora, art. 41 del cap.gen. Min. Il.pp. del 1962).

L'Amministrazione deve, in primo luogo, procedere al pagamento dei lavori eseguiti dall'appaltatore al momento in cui viene comunicato l'atto di recesso. In secondo luogo, deve pagare all'appaltatore "*il valore dei materiali utili esistenti in cantiere*" che siano stati già accettati dal direttore dei lavori prima della comunicazione dello scioglimento del contratto. Infine, dovrà essere corrisposta all'appaltatore una somma pari al decimo dell'importo delle opere che rimangono ineseguite. Tale calcolo dovrà, dunque, essere effettuato sulla differenza tra l'importo delle opere oggetto dell'appalto e l'ammontare di quelle eseguite al momento della comunicazione del recesso.

Si ritiene che i compensi previsti dall'art. 134 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (ed in precedenza dalle norme sopra riportate) abbiano carattere tassativo, ciò escludendo che all'appaltatore possano competere ulteriori rimborsi o indennizzi. Ed invero, quanto alla gerarchia tra le varie fonti disciplinatrici dell'appalto pubblico (e cioè la prevalenza che ciascuna di esse ha nei rapporti con le altre), ha assoluta preminenza la legislazione speciale, la quale –essendo *lex specialis*– prevale senz'altro sulle norme del codice civile, anche se cogenti. D'altra parte, le disposizioni



contenute nella legislazione speciale hanno di per sé natura cogente, non potendo l'amministrazione derogarvi pattiziamente. Ciò consegue alla stessa esigenza che ha determinato la loro introduzione, dovendosi ritenere che la disciplina in esse contenuta sia, in via assoluta, la più conforme all'interesse della Pubblica amministrazione. Tale principio risulta affermato anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte, secondo la quale le disposizioni in materia di appalto di opere pubbliche –in quanto rispondenti a finalità pubblicistiche- sono in linea di principio norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c., e non possono essere derogate dai contraenti se non nei casi e nei modi previsti dalle norme medesime, (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 18644 del 12/08/2010, Rv. 614098 – 01, nella quale la S.C. ha ritenuto corretta la sentenza di merito che aveva ritenuto di poter sostituire automaticamente, ai sensi dell'art. 1339 cod. civ., la norma di legge inderogabile alla contraria regola pattizia dichiarata nulla).

^^^

Ciò posto, molto dibattuta è la questione relativa ai rimedi che l'ordinamento riconosce all'appaltatore nel caso di illegittimo recesso dal contratto da parte del committente. In particolare, si discute –anche nell'ambito del contratto di appalto tra privati- se all'appaltatore sia riconosciuto esclusivamente il rimedio risarcitorio, ovvero se lo stesso abbia anche strumenti reali, per ripristinare e riattivare il rapporto contrattuale unilateralmente interrotto.

Orbene, al riguardo deve ritenersi che ogni eventuale controversia in tal caso non possa che concernere la determinazione delle conseguenze economiche derivanti dallo scioglimento del vincolo contrattuale. Ed infatti, quand'anche il giudice dovesse accertare la illegittimità del recesso, ciò non determinerebbe mai il ripristino del contratto. Ciò si spiega in relazione alla funzione dell'appalto, mediante il quale si tende alla produzione di un bene che deve soddisfare particolari esigenze del committente. Del resto, sarebbe antieconomico vincolare quest'ultimo al contratto anche quando la cosa da produrre o già in corso di produzione non risponda più a motivi di sua convenienza. Analogamente, è in ragione della sopra ricordata funzione dell'appalto che il committente pubblico, come quello privato, è autorizzato ad introdurre unilateralmente modifiche nel corso del rapporto.

Tale conclusione, più volte affermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte in materia di appalto, trova giustificazione nella particolare incidenza dell'*intuitu personae* sulla configurazione del sinallagma negoziale di tale tipologia di contratto. Con indirizzo ampiamente consolidato, la Corte di Cassazione ha affermato che *“nel caso di recesso del committente - sia per l'ipotesi di recesso legale di cui all'art. 1671 c.c., esercitabile in qualunque momento dopo la conclusione del contratto e che può essere giustificato anche dalla sfiducia verso l'appaltatore per fatti d'inadempimento, sia per l'ipotesi di recesso convenzionale - ex art. 1373 c.c. - il contratto si scioglie senza necessità di indagini sull'importanza e gravità dell'inadempimento, le quali sono rilevanti soltanto quando il committente abbia preteso anche il risarcimento del danno dall'appaltatore per l'inadempimento in cui questi fosse già incorso al momento del recesso ovvero abbia contestato la pretesa risarcitoria formulata dall'appaltatore (cfr., Cassazione civile, sez. II, 22/04/2008, n. 10400; Cass. 30 marzo 1985 n. 2236; Cass. 29 luglio 1983 n. 5237)”*.

Peraltro, è stato anche chiarito che il recesso esercitabile dal committente non presuppone



necessariamente uno stato di regolare svolgimento del rapporto, ma, al contrario, stante l'ampiezza della formulazione contenuta nell'art. 1671 c.c., può essere esercitato per qualsiasi ragione che induca il committente medesimo a porre fine al rapporto. In particolare, la Suprema Corte –nella sentenza n. 11642 del 29.7.2003- ha precisato che non è configurabile *“un diritto dell'appaltatore a proseguire nell'esecuzione dell'opera (avendo egli diritto solo all'indennizzo previsto da detta norma) e, da altro canto, rispondendo il compimento dell'opera esclusivamente all'interesse del committente. Ne consegue che il recesso può essere giustificato anche dalla sfiducia verso l'appaltatore per fatti d'inadempimento, e, poiché il contratto si scioglie esclusivamente per effetto dell'unilaterale iniziativa del recedente, non è in tal caso necessaria alcuna indagine sull'importanza dell'inadempimento, viceversa dovuta quanto il committente richiede anche il risarcimento del danno per l'inadempimento già verificatosi al momento del recesso”*. Analogo principio risulta espresso nella sentenza n. 4987 del 24.8.1981, secondo cui *“Il committente ha il diritto di recedere dal contratto d'appalto in ogni momento, anche se è inadempiente e senza necessità di fornire giustificazioni, in quanto le conseguenze indennitarie poste a suo carico dall'art. 1671 cod. civ. sono riconducibili, quanto ad estensione, a quelle risarcitorie derivanti dall'inadempimento del committente medesimo, ed atteso che non è configurabile un diritto dell'appaltatore a continuare l'esecuzione dell'opera, essendo questa coordinata al soddisfacimento dell'esclusivo interesse del committente e non dell'appaltatore, il cui interesse giuridico è invece rivolto al conseguimento del corrispettivo”*.

Del resto, la *ratio* giustificatrice dell'istituto in esame è quella di tutelare l'interesse del committente, permettendogli di evitare la prosecuzione per il futuro dell'esecuzione dell'opera o della prestazione del servizio, mediante il meccanismo della corresponsione dell'indennità all'appaltatore. Si tratta, quindi, di una ipotesi di responsabilità contrattuale da atto lecito, atteso che il committente, pur esercitando un diritto espressamente riconosciutogli dalla legge, è obbligato a corrispondere all'appaltatore un'indennità che, nel ricomprendere gli elementi integrativi del risarcimento del danno ex art. 1223 c.c., si traduce tanto nel danno emergente (pagamento dei lavori eseguiti), quanto nel lucro cessante (mancato guadagno). Lo scopo della previsione di un'indennità è, all'evidenza, quello di riequilibrare la situazione contrattuale dell'appaltatore che “subisce” la decisione del committente di non realizzare più l'opera appaltata.

Tuttavia, pur potendosi ravvisare una qualche somiglianza sotto il profilo dei criteri di liquidazione delle somme spettanti all'appaltatore, non vi è alcuna coincidenza tra l'obbligazione indennitaria e quella risarcitoria, conseguendo la prima ad un atto lecito, mentre la seconda ad una attività antigiuridica. Peraltro, a differenza del risarcimento (che consiste nella integrale riparazione della lesione subita), l'indennizzo è la somma di denaro dovuta a titolo di ristoro patrimoniale per riparare (almeno parzialmente) la diminuzione economica subita da un soggetto in conseguenza di un atto 'lecito'.

In conclusione, devesi ritenere che non possa configurarsi un diritto dell'appaltatore alla realizzazione dell'opera ed alla continuazione del contratto, con la conseguenza che non potrà mai ordinarsi alla Stazione appaltante receduta di riattivare il sinallagma contrattuale e di consentire all'appaltatore il completamento dell'opera.



AAAAAA

**6 – La prima domanda proposta dalla Eurolink: l'accertamento della legittimità del recesso ai sensi dell'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo.**

A fondamento della prima domanda, la Eurolink sostiene di essersi legittimamente avvalsa in data 3.11.2012 della facoltà di recesso riconosciuta dall'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo del 25.9.2009, attesa la mancata approvazione del Progetto Definitivo da parte del CIPE nel termine di 540 giorni dalla consegna dello stesso alla Stretto di Messina spa..

Per contro, la difesa della Stretto di Messina spa. sostiene che la comunicazione del recesso del 3.11.2012 sarebbe illegittima per i seguenti motivi: tutti gli effetti del contratto erano stati sospesi a decorrere dal 2.11.2012 (data di entrata in vigore del DL n. 187 del 2012); in ogni caso, il contratto era stato caducato per decorso del termine dell'1.3.2013 in assenza di stipulazione dell'Atto aggiuntivo, con effetto dal 2.11.2012 e, quindi, un giorno prima della manifestazione di recesso; e peraltro il termine di 540 giorni previsto dall'art. 5.2 non era decorso perché la mancata approvazione del progetto definitivo non si era verificata per una inerzia del CIPE, ma a causa delle carenze documentali di Eurolink relative ai profili ambientali.

Con la prima memoria ex art. 183, comma 6 c.p.c., poi, la Eurolink ha replicato, sostenendo che il diritto di recesso non poteva considerarsi sospeso dal DL n. 187 del 2012, altrimenti lo stesso doveva considerarsi incostituzionale; il mero decorso del termine di 540 giorni era l'unico presupposto per l'esercizio del diritto potestativo di recesso; in ogni caso, la richiesta di ulteriore documentazione da parte del CIPE non era sintomo di progettazione erronea.

Orbene, la prima domanda proposta dalla Eurolink Scpa. è infondata e non può trovare accoglimento.

Ed invero, con l'Accordo aggiuntivo del 25.9.2009, le parti hanno preso atto che il nuovo Governo considerava il Ponte un'opera prioritaria e, di conseguenza, hanno rimodulato il compenso ed i termini per la riattivazione delle attività. In particolare, l'art. 5 –nel disciplinare la conciliazione delle controversie e l'avvio dei lavori- stabilisce che le parti si danno reciprocamente atto della intervenuta completa definizione delle reciproche divergenze e si impegnano ad effettuare i migliori sforzi perché il progetto definitivo dell'opera possa essere approvato dal CIPE entro ventuno mesi dalla data di efficacia del presente accordo transattivo ed i lavori possano conseguentemente iniziare entro ventisette mesi dalla data di efficacia del presente accordo.

Poi, all'art. 5.2 viene pattuito che *“Nell'ipotesi di mancata o ritardata approvazione del progetto definitivo dell'opera intera da parte del CIPE entro 540 giorni dalla consegna del progetto stesso a Stretto di Messina, di cui agli articoli 11.16, 11.17, 11.18, 11.19 e 11.20 del contratto ovvero nell'ipotesi di mancata o ritardata approvazione del progetto esecutivo dell'opera intera da parte di Stretto di Messina, con conseguente mancato inizio dei lavori per cause non imputabili ad Eurolink, di cui agli articoli 12.8, 12.9 e 12.15 del contratto, entro 4 mesi successivi alla data di consegna a SdM del progetto esecutivo dell'intera opera come disciplinata dall'art. 12 del contratto, le parti si incontreranno allo scopo di valutare in buona fede le cause del ritardo e*



*rivedere di comune accordo le condizioni contrattuali ed il programma di realizzazione dell'opera; in caso di mancato accordo entro 30 giorni dalla richiesta avanzata dalla parte più diligente, spetterà ad entrambe le parti medesime il diritto di recedere dal contratto e sarà in ogni caso riconosciuto ad Eurolink il pagamento delle prestazioni rese e delle spese sino a quel momento sostenute come previste all'art. 44.4 del contratto senza alcuna maggiorazione ed incluse quelle precedenti alla stipula del presente atto, nonché di quelle da sostenere per la smobilitazione delle attività, oltre a un indennizzo per la perdita del contratto nella misura del 5% dell'importo risultante dal progetto definitivo diminuito di un quinto".*

L'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo, quindi, richiama espressamente gli artt. 11.16, 11.17, 11.18, 11.19 e 11.20 dell'originario contratto di affidamento a Contraente generale del 27.3.2006. In particolare, l'art. 11 del Contratto disciplina le modalità di redazione del Progetto Definitivo e di presentazione dello stesso prima alla Stretto di Messina spa. e poi al CIPE, contenendo le seguenti pattuizioni:

art. 11.1: il Contraente generale dovrà redigere il Progetto Definitivo sviluppando il Progetto di Gara;

art. 11.2: il Progetto definitivo dovrà essere redatto secondo le più elevate regole dell'arte e nel pieno rispetto di tutte le condizioni stabilite nel contratto nonché di tutte le disposizioni di leggi, regolamenti e comunque di ogni altro atto normativo applicabile;

art. 11.4: Il Progetto definitivo dovrà, in ogni caso, essere completo di tutti gli elaborati occorrenti per l'acquisizione delle autorizzazioni, approvazioni, pareri, nulla osta, comunque denominati, di pertinenza del Progetto definitivo stesso;

art. 11.10: Successivamente alla avvenuta approvazione del Progetto Definitivo da parte del Soggetto Aggiudicatore, il Contraente Generale procederà, nel più breve tempo possibile, a trasmettere il Progetto Definitivo alle amministrazioni competenti, ai fini dell'approvazione del medesimo da parte del CIPE, ai sensi e per gli effetti dell'art. 4 del D.Lgs. 190/2002;

art. 11.11: Avvenuta l'approvazione del Progetto Definitivo da parte del CIPE, la medesima verrà comunicata al Contraente Generale da parte del Soggetto Aggiudicatore mediante lettera raccomandata A/R.

Poi, con riferimento al punto controverso nella presente sede, giova evidenziare che l'art. 11.18 stabilisce che: In caso di ritardo nell'approvazione, semprechè il medesimo non sia in alcun modo riconducibile a fatto del Contraente generale, questi ha esclusivamente la facoltà di proporre istanza di recesso dal contratto ove il ritardo nell'approvazione da parte del Soggetto Aggiudicatore e da parte del CIPE sia superiore complessivamente a 540 giorni naturali e consecutivi decorrenti dalla data di consegna del Progetto Definitivo al Soggetto Aggiudicatore *completo di tutti i documenti e delle integrazioni eventualmente richieste*. Inoltre, il successivo art. 11.19 stabilisce che: ove, decorsi 540 giorni naturali e consecutivi dalla data di consegna del Progetto Definitivo al Soggetto Aggiudicatore *completo di tutti i documenti e delle integrazioni eventualmente richieste*, non sia intervenuta l'approvazione del progetto Definitivo da parte del



Soggetto Aggiudicatore e del CIPE e semprechè il suddetto ritardo non sia in alcun modo riconducibile a fatto del Contraente Generale spetta altresì al soggetto aggiudicatore la facoltà di recedere dal contratto.

Orbene, dalle suddette clausole del Contratto del 27.3.2006, specificamente richiamate dall'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo del 25.9.2009, emerge che il termine di 540 –alla scadenza del quale maturava il diritto di recesso in capo al Contraente generale- inizia a decorrere solo dalla consegna di un Progetto definitivo *completo di tutti i documenti e delle integrazioni eventualmente richieste*. Il chiaro tenore letterale della pattuizione consente di ritenere che il suddetto termine debba considerarsi sospeso nel periodo in cui gli organi deputati alla approvazione del Progetto definitivo abbiano richiesto al Contraente generale di integrare la documentazione depositata.

Sicchè, contrariamente a quanto sostenuto dalla Eurolink, il presupposto per l'esercizio del diritto di recesso matura non alla mera scadenza del 540° giorno dalla consegna del Progetto definitivo, bensì una volta decorsi 540 giorni dalla consegna di tutta la documentazione relativa al progetto, ivi comprese le integrazioni documentali richieste.

^^^

Ciò posto, nel caso in esame, è pacifico che le parti abbiano convenzionalmente fissato (in un successivo accordo aggiuntivo) al 12.4.2011 la data di consegna del progetto definitivo dalla Eurolink alla Stretto di Messina spa. e che da tale data sia iniziato a decorrere il termine di 540 giorni previsto dall'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo del 25.9.2009.

E', altresì, pacifico che –nelle more della decorrenza del suddetto termine e successivamente alla approvazione del progetto definitivo da parte della Stretto di Messina spa. ed alla consegna dello stesso al CIPE- quest'ultimo abbia richiesto della documentazione integrativa.

Ne consegue che, alla luce di quanto pattuito agli artt. 11.18 e 11.19 del Contratto del 27.3.2006, il termine di 540 giorni, decorrente dal 12.4.2011, non poteva considerarsi scaduto alla data del 3.10.2012, quando la Eurolink ha chiesto la revisione delle condizioni contrattuali. Parimenti, alla data del 3.11.2012, non poteva considerarsi scaduto il successivo termine di 30 giorni entro il quale doveva essere sottoscritto l'Atto aggiuntivo. Non può, pertanto, ritenersi maturato il diritto di recedere dal Contratto, riconosciuto al Contraente generale dall'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo del 25.9.2009. E ciò a prescindere da quanto previsto nelle disposizioni contenute nel DL. n. 187 del 2012, atteso che –a prescindere dalla intervenuta sospensione delle pattuizioni contrattuali ed a prescindere dalla legittimità costituzionale delle disposizioni predette- in ogni caso il recesso risulta esercitato in assenza dei presupposti pattiziamente previsti.

Pertanto, il recesso manifestato dalla Eurolink in data 3.11.2012 non risulta legittimamente esercitato, con conseguente insussistenza del diritto della predetta società ad ottenere il pagamento degli indennizzi previsti dall'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo del 25.9.2009.

~~~~~



**7 – La seconda domanda proposta dalla Eurolink: il risarcimento del danno per la mancata realizzazione del Ponte.**

A fondamento della seconda domanda, sempre proposta in via principale, la Eurolink sostiene che –nella esecuzione del contratto- la società committente e, in generale, il Ministero concedente avrebbero tenuto un comportamento contrario a buona fede, bloccando a più riprese lo sviluppo del progetto e la realizzazione dell’Opera per ragioni del tutto estranee agli elementi del contratto, ma riflettenti posizioni politiche della parte pubblica ed orientamenti economici sulla dislocazione delle risorse. La società committente ed il Ministero concedente, quindi, anziché avvalersi dello strumento del recesso unilaterale (previsto sia dal contratto che dalla legge in generale) pagando il relativo indennizzo, avrebbero disposto la caducazione del contratto con uno strumento normativo (il DL n. 187 del 2012), sostanzialmente privando la Eurolink del diritto ad ottenere gli indennizzi previsti.

Con tale domanda, dunque, la parte attrice –mantenendo fermo il suo recesso dal contratto- chiede condannarsi la controparte al risarcimento dei danni subiti per aver perduto senza colpa la possibilità di realizzare l’Opera e di conseguire l’utile ad essa derivante.

Orbene, anche tale domanda non può trovare accoglimento.

Ed invero, devesi innanzitutto evidenziare che la domanda risarcitoria in esame, proposta sempre in via principale, mostra dei profili di contraddittorietà con la prima domanda, considerato che la società attrice lamenta di aver perduto senza colpa la possibilità di realizzare l’Opera, pur essendo essa stessa receduta unilateralmente dal Contratto e, pertanto, manifestando la volontà di non proseguire nella esecuzione dello stesso.

E comunque, non può non evidenziarsi che il danno che al riguardo viene lamentato dalla Eurolink è quello derivante dalla mancata realizzazione dell’Opera e dall’aver perso la possibilità di completare l’esecuzione del contratto.

Però, come sopra già evidenziato, in generale l’appaltatore (e tanto più in caso di appalto di opera pubblica) non può vantare alcun diritto al completamento dell’opera appaltata. Tanto è vero, infatti, che il committente (soprattutto se committente pubblico) può sempre recedere in qualunque momento dal contratto, senza essere obbligato a motivare tale recesso e purchè corrisponda l’indennizzo all’appaltatore. Tale diritto di recesso unilaterale è sempre stato riconosciuto al committente sia dalla generale disciplina del codice civile (art. 1671 c.c.), sia dalla disciplina speciale sugli appalti pubblici (già l’art. 345 della Legge n. 2248 del 1865 stabiliva che era “facoltativo all’amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto”. Disposizioni analoghe si riscontrano nell’art. 122 del DPR n. 554 del 1999 e nell’art. 134 del D.Lgs. 163 del 2006, in virtù del quale la stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell’importo delle opere non eseguite).

Al riguardo, la Suprema Corte ha osservato che *“In tema di appalto di lavori pubblici, il recesso “ad nutum” del committente previsto dall’art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all.*



*F - diversamente dall'annullamento d'ufficio, che postula il riesame della legittimità dell'atto amministrativo da parte della P.A. che lo ha adottato, nell'ambito del suo potere di autotutela - è espressione di un diritto potestativo il cui esercizio, può avere luogo in qualsiasi momento e non richiede particolari presupposti, ma solo un'apposita manifestazione di volontà dell'Amministrazione. (Sez. 1, Sentenza n. 20811 del 02/10/2014, Rv. 632494, nello stesso senso Sez. 2, Sentenza n. 11642 del 29/07/2003, Rv. 565482 già citata)”.*

Sicchè, nessun elemento di diritto positivo consente di ritenere che il diritto di recesso, esercitabile *ad nutum* dal committente in qualsiasi momento dell'esecuzione del contratto di appalto, sia circoscritto alla sola ipotesi che il rapporto si svolga regolarmente, (cfr., in particolare, Cass. 28 maggio 1980, n. 2055; Cass., 30 marzo 1985, n. 2236). Anzi, l'ampiezza della formulazione della norma posta dall'art. 1671 cod. civ. e dalla normativa speciale è tale da autorizzare ad affermare che il recesso possa essere dal committente esercitato per qualsiasi ragione che lo induca a porre fine al rapporto, poiché, da un canto, non è configurabile un diritto dell'appaltatore a proseguire nell'esecuzione dell'opera, avendo, egli, diritto solo all'indennizzo previsto da detta norma, dall'altro il compimento dell'opera risponde esclusivamente all'interesse del committente.

Pertanto, il recesso potrà essere motivato anche dalla sfiducia del committente verso l'appaltatore per fatti d'inadempimento, con la conseguenza che, in tal caso, poiché il contratto si scioglie esclusivamente per effetto dell'unilaterale iniziativa del recedente, non sarà necessaria alcuna indagine sull'importanza dell'inadempimento, che sarebbe stata, invece, necessaria in caso di esercizio dell'azione di risoluzione del contratto per inadempimento.

L'indagine sull'inadempimento sarà, invece, rilevante solo se il committente abbia chiesto anche il risarcimento del danno per l'inadempimento verificatosi già al momento del recesso (cfr. Cass., sent. n. 2236/1985 citata). In tal caso, ovviamente, il risarcimento eventualmente spettante al committente a motivo dell'inadempimento dell'appaltatore potrà vanificare l'obbligo del recedente di indennizzare l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno (cfr. Cass., sent. n. 2055/1980 citata).

^^^

Acclarato, dunque, che l'appaltatore non può vantare un diritto al risarcimento del danno per non aver potuto realizzare l'opera, atteso che l'interesse alla realizzazione dell'opera fa capo al solo committente, correlativamente non può configurarsi come un inadempimento la decisione del committente di non realizzare più l'opera. Anzi, tale decisione –come si è visto- è espressione di un diritto potestativo riconosciuto al committente sia dal codice civile, sia dalla speciale disciplina in materia di appalti pubblici e prescinde da eventuali inadempimenti delle parti. Ed infatti, all'esercizio di tale diritto potestativo non può conseguire un diritto risarcitorio in capo all'appaltatore, ma è previsto esclusivamente un diritto all'indennizzo, nella misura normativamente determinata.

Peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte attrice, nella decisione di non realizzare più il Ponte sullo Stretto non può ravvisarsi un comportamento contrario alla buona fede contrattuale.



A tal fine, infatti, è sufficiente osservare che il diritto di recesso unilaterale era specificamente riconosciuto al committente anche nel contratto di affidamento a Contraente generale stipulato tra le parti. In particolare, l'art. 43 del Contratto del 27.3.2006 disciplina il recesso del soggetto Aggiudicatore, stabilendo che: 43.1: il Soggetto Aggiudicatore, a suo insindacabile giudizio, ha la facoltà di recedere dal contratto in qualunque tempo e qualunque sia lo stato di esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto stesso; 43.2: il recesso ha effetto dal giorno del ricevimento da parte del Contraente Generale della raccomandata A/R con la quale il Soggetto Aggiudicatore comunica la volontà di recedere dal contratto; 43.3: il Contraente Generale ha l'obbligo, entro il termine di 30 giorni naturali e consecutivi decorrenti dal ricevimento della comunicazione di cui al precedente art. 43.2 ovvero nel diverso termine indicato nella comunicazione predetta, di consegnare al Soggetto Aggiudicatore tutti gli elaborati progettuali non ancora consegnati e tutti i documenti relativi alle attività acquisitive e/o espropriative nonché di effettuare la riconsegna dei lavori e l'immissione in possesso delle aree, immobili e cantieri, senza ritardo e nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano, con le modalità e gli effetti descritti al precedente art. 42; 43.4: Al contraente generale, a definitiva e completa tacitazione di ogni diritto e pretesa, verranno riconosciuti esclusivamente il pagamento delle prestazioni correttamente eseguite al momento del recesso, secondo i corrispettivi e le condizioni di contratto, il pagamento dei materiali utili presenti in cantiere nonché il decimo dell'importo delle prestazioni non eseguite fino ai quattro quindi dell'importo del contratto, con espressa esclusione di ogni altro riconoscimento, a qualsivoglia titolo richiesto; 43.5: al momento del recesso, il Soggetto aggiudicatore diviene in ogni caso unico titolare della proprietà esclusiva degli elaborati progettuali e dell'ulteriore documentazione di cui al precedente art. 43.3, nonché di ogni altro diritto sui medesimi, senza che possano essere fatte valere dal contraente generale a qualsivoglia titolo pretese di sorta, anche in ordine ad ulteriori riconoscimenti, compensi indennizzi o risarcimenti comunque denominati.

Il successivo art. 44, poi, disciplina ipotesi specifiche di recesso, prendendo in considerazione il caso in cui, dopo l'approvazione del Progetto Definitivo da parte del CIPE, il Soggetto Aggiudicatore non dichiara di aver stipulato i contratti diretti all'acquisizione di mezzi finanziari occorrenti per la realizzazione dell'Opera.

Di conseguenza, la espressa previsione contrattuale di una facoltà del committente di recedere unilateralmente dal contratto *a suo insindacabile giudizio ed in qualunque tempo e qualunque sia lo stato di esecuzione delle prestazioni* impedisce di poter ravvisare una contrarietà a buona fede contrattuale nella decisione di non realizzare più l'Opera.

^^^

Né, d'altra parte, la violazione della buona fede contrattuale può configurarsi per il fatto che l'Amministrazione abbia manifestato la decisione suddetta mediante un atto normativo, anziché con un atto amministrativo.

Ed invero, come si è visto, nel caso in esame il DL. n. 187 del 2012 –a decorrere dalla sua entrata in vigore (in data 2.11.2012)- ha sospeso tutti gli effetti dei contratti stipulati dalla Stretto di Messina spa. con il Contraente generale e gli altri affidatari; ha introdotto una procedura



complessa per la ricerca di un nuovo finanziamento dell'Opera, disponendo che la Stretto di Messina spa. ed il Contraente generale avrebbero dovuto stipulare un apposito atto aggiuntivo. In caso di mancata stipulazione di tale atto aggiuntivo entro il termine dell'1.3.2013, dovevano ritenersi caducati, con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto (2.11.2012), tutti gli atti relativi ai rapporti di concessione, nonché le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria.

E' pacifico che –entro il termine suindicato dell'1.3.2013- non sia stato sottoscritto l'Atto aggiuntivo previsto dal citato decreto legge. Ed infatti, la Stretto di Messina s.p.a. –in data 2.3.2013- ha comunicato alla Eurolink essere intervenuta, con effetto dal 2.11.2012, la caducazione del Contratto di affidamento a Contraente generale in ragione delle previsioni del decreto legge medesimo. In pari data, analoga comunicazione è stata inviata anche alla Parsons relativamente al contratto di Project Management Consulting con effetto dal 2.11.2012.

Orbene, gli effetti prodotti dal Decreto Legge in questione sono riconducibili a quelli del recesso unilaterale della parte committente. Ed invero, il predetto atto normativo ha disposto la caducazione del contratto, e quindi ha sciolto unilateralmente il vincolo contrattuale prescindendo totalmente dal comportamento della controparte e da eventuali inadempimenti ad essa riconducibili, ma facendo riferimento esclusivamente a circostanze estrinseche al contratto stesso, (quali *"l'attuale stato di tensione nei mercati finanziari internazionali, la verifica, a tutela della finanza pubblica, della sostenibilità del piano economico finanziario del collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e Continente"*).

Alla riconducibilità della caducazione *ex lege* del contratto alla fattispecie del recesso unilaterale del committente, inoltre, non osta la circostanza che lo stesso sia stato adottato dal Governo (e quindi formalmente da soggetto diverso dalla parte contraente), attesa la natura di società *in house* della Stretto di Messina spa., la quale –come si è detto sopra- non può essere considerata un soggetto diverso dagli enti pubblici che ne rappresentano i soci ed, in generale, dall'Amministrazione concedente (originariamente il Ministero per i lavori pubblici e per i trasporti e l'aviazione civile e, successivamente, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 114 del 2003, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti).

Peraltro, con comunicazione del 2.3.2013, la Stretto di Messina spa. ha comunque comunicato alla Eurolink che il contratto di affidamento a Contraente generale doveva intendersi caducato, con ciò manifestando l'intenzione di recedere unilateralmente dallo stesso per ragioni esterne e, comunque, diverse da eventuali inadempimenti della controparte.

AAAAAA

#### **8 – Sull'asserito contrasto del Decreto Legge n. 187 del 2012 e dell'art. 34 decies della Legge 221 del 2012 rispetto al diritto europeo.**

Secondo la Eurolink, le disposizioni contenute nel DL 187/2012 non potrebbero trovare applicazione nell'ambito del presente giudizio, in quanto contrastanti al tempo stesso con i principi del diritto dell'Unione europea e con norme della Costituzione. In particolare, risulterebbero



violati gli artt. 49, 56 e 63 del TFUE; il principio generale del legittimo affidamento e della certezza del diritto; i principi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici; il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3 del TUE; il diritto di proprietà ed il diritto ad un ricorso effettivo di cui agli artt. 17 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Al tempo stesso, sarebbero violati gli artt. 3, 24, 41, 42, 43, 97, 113 e 117 della Costituzione italiana.

L'eccezione in esame rende necessario un cenno al problema della cd. doppia pregiudizialità, che si verifica quando –con riferimento ad una norma interna- si ponga contestualmente una questione di legittimità costituzionale ed una questione di compatibilità comunitaria.

Orbene, giova premettere che l'adesione dell'Italia all'Unione Europea ha comportato notevoli conseguenze dal punto di vista delle fonti del diritto, in quanto al sistema tradizionale di fonti nazionali si è affiancato quello delle fonti di diritto europeo. Si è posto, quindi, il problema di risolvere eventuali conflitti ed antinomie non solo tra le fonti nazionali, ma anche tra queste e quelle sovranazionali.

Un punto di svolta nella soluzione del suddetto problema è indubbiamente rappresentato dalla Sentenza Simmenthal del 1978, con la quale la Corte di Giustizia ha affermato che: *“in forza del principio della preminenza del diritto comunitario [...] il giudice nazionale, incaricato di applicare [...] le disposizioni del diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando, all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”*.

Successivamente a tale pronuncia, la Corte costituzionale (con la sent. n. 170/1984, Granital o La Pergola), ha affermato che il contrasto tra diritto europeo e diritto interno non dà luogo ad illegittimità costituzionale della norma interna laddove la norma europea sia direttamente applicabile, ma piuttosto avrà l'effetto di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia dinanzi al giudice nazionale. Si affermò così la teoria della disapplicazione o meglio della “non applicazione” delle norme interne contrastanti con le norme comunitarie che hanno effetto diretto.

Si riteneva, dunque, che qualora un giudice avesse sollevato una questione di legittimità costituzionale in caso di contrasto tra norma interna e norma comunitaria con effetto diretto, la Corte costituzionale non sarebbe potuta entrare nel merito, ma avrebbe dovuto dichiarare la questione inammissibile per difetto di rilevanza. Per contro, in caso di contrasto di norme interne con norme comunitarie prive di effetto diretto, la Corte riteneva che il giudice, previo eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, dovesse sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione del diritto UE, rilevante nel giudizio di costituzionalità come parametro interposto attraverso l'art. 11 della Costituzione.

All'inizio, l'area del diritto comunitario direttamente applicabile era limitata ai trattati istitutivi ed ai regolamenti, ma con il passare del tempo si è andata via via estendendo, sino a



ricomprendere anche le sentenze interpretative e le sentenze di condanna della Corte di Giustizia, nonché le cd. direttive dettagliate o *self executing*.

Sulla base dei medesimi principi, veniva risolto anche il problema della doppia pregiudizialità. La giurisprudenza costituzionale era costante nel ritenere che la questione di compatibilità comunitaria avesse la precedenza logica e giuridica rispetto alla questione di costituzionalità, in quanto investiva la stessa applicabilità della norma e, di conseguenza, la rilevanza della questione di costituzionalità al fine della decisione del caso concreto.

Quindi, in presenza di una norma europea immediatamente attributiva di un diritto e, quindi, suscettibile di applicazione diretta, la doppia pregiudizialità doveva essere risolta verificando la compatibilità della norma interna con quella europea -se del caso dopo aver sollecitato l'esatta interpretazione di quest'ultima con lo strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE- e procedendo, in caso di verifica negativa, alla non applicazione della norma interna, oppure, solo in caso di verifica positiva, alla instaurazione di un giudizio incidentale di costituzionalità.

Tale *modus procedendi* va, tuttavia, rimeditato, alla luce della precisazione offerta dalla Corte costituzionale con la sentenza 14 dicembre 2017 n. 269 in relazione all'ipotesi di contrasto tra la norma interna e quelle disposizioni del diritto dell'Unione europea, suscettibili di applicazione diretta, che siano contenute nella CDFUE. In tale sentenza, premesso che detta Carta dei diritti «*costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale ... sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione*» si afferma che «*le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)*» e, conseguentemente, si conclude che «*laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE*».

Nella citata pronuncia, la Corte Costituzionale precisa che tale orientamento è conseguente alle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007, ratificato ed eseguito dalla legge 2 agosto 2008, n. 130. In particolare, il Trattato di Lisbona ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (CDFUE), equiparandola ai Trattati (art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea).

Sicché, qualora il diritto interno interferisca con il diritto dell'Unione Europea, in via preliminare il giudice *a quo*, che intenda sollevare questione di legittimità costituzionale della



norma interna, deve delibare circa il contrasto tra la norma censurata e il diritto dell'Unione Europea: ove questo vaglio sia omissivo, la questione è inammissibile. Nell'ipotesi in cui tale comparazione avvenga, occorre distinguere tra norme europee dotate di effetto diretto e norme comunitarie prive di tale efficacia. Nel primo caso, qualora emerga un contrasto, non è consentito sollevare la questione di legittimità costituzionale, dovendo lo stesso giudice comune provvedere alla pronta applicazione delle norme comunitarie in luogo della norma nazionale difforme, che sarà pertanto disapplicata. Nel secondo caso, invece, il giudice comune dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale, evocando il parametro dell'art. 117, comma 1 Cost. rispetto alla norma comunitaria interposta priva di efficacia diretta, spettando alla Consulta valutare la ricorrenza di un contrasto insanabile ed eventualmente annullare la legge interna incompatibile con il diritto dell'UE non direttamente applicabile.

A questa regola fa eccezione l'ipotesi in cui ad essere evocato come parametro interposto sia un diritto di cui alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, atteso il suo peculiare carattere di impronta tipicamente costituzionale. Tanto postula la necessità di un intervento della Corte costituzionale, che giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (artt. 11 e 117 Cost.), ai fini di una interpretazione dei diritti garantiti dalla Carta che sia in armonia con le tradizioni costituzionali ex artt. 6 del Trattato UE e 52, comma 4 della Carta dei diritti fondamentali. In questo caso, quindi, vi sarà la possibilità di un concorso dei rimedi giurisdizionali esperibili, in cui ha carattere prioritario il giudizio di costituzionalità e non può procedersi direttamente alla disapplicazione della norma interna eventualmente in contrasto.

^^^

Ciò premesso, le disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea -che si assumono violate nella presente sede- sono finalizzate a garantire il principio della libera concorrenza tra gli operatori economici e del libero accesso al mercato, in condizioni di parità di trattamento e di non discriminazione.

In particolare, l'art. 49 del TFUE (ex 43 del TCE) stabilisce che le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

L'art. 56 (ex art. 49 TCE), poi, stabilisce che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione.

L'art. 63 vieta tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

Poi, l'art. 4, par. 3 del TUE stabilisce che, in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione



europea e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'andamento dei compiti derivanti dai trattati.

L'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea disciplina il diritto di proprietà, stabilendo che ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale.

L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea disciplina il diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, stabilendo che ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

Quanto, infine, al principio del legittimo affidamento, questo non è esplicitato in una norma specifica, ma –come affermato costantemente dalla giurisprudenza dell'Unione Europea– costituisce un corollario del più ampio principio della certezza del diritto. Quest'ultimo, ritenuto un cardine per ogni moderno Stato (e che nella Costituzione italiana è riconducibile ai principi sanciti dall'art. 3), si compone di tre sottoprincipi: l'irretroattività degli atti normativi, la tutela del legittimo affidamento e la protezione dei diritti quesiti. In altre parole, il principio della certezza del diritto, dal punto di vista oggettivo, mira a garantire l'esigenza che le norme siano chiare, certe e prevedibili, in modo da consentire ai singoli di orientare la propria condotta con piena cognizione di causa; dal punto di vista soggettivo, invece, mira ad assicurare la tutela delle singole posizioni giuridiche.

^^^

Orbene, nel caso in esame, le disposizioni del DL 187/2012 (nella parte in cui dispongono la caducazione di tutti i contratti stipulati dalla Stretto di Messina spa.) non appaiono in contrasto con le norme suindicate.

A tal fine, è sufficiente richiamare i principi già espressi con riferimento allo scioglimento del contratto di appalto a seguito del recesso unilaterale del committente, che è espressione di un diritto potestativo riconosciuto al committente sia dal codice civile, sia dalla speciale disciplina in materia di appalti pubblici e prescinde da eventuali inadempimenti delle parti.

Non si vede, pertanto, come l'esercizio di tale diritto potestativo relativo ad una singola fattispecie contrattuale possa limitare la libertà di stabilimento, la libertà di prestazione dei servizi e la libertà di circolazione dei capitali della Eurolink, tenuto peraltro conto che –come sopra



evidenziato- l'interesse al completamento dell'appalto ed alla realizzazione dell'opera fa capo al solo committente, risultando giuridicamente tutelato il solo interesse dell'appaltatore al pagamento dei corrispettivi, ovvero degli indennizzi o risarcimenti normativamente previsti. Peraltro, le richiamate disposizioni del Trattato mirano a tutelare la libera concorrenza tra gli operatori economici e la parità di trattamento con riferimento alla fase di aggiudicazione degli appalti, mentre la presente controversia attiene alla fase di esecuzione. Infatti, la libertà di stabilimento è comunemente intesa come il diritto di trasferirsi in uno Stato membro diverso da quello di origine, al fine di esercitarvi una qualsiasi forma di attività economica, di natura non subordinata, alle stesse condizioni normative stabilite dal Paese di destinazione per i propri cittadini.

Parimenti, nessuna violazione appare ravvisabile in relazione al principio di leale cooperazione, essendo questo riferito al rapporto tra gli Stati membri.

Infine, la espressa previsione contrattuale di una facoltà del committente di recedere unilateralmente dal contratto *a suo insindacabile giudizio ed in qualunque tempo e qualunque sia lo stato di esecuzione delle prestazioni* impedisce di poter ravvisare una violazione del principio dell'affidamento nella decisione di non realizzare più l'Opera.

Quanto, poi, all'asserito contrasto con gli artt. 17 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, contrariamente a quanto richiesto dalla parte attrice, un eventuale contrasto non potrebbe comunque condurre ad una diretta disapplicazione della norma interna, alla luce della recente sentenza n. 269 del 2017 della Corte Costituzionale sopra richiamata. Di conseguenza, coincidendo le suddette disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea con i principi sanciti agli artt. 42 e 24 della Costituzione, la delibazione di un eventuale contrasto verrà trattata nel prosieguo, in sede di verifica della sussistenza dei presupposti per sollevare la questione di legittimità costituzionale.

^^^

Nel caso in esame, deve altresì escludersi che sussistano i presupposti per il richiesto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea.

Ed infatti, la Suprema Corte ha costantemente affermato che: *"Il rinvio pregiudiziale di una causa alla Corte di Giustizia Europea, ex art. 234 Trattato CE, può essere disposto soltanto ove al giudice nazionale si ponga un dubbio relativo alla interpretazione e all'applicazione delle norme comunitarie, e che la questione interpretativa controversa abbia rilevanza in relazione al "thema decidendum" sottoposto al giudice nazionale ed alle norme interne che lo disciplinano, ma non nel caso in cui a questi si ponga l'opposto problema di interpretare la norma interna (nel caso di specie, il D.M. n. 452 del 1989) al fine di verificarne la compatibilità con la normativa comunitaria e deciderne l'eventuale disapplicazione, in quanto la Corte di Giustizia Europea non è competente ad interpretare il diritto nazionale dei singoli Stati membri, nè a statuire sulla compatibilità di un provvedimento nazionale con l'art. 92, oggi 87, del Trattato ( in questo senso v. Corte di Giustizia della Comunità Europea 17.6.1999 in causa 295/97). (Sez. 1, Sentenza n. 20708 del 22/09/2006, Rv. 592957 - 01)".*



Nella presente sede, tuttavia, non risultano neanche dedotti dubbi interpretativi afferenti le norme di diritto europeo, mentre a nulla rilevano eventuali dubbi interpretativi della norma interna.

Ed infatti, è interessante rilevare che la sezione pugliese della Corte dei Conti, con ordinanza del 29 Aprile 2014, n. 35, ha interpellato la Corte di Giustizia sul significato e la portata da attribuire al principio di tutela del legittimo affidamento. In particolare la Corte dei Conti ha posto alla Corte di Lussemburgo un quesito pregiudiziale sulla compatibilità del detto principio con le c.d. leggi di interpretazione autentica che modificano retroattivamente in senso sfavorevole per gli interessati le disposizioni attributive di diritti, anche quando manchino ragioni imperative di interesse generale, o se possa il motivo di interesse generale identificarsi nel solo motivo finanziario. Tuttavia, la Corte di Giustizia (con sentenza del 15 Ottobre 2014, C-246/14), si è dichiarata manifestamente incompetente a rispondere alle questioni sottoposte, in quanto riguardanti esclusivamente il diritto interno e l'interpretazione dello stesso.

\*\*\*\*\*

**9 – Sulla legittimità costituzionale del Decreto Legge n. 187 del 2012 e dell'art. 34 decies della Legge n. 221 del 2012.**

La parte attrice ha eccepito altresì la incostituzionalità del Decreto Legge in questione, sotto vari profili.

Orbene, giova innanzitutto ricordare che –ai sensi dell'art. 23 della Legge n. 87 del 1953– l'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso.

Sicchè, la questione di legittimità costituzionale deve, al tempo stesso, essere *non manifestamente infondata e rilevante*, cioè tale che la causa non possa essere definita indipendentemente dalla risoluzione della questione.

In particolare, la rilevanza costituisce presupposto della natura incidentale del controllo di legittimità costituzionale, poiché –per essere validamente rimessa alla Corte– la questione deve riguardare una norma (sostanziale o processuale) applicabile in concreto –e non in via meramente eventuale– nel giudizio *a quo* ed influente per la sua definizione. Peraltro, per superare il vaglio della rilevanza della questione, è necessario che il giudice *a quo* effettui il tentativo di interpretazione costituzionalmente orientata, tenendo conto della lettera e della natura della disposizione denunciata. Secondo l'orientamento dei giudici costituzionali, l'effettivo esperimento di tale tentativo consente di superare il vaglio di ammissibilità della questione incidentale conseguentemente sollevata, mentre la correttezza o meno della esegesi, non *secundum constitutionem*, presupposta dal rimettente, attiene, invece, al merito e, cioè, alla successiva verifica di fondatezza o infondatezza della questione stessa, (Corte cost. sent. n. 255 del 2017).



La non manifesta infondatezza costituisce il secondo presupposto e va posto in dinamico collegamento con l'individuazione dei parametri costituzionali in tesi violati dalla norma censurata. Al riguardo, l'art. 23, comma 1 della legge n. 87 del 1953 stabilisce che l'istanza con la quale le parti del giudizio pendente chiedono al giudice che sia sollevata questione di legittimità costituzionale deve indicare non solo le disposizioni viziate da illegittimità costituzionale, ma anche le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali che si intendono violate. Il successivo secondo comma del medesimo articolo, poi, stabilisce che l'ordinanza di rimessione emessa dall'autorità giurisdizionale deve riferire i termini ed i motivi della istanza con cui è stata sollevata la questione. Analoghi requisiti devono ricorrere qualora la questione di legittimità costituzionale venga sollevata d'ufficio.

Ciò posto, le questioni sollevate nella presente sede dalla parte attrice risultano prive o dell'uno e dell'altro requisito.

^^^

#### **9.1 – Sulla legittimità costituzionale delle leggi-provvedimento.**

Ed invero, debesi innanzitutto evidenziare che il Decreto Legge in questione non può ritenersi illegittimo per il solo fatto di non dettare una disciplina generale ed astratta, ma essendo rivolto a disciplinare esclusivamente un unico rapporto concreto (e cioè il rapporto contrattuale tra la Stretto di Messina spa. e la Eurolink).

Ed infatti, la Corte Costituzionale, con orientamento ormai consolidato, ha più volte affermato che non esiste nella Costituzione una riserva agli organi amministrativi degli atti a contenuto particolare e concreto. Quindi è ammissibile la cd. legge-provvedimento anche se va fatto uno scrutinio in ordine ad eventuali disparità di trattamento ed alla ragionevolezza della norma. Non arbitrarietà e ragionevolezza sono i due profili di controllo della legittimità della norma.

I suddetti principi risultano affermati in molte pronunce della Corte Costituzionale, come ad esempio la sentenza n. 289 dell'8.10.2010, nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata, in riferimento agli art. 24 e 113 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, l. reg. Abruzzo 5 aprile 2007 n. 6 e del punto 5 dell'allegato "Piano di riordino posti letto ospedalieri", evidenziando che: *"Non è infatti preclusa alla legge ordinaria, né a quella di fonte regionale, la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati alla autorità amministrativa; né ciò determina un vulnus al diritto di difesa del cittadino riguardo agli effetti provvedimentali dell'atto normativo, posto che la posizione soggettiva di questo troverà la sua adeguata tutela, ovviamente non sul piano della giurisdizione amministrativa ma, tramite questa, su quello, proprio della tipologia dell'atto in ipotesi lesivo, della giurisdizione costituzionale, dovendo la legittimità delle leggi provvedimento essere valutata in relazione al loro specifico contenuto in base ad un controllo stretto di costituzionalità sotto i profili della non arbitrarietà e della ragionevolezza, tanto più stringente quanto più marcati sono i profili provvedimentali caratteristici della legge soggetta al controllo (sentt. n. 267 del 2007, 241 del 2008)"*.



Ed ancora, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, conv., con modif., in l. 24 dicembre 2012, n. 231,, la sentenza n. 85 del 9.5.2013 ha affermato che: *"Premesso che nessuna disposizione costituzionale comporta una riserva agli organi amministrativi o "esecutivi" degli atti a contenuto particolare e concreto, pur se le leggi provvedimento devono soggiacere ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio, da condurre in relazione al loro specifico contenuto, fermo che non può essere consentito al legislatore di risolvere, con la forma della legge, specifiche controversie e di vanificare gli effetti di una pronuncia giurisdizionale divenuta intangibile, violando i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e concernenti la tutela dei diritti e degli interessi legittimi, le disposizioni censurate non determinano alcuna violazione della "riserva di giurisdizione" dato che non incidono, direttamente o indirettamente, sull'accertamento delle responsabilità, e spetta naturalmente all'autorità giudiziaria, all'esito di un giusto processo, l'eventuale applicazione delle sanzioni previste dalla legge; ciò in quanto le disposizioni censurate non cancellano alcuna fattispecie incriminatrice né attenuano le pene, né contengono norme interpretative e/o retroattive in grado di influire in qualsiasi modo sull'esito del procedimento penale in corso sent. nn. 143 del 1989, 536 del 1990, 418 del 1992, 62, 311 del 1993, 492 del 1995, 2 del 1997, 374 del 2000, 237, 267 del 2007, 137 del 2009, 270 del 2010, 20 del 2012, 80 del 2013)".*

Parimenti, la sentenza n. 231 del 10.10.2014, nel dichiarare la manifesta infondatezza dell'art. 2 l. reg. Molise 21 luglio 2010 n. 14, censurato, in riferimento agli art. 3, 24, comma 1, 111, comma 2, 113, comma 2, e 117, comma 7, cost. nella parte in cui prevede la revoca dell'incarico di Segretario generale del Consiglio regionale della regione Molise "in essere" con legge, anziché con un atto di ordinaria gestione del rapporto lavorativo, ha affermato che: *"Posto che la disposizione censurata costituisce una legge-provvedimento, come è reso palese, sul piano soggettivo, dall'unicità del suo destinatario (l'indicato dirigente in carica) e, sul piano oggettivo, dal fatto che essa disciplina un aspetto (la revoca di un incarico dirigenziale «in essere») che è normalmente affidato non al legislatore, ma all'autorità amministrativa, è escluso che il passaggio dall'atto amministrativo alla legge comprometta il diritto alla tutela giurisdizionale, che sarebbe possibile invece esercitare in presenza di un atto dell'amministrazione, atteso che, in assenza nell'ordinamento attuale di una 'riserva di amministrazione' opponibile al legislatore, non può ritenersi preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidate all'azione amministrativa, con la conseguenza che il diritto di difesa non risulterà annullato, ma verrà a connotarsi secondo il regime tipico dell'atto legislativo adottato, trasferendosi dall'ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale. Né tale trasferimento è, di per sé, discriminatorio o suscettibile di alterare la parità delle parti nel processo, anche considerato che non è ravvisabile, al momento dell'approvazione della legge, alcuna controversia o pronuncia giurisdizionale con le quali essa potesse interferire, mentre risulta del tutto inconferente il riferimento al parametro di cui all'art. 117, comma 7, cost., rispetto a una censura con la quale viene lamentata la revoca "ex lege" di un incarico dirigenziale senza che la relativa funzione sia stata soppressa (sent. n. 62 del 1993, 374 del 2000, 288 del 2008, 94 del 2009, 270 del 2010, 20 del 2012, 85, 154, 275 del 2013)".*



Sotto tale aspetto, quindi, la questione di legittimità costituzionale del DL. 187/2012 e del successivo art. 34 *decies* della Legge 221/2012 non appare fondata. E' evidente, infatti, che le disposizioni in esso contenute costituiscono una legge-provvedimento, in quanto sono dirette a destinatari determinati (e cioè solo coloro che hanno stipulato contratti con la Stretto di Messina spa.), incidono su un numero determinato e limitato di destinatari ed hanno un contenuto particolare e concreto. Del resto, nel disporre la caducazione di tutti i contratti stipulati dalla Stretto di Messina spa., le disposizioni in esame hanno comportato la attrazione alla sfera legislativa della disciplina di oggetti o materie (quale appunto il recesso unilaterale da un contratto già in fase di esecuzione) normalmente affidati alla autorità amministrativa.

Tuttavia, la sola circostanza che la decisione di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale sia stata presa con uno strumento legislativo, anziché amministrativo, non rende di per sé la norma incostituzionale, né solleva dubbi di disparità di trattamento, atteso che non introduce una disciplina derogatoria rispetto a quella generale. Infatti, come già sopra evidenziato più volte, sia la disciplina generale del codice civile, sia quella speciale in materia di appalti pubblici riconoscono al committente la facoltà di recedere dal contratto in ogni tempo e per qualsivoglia motivo, potendo sempre decidere di non portare a compimento l'opera appaltata.

L'utilizzo, poi, nel caso concreto dello strumento legislativo appare giustificato dalla eccezionale importanza e peculiarità dell'Opera da realizzare. Né, peraltro, l'utilizzo di tale strumento comporta una violazione dell'art. 24 della Costituzione ed una lesione del diritto di difesa delle parti contraenti, atteso che –come evidenziato dalla citata giurisprudenza della Corte costituzionale- il nostro ordinamento comunque prevede uno strumento effettivo di tutela nell'ambito della giurisdizione costituzionale. Per i medesimi motivi non appare configurabile alcuna violazione dell'art. 47 della Carta fondamentale dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

^^^

### **9.2 – Sui presupposti per la decretazione di urgenza.**

In secondo luogo, la Eurolink contesta la legittimità costituzionale dell'art. 1 del DL n. 187/2012 e del suo successivo "trasferimento" nell'art. 34 *decies* della legge 221 del 2012 di conversione del DL n. 179/2012, anche per i seguenti motivi:

a) carenza dei presupposti previsti dall'art. 77, secondo comma, Cost. quanto all'art. 1 del DL n. 187/2012;

b) estraneità dell'art. 34 *decies* (che ha riproposto pressoché integralmente l'art. 1 del DL n. 187/2012) rispetto ai contenuti del DL n. 179/2012, con violazione, sotto altro profilo, dello stesso art. 77 Cost..

Orbene, appare infondata la lamentata insussistenza dei presupposti per la decretazione di urgenza.



Giova ricordare che, per costante giurisprudenza costituzionale, i presupposti di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost. costituiscono requisiti di validità dei decreti-legge, sicché rientra certamente nei poteri della Corte costituzionale verificarne la sussistenza. Tuttavia, il sindacato di legittimità costituzionale -basato su una pluralità di indici intrinseci ed estrinseci (titolo, preambolo, contenuto e ratio del decreto-legge, relazione illustrativa del disegno di legge di conversione, lavori parlamentari)- è circoscritto alla evidente mancanza dei presupposti di necessità e urgenza, distinguendosi il giudizio di costituzionalità dalla valutazione prettamente politica spettante alle Camere in sede di conversione, poiché l'art. 77 Cost. è connotato da un largo margine di elasticità.

Di conseguenza, solo l'evidente insussistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere determina tanto un vizio del decreto legge, quanto un vizio in procedendo della legge che ne disponga la conversione (cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 170 del 2017, n. 93 del 2011, n. 171 del 2007 e n. 29 del 1995).

Peraltro, la straordinaria necessità ed urgenza non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge, ma ben può fondarsi sulla necessità di provvedere con urgenza, anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente differito (Corte costituzionale, sentenza n. 16 del 2017).

Ciò posto, il decreto legge n. 187 del 2.11.2012 riporta, quale titolo, *“Misure urgenti per la ridefinizione dei rapporti contrattuali con la Società Stretto di Messina S.p.A ed in materia di trasporto pubblico locale”*. Nel preambolo, poi, viene premesso che: *“Visti gli articoli 77 e 87 della Costituzione; Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di garantire, in considerazione dell'attuale stato di tensione nei mercati finanziari internazionali, la verifica, a tutela della finanza pubblica, della sostenibilità del piano economico finanziario del collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e Continente, anche in relazione alle modalità di finanziamento previste; Ritenuta, altresì, la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni volte ad evitare l'interruzione dei servizi di trasporto pubblico locale e ferroviari regionali, assicurando, per l'esercizio 2012, l'immediato trasferimento alle regioni delle risorse allo scopo destinate...”*. Infine, all'art. 1, comma 1 viene specificato che l'esigenza di provvedere con decretazione d'urgenza è sorta *“In considerazione dell'attuale condizione di tensione dei mercati finanziari internazionali che impone, a tutela della finanza pubblica, particolari esigenze di cautela nella verifica della sostenibilità del piano economico finanziario del collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e Continente (di seguito Ponte), anche in relazione alle modalità di finanziamento previste, la Società Stretto di Messina S.p.A. ed il Contraente generale stipulano apposito atto aggiuntivo al contratto vigente per l'attuazione delle disposizioni contenute nel presente articolo”*.

Sicché, gli elementi contenuti sia nel titolo che nel preambolo del decreto legge in questione, sia nell'art. 1, comma 1 -anche in considerazione del contesto in cui lo stesso si inserisce, atteso l'eccezionale costo dell'Opera da realizzare- non fanno ritenere che il Governo, prima, e il Parlamento, poi, abbiano ecceduto i limiti dell'ampio margine di discrezionalità che spetta loro, ai sensi dell'art. 77, secondo comma, Cost., nel valutare i presupposti di straordinaria necessità e urgenza che giustificano l'adozione di un decreto legge in materia.



A tal fine è sufficiente osservare che il solo costo iniziale dell'Opera era stato indicato, nel Contratto del 27.3.2006, in un importo pari ad € 3.879.599.733,00, avendo ad oggetto (come affermato nello stesso atto di citazione) la realizzazione del *maggiore ponte sospeso mai realizzato al mondo*. E' fatto notorio, inoltre, la crisi cd. del *debito sovrano*, che ha colpito i paesi dell'area Euro tra il 2010 ed il 2011, derivante dalla crisi del settore dei mutui residenziali statunitensi. Ed infatti, come è possibile apprendere da studi della Consob, in seguito alla crisi *subprime*, numerosi istituti di credito europei hanno sperimentato gravi difficoltà e sono stati salvati da interventi pubblici. Questi ultimi hanno esacerbato gli squilibri di finanza pubblica dei Paesi più vulnerabili, concorrendo a provocare una contrazione del PIL a livello globale dell'uno per cento circa nel 2009. In particolare, mentre i principali paesi in via di sviluppo hanno sperimentato una significativa riduzione dei propri tassi di crescita, i paesi industrializzati hanno registrato una variazione del prodotto interno lordo negativa. Per l'Italia la contrazione del prodotto nel 2009 è risultata prossima al 5 per cento, configurando una delle più gravi recessioni dal dopoguerra.

\*\*\*

### **9.3 – Sul procedimento di conversione in legge del DL 187 del 2012.**

Quanto, poi, alla circostanza che il DL 187/2012 non sia stato convertito con una legge di conversione a ciò specificamente dedicata, ma aggiungendo un articolo (art. 34 *decies*) ad altra legge dedicata a materia diversa (Legge n. 221/2012), tale aspetto appare meramente formale e non idoneo a determinare una violazione di norme costituzionali.

Ed infatti, il testo del DL 187 del 2.11.2012 è il seguente:

*Art. 1 - Disposizioni in materia di collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e continente*

*1. In considerazione dell'attuale condizione di tensione dei mercati finanziari internazionali che impone, a tutela della finanza pubblica, particolari esigenze di cautela nella verifica della sostenibilità del piano economico finanziario del collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e Continente (di seguito Ponte), anche in relazione alle modalità di finanziamento previste, la Società Stretto di Messina S.p.A. ed il Contraente generale stipulano apposito atto aggiuntivo al contratto vigente per l'attuazione delle disposizioni contenute nel presente articolo.*

*2. Entro 60 giorni dalla stipula dell'atto aggiuntivo la Società Stretto di Messina S.p.A. presenta al CIPE, ai fini di un primo esame in linea tecnica del progetto definitivo dell'opera, unitamente agli elaborati tecnici nonchè ai necessari pareri e autorizzazioni, i piani economico finanziari accompagnati da una completa e dettagliata analisi dell'intervento che attesti la sostenibilità dell'investimento, con riguardo sia alle condizioni praticate nel mercato dei capitali sia alle varie ipotesi di finanziamento pubblico. Il CIPE in sede di esame tecnico può valutare parti progettuali dotate di autonoma funzionalità.*

*3. In esito all'esame in linea tecnica del progetto definitivo dell'intervento, la società Stretto di Messina S.p.a. avvia le necessarie iniziative per la selezione della migliore offerta di*



*finanziamento dell'infrastruttura con capitali privati, senza che ciò dia luogo ad impegni contrattuali vincolanti per la concessionaria. In caso di mancata individuazione del soggetto finanziatore entro il termine per l'esame del progetto definitivo di cui al comma 4, sono caducati tutti gli atti che regolano i rapporti di concessione, nonchè le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria. In tale circostanza, a definitiva e completa tacitazione di ogni diritto e pretesa, gli effetti della caducazione dei vincoli contrattuali comportano esclusivamente il riconoscimento di un indennizzo costituito dal pagamento delle prestazioni progettuali contrattualmente previste e direttamente eseguite e dal pagamento di una ulteriore somma pari al 10 per cento dell'importo predetto.*

*4. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto fino all'approvazione del progetto definitivo da parte del CIPE delle opere come individuate dal comma 2, entro e non oltre i 540 giorni successivi al completamento dell'esame del progetto in linea tecnica, tutti gli effetti dei contratti stipulati dalla Società Stretto di Messina S.p.A. con il Contraente generale e gli altri soggetti affidatari dei servizi connessi alla realizzazione dell'opera sono sospesi e per il periodo di sospensione non potranno essere avanzate dai contraenti pretese risarcitorie o di altra natura a nessun titolo. Sono altresì sospesi gli adeguamenti economici a qualsiasi titolo previsti. Per le parti progettuali non esaminate dal CIPE la sospensione degli effetti contrattuali permane, con le modalità sopra indicate, fino al reperimento della integrale copertura finanziaria. Le parti dovranno improntare il loro comportamento secondo i principi della buona fede.*

*5. La mancata approvazione del progetto definitivo dell'opera da parte del CIPE, ai sensi del comma 4, comporta la caducazione di tutti gli atti che regolano i rapporti di concessione, nonchè le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria, secondo le modalità e per gli effetti di cui al comma 3.*

*6. La Società Stretto di Messina S.p.A. può essere autorizzata, previa approvazione dei progetti definitivi da parte del CIPE, ad eseguire lavori infrastrutturali funzionali all'esigenza dell'attuale domanda di trasporto anche in caso di mancata realizzazione del Ponte, ricompresi nel progetto definitivo generale, a carico del bilancio dello Stato nei limiti delle risorse che saranno individuate con successivi provvedimenti.*

*7. Con atto di indirizzo del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono impartite direttive finalizzate all'immediato contenimento dei costi di gestione e di personale della società Stretto di Messina S.p.a.*

*8. Nel caso in cui l'atto aggiuntivo di cui al comma 1 non venga stipulato entro il termine perentorio del 1° marzo 2013 sono caducati, con effetto dalla data di entrata in vigore del presente decreto, tutti gli atti che regolano i rapporti di concessione, nonchè le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria secondo le modalità e per gli effetti di cui al comma 3.*

*9. Nei casi di caducazione di cui ai commi 3, 5 e 8, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, la Società Stretto di Messina S.p.a. è posta in liquidazione e, per lo svolgimento delle attività liquidatorie, è nominato un commissario*



liquidatore che dovrà concludere le operazioni entro e non oltre un anno dalla nomina.

10. Agli oneri derivanti dagli eventuali indennizzi conseguenti all'attuazione del presente articolo si provvede mediante utilizzo dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 61 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successivi rifinanziamenti, relativa al Fondo per lo sviluppo e la coesione. A tale fine le risorse del Fondo sono coerentemente riprogrammate dal CIPE a valere sulle assegnazioni destinate al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Tutte le suddette disposizioni risultano recepite nella legge 17 dicembre 2012 n. 221, di conversione del decreto legge n. 179 del 2012 (ulteriori misure per la crescita del Paese), che ha inserito nel testo del decreto in conversione l'art. 34 *decies* rubricato "Disposizioni in materia di collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e continente", il cui testo è sostanzialmente coincidente con quello dell'art. 1 del DL. 187/2012.

In particolare, il testo dell'art. 34 *decies* della Legge n. 221 del 17 dicembre 2012 (pubblicata nella GU del 18.12.2012) è il seguente:

*Art. 34-decies Disposizioni in materia di collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e continente*

1. *In considerazione dell'attuale condizione di tensione dei mercati finanziari internazionali che impone, a tutela della finanza pubblica, particolari esigenze di cautela nella verifica della sostenibilità del piano economico-finanziario del collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e continente (di seguito Ponte), anche in relazione alle modalità di finanziamento previste, la società Stretto di Messina S.p.A. ed il contraente generale stipulano apposito atto aggiuntivo al contratto vigente per l'attuazione delle disposizioni contenute nel presente articolo. Ai fini di cui al presente comma, l'atto aggiuntivo è trasmesso entro trenta giorni dalla stipula alle competenti Commissioni parlamentari.*

2. *Entro sessanta giorni dalla stipula dell'atto aggiuntivo la società Stretto di Messina S.p.A. presenta al CIPE, ai fini di un primo esame in linea tecnica del progetto definitivo dell'opera, unitamente agli elaborati tecnici nonché ai necessari pareri e autorizzazioni, i piani economico-finanziari accompagnati da una completa e dettagliata analisi dell'intervento che attesti la sostenibilità dell'investimento, con riguardo sia alle condizioni praticate nel mercato dei capitali sia alle varie ipotesi di finanziamento pubblico. Il CIPE in sede di esame tecnico può valutare parti progettuali dotate di autonoma funzionalità alla cui effettiva realizzazione si potrà procedere sentite le regioni interessate. I piani economici e finanziari e le relative analisi che attestano la sostenibilità dell'investimento sono, altresì, trasmessi alle competenti Commissioni parlamentari.*

3. *In esito all'esame in linea tecnica del progetto definitivo dell'intervento, la società Stretto di Messina S.p.A. avvia le necessarie iniziative per la selezione della migliore offerta di finanziamento dell'infrastruttura con capitali privati, senza che ciò dia luogo ad impegni contrattuali vincolanti per la concessionaria. In caso di mancata individuazione del soggetto finanziatore entro il termine per l'esame del progetto definitivo di cui al comma 4, sono caducati tutti gli atti che regolano i rapporti di concessione, nonché le convenzioni ed ogni altro rapporto*



contrattuale stipulato dalla società concessionaria. In tale circostanza, a definitiva e completa tacitazione di ogni diritto e pretesa, gli effetti della caducazione dei vincoli contrattuali comportano esclusivamente il riconoscimento di un indennizzo costituito dal pagamento delle prestazioni progettuali contrattualmente previste e direttamente eseguite e dal pagamento di una ulteriore somma pari al 10 per cento dell'importo predetto.

4. Dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 2 novembre 2012, n. 187, fino all'approvazione del progetto definitivo da parte del CIPE delle opere come individuate dal comma 2, entro e non oltre i 540 giorni successivi al completamento dell'esame del progetto in linea tecnica, tutti gli effetti dei contratti stipulati dalla società Stretto di Messina S.p.A. con il contraente generale e gli altri soggetti affidatari dei servizi connessi alla realizzazione dell'opera sono sospesi e per il periodo di sospensione non potranno essere avanzate dai contraenti pretese risarcitorie o di altra natura a nessun titolo. Sono altresì sospesi gli adeguamenti economici a qualsiasi titolo previsti. Per le parti progettuali non esaminate dal CIPE la sospensione degli effetti contrattuali permane, con le modalità sopra indicate, fino al reperimento della integrale copertura finanziaria. Le parti dovranno improntare il loro comportamento secondo i principi della buona fede.

5. La mancata approvazione del progetto definitivo dell'opera da parte del CIPE, ai sensi del comma 4, comporta la caducazione di tutti gli atti che regolano i rapporti di concessione, nonché le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria, secondo le modalità e per gli effetti di cui al comma 3.

6. La società Stretto di Messina S.p.A. può essere autorizzata, previa approvazione dei progetti definitivi da parte del CIPE e di intesa con le regioni interessate, ad eseguire lavori infrastrutturali funzionali all'esigenza dell'attuale domanda di trasporto anche in caso di mancata realizzazione del Ponte, ricompresi nel progetto definitivo generale, a carico del bilancio dello Stato nei limiti delle risorse che saranno individuate con successivi provvedimenti.

7. Con atto di indirizzo del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono impartite direttive finalizzate all'immediato contenimento dei costi di gestione e di personale della società Stretto di Messina S.p.A.

8. Nel caso in cui l'atto aggiuntivo di cui al comma 1 non venga stipulato entro il termine perentorio del 1° marzo 2013 sono caducati, con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 2 novembre 2012, n. 187, tutti gli atti che regolano i rapporti di concessione, nonché le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria secondo le modalità e per gli effetti di cui al comma 3.

9. Nei casi di caducazione di cui ai commi 3, 5 e 8, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, la società Stretto di Messina S.p.A. è posta in liquidazione e, per lo svolgimento delle attività liquidatorie, è nominato un commissario liquidatore che dovrà concludere le operazioni entro e non oltre un anno dalla nomina.

10. Agli oneri derivanti dagli eventuali indennizzi conseguenti all'attuazione del presente



*articolo si provvede mediante utilizzo dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 61 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successivi rifinanziamenti, relativa al Fondo per lo sviluppo e la coesione. A tale fine le risorse del Fondo sono coerentemente riprogrammate dal CIPE a valere sulle assegnazioni destinate al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.*

*11. Gli eventuali indennizzi conseguenti all'attuazione del presente articolo sono preventivamente comunicati alle competenti Commissioni parlamentari con elencazione dei destinatari e delle relative somme loro riconosciute e con l'indicazione puntuale delle prestazioni progettuali previste ed eseguite che hanno dato luogo all'indennizzo per ciascuno dei predetti soggetti.*

^^^

Orbene, l'art. 77 della Costituzione stabilisce che il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

Sicchè, è sempre consentito al Parlamento disciplinare con lo strumento legislativo anche rapporti che erano stati in precedenza disciplinati da decreti legge non convertiti.

E comunque, nel caso in esame, non può ritenersi che il DL 187/2012 abbia perso efficacia e sia decaduto. Ed infatti, dal confronto tra l'art. 1 del DL 187/2012 e l'art. 34 *decies* della Legge 221/2012 emerge chiaramente che i due articoli contengono disposizioni sostanzialmente coincidenti, con l'unica differenza relativa al fatto che l'art. 34 *decies* fa decorrere gli effetti delle disposizioni in esso contenute alla data di entrata in vigore del DL 187/2012 (e cioè 2.11.2012).

Di conseguenza, tale ultima circostanza, unitamente al fatto che la Legge 221 del 17.12.2012 sia entrata in vigore prima che fossero decorsi sessanta giorni dalla emanazione del DL 187 del 2.11.2012, consente di ritenere che il DL 187/2012 sia stato convertito in legge ad opera della suindicata L. 221/2012. Ed infatti, a prescindere dal mancato formale riferimento alla conversione del DL 187/2012, gli effetti prodotti dall'art. 34 *decies* sono esattamente i medesimi di una legge di conversione di un decreto legge. Del resto, convertire un decreto legge significa recepire le sue statuizioni nell'ambito del diverso strumento normativo rappresentato dalla legge ordinaria del Parlamento.

Inoltre, quanto alla lamentata disomogeneità tra le norme contenute nel DL 187/2012 e quelle disciplinate dalla Legge 221/2012, devesi tener conto che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 145 del 2015, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 5- quater , 5- sexies e 5- septies , del d.l. 2 marzo 2012, n. 16 - convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 26 aprile 2012, n. 44 - impugnato, in riferimento



all'art. 77, secondo comma, Cost., nella parte in cui ha ridisegnato il regime fiscale speciale precedentemente previsto per gli immobili riconosciuti di interesse storico o artistico. In particolare, i giudici costituzionali hanno ritenuto che *“Nella fattispecie, infatti, non si verte in un caso di evidente o manifesta mancanza di ogni nesso di interrelazione fra le disposizioni aggiunte e quelle originarie contenute nel decreto-legge. Anzitutto, le norme censurate rientrano tutte nella materia tributaria, richiamata nella premessa del d.l. impugnato, che dunque costituisce un punto di correlazione tra la disciplina introdotta in sede di conversione e quella dell'originario decreto. In secondo luogo, il nomen iuris della novella in esame appare del tutto assimilabile a quello della legge n. 413 del 1991, che prevedeva il precedente regime fiscale. Inoltre, considerato che, ai sensi dell'art. 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988, il contenuto del decreto-legge «deve essere [...] corrispondente al titolo», si deve ritenere che, abrogando e sostituendo il regime precedente, le norme censurate abbiano trovato nel contesto normativo in cui sono state inserite una sede idonea, in tal modo identificandosi un ulteriore profilo di omogeneità oggettiva. Infine, nel decreto-legge sono rinvenibili altre norme che riguardano la fiscalità immobiliare, quali, in particolare, quelle espresse dall'art. 8, comma 16, lettere e ), f ) e g ), in tema di immobili situati all'estero. La procedura parlamentare seguita non comporta l'illegittimità delle disposizioni impugnate in ragione della specificata correlazione oggettiva. Per l'affermazione che la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. si ravvisa «in caso di evidente o manifesta mancanza di ogni nesso di interrelazione tra le disposizioni incorporate nella legge di conversione e quelle dell'originario decreto-legge, v. le citate sentenze n. 32/2014 e n. 22/2012. Per l'affermazione che la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. per difetto di omogeneità si determina solo quando le disposizioni aggiunte siano totalmente "estranee" o addirittura "intruse", cioè tali da interrompere, in parte qua, ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione»”.*

Sicché, analogamente alla fattispecie esaminata dalla Corte costituzionale, nel caso in esame non può ritenersi che le disposizioni relative alla vicenda del Ponte sullo Stretto di Messina siano totalmente *estranee* o *intruse* rispetto a quelle previste dalla Legge n. 221/2012. Quest'ultima, infatti, contiene la disciplina di *“ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese”* e, in particolare, alla sezione X detta: disposizioni per incentivare la realizzazione di nuove infrastrutture (art. 33); misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti, i servizi pubblici locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni (art. 34); disposizioni relative alle imprese turistico-balneari (art. 34 quater); un piano di sviluppo del turismo (art. 34 quinquies); Definizione dei contributi per programmi di edilizia residenziale (art. 34 novies); disposizioni in materia di trasporto pubblico locale (art. 34 undecies). L'art. 34 decies, quindi, si inserisce nell'ambito di una pluralità di variegate disposizioni, accomunate dalla circostanza di rientrare in un piano di riordino degli interventi di sviluppo del Paese.

^^^

Ciò posto, debesi altresì considerare che la Corte Costituzionale ha costantemente affermato che *“Con riguardo alle fattispecie di identità sostanziale tra il testo originario di un decreto-legge e quello risultante dalla legge di conversione, le censure di incostituzionalità proposte avverso il testo originario si trasferiscono e sono assorbite in quelle rivolte alle corrispondenti disposizioni del testo convertito, con conseguente limitazione a queste ultime dell'oggetto del giudizio”*, (cfr. sentenze n.



244 del 2016; n. 298 del 2009, n. 443 del 2007 e n. 417 del 2005).

Ne consegue che, allo stato, la vicenda della caducazione del Contratto di affidamento a Contraente Generale stipulato tra la Stretto di Messina spa. e la Eurolink risulta disciplinato esclusivamente dall'art. 34 *decies* della Legge 221/2012, attesa la identità sostanziale con il testo originario del DL 187/2012.

In conclusione, l'art. 34 *decies*, per i motivi sopra esposti, nella parte in cui dispone che –in caso di mancata stipulazione dell'atto aggiuntivo di cui al primo comma entro il termine del 1° marzo 2013 sono caducati tutti gli atti che regolano i rapporti di concessione, nonché le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria, con effetto dalla data di entrata in vigore del DL 187/2012- non appare in contrasto con la Costituzione per il solo fatto di contenere una disciplina rivolta ad un numero determinato e limitato di destinatari; per avere un contenuto particolare e concreto; nonché per aver riproposto il contenuto di un decreto legge non convertito con una specifica legge di conversione ad esso dedicata.

Pertanto, i suindicati dubbi di costituzionalità sollevati dalla Eurolink non appaiono idonei a giustificare la rimessione della questione alla Corte Costituzionale.

\*\*\*

#### **9.4 – Sulla rilevanza delle ulteriori questioni.**

Discorso in parte diverso va fatto con riferimento ai dubbi di costituzionalità relativi alla parte del DL 187/2012 e, poi, dell'art. 34 *decies* della L. 221/2012 che dispone la sospensione degli effetti di tutti i contratti stipulati dalla Stretto di Messina spa. e relativi alla parte che disciplina le conseguenze indennitarie della caducazione del contratto.

In particolare, il comma 4 stabilisce che *“4. Dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 2 novembre 2012, n. 187, fino all'approvazione del progetto definitivo da parte del CIPE delle opere come individuate dal comma 2, entro e non oltre i 540 giorni successivi al completamento dell'esame del progetto in linea tecnica, tutti gli effetti dei contratti stipulati dalla società Stretto di Messina S.p.A. con il contraente generale e gli altri soggetti affidatari dei servizi connessi alla realizzazione dell'opera sono sospesi e per il periodo di sospensione non potranno essere avanzate dai contraenti pretese risarcitorie o di altra natura a nessun titolo. Sono altresì sospesi gli adeguamenti economici a qualsiasi titolo previsti”*.

Al comma 3 viene stabilito che *“a definitiva e completa tacitazione di ogni diritto e pretesa, gli effetti della caducazione dei vincoli contrattuali comportano esclusivamente il riconoscimento di un indennizzo costituito dal pagamento delle prestazioni progettuali contrattualmente previste e direttamente eseguite e dal pagamento di una ulteriore somma pari al 10 per cento dell'importo predetto”*.

Tuttavia, nella presente sede, tutte le questioni relative alle parti suindicate non appaiono rilevanti.



Orbene, quanto al comma 4, la lettera della norma consente una interpretazione costituzionalmente orientata, nel senso che la limitazione della possibilità di avanzare pretese risarcitorie e di altra natura fosse limitata al solo periodo di sospensione (allo stato da tempo terminato), non impedendo poi alle parti contraenti di agire successivamente per far valere i propri diritti, come poi in concreto è stato fatto.

La trattazione delle domande delle parti contraenti nella presente sede è, pertanto, sufficiente ad escludere la rilevanza della suesposta questione di legittimità costituzionale (sia sotto il profilo della violazione dell'art. 24 della Costituzione, sia sotto il profilo della violazione dell'art. 47 della Carta fondamentale dei diritti fondamentali dell'Unione europea), ciò dimostrando la sussistenza nell'ordinamento di strumenti effettivi di tutela giurisdizionale.

^^^

Parimenti non rilevanti appaiono le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento al comma 3, considerato che in nessuna delle domande proposte nel presente giudizio la Eurolink ha chiesto il pagamento dell'indennizzo conseguente al recesso unilaterale della parte committente.

Ed invero, con la domanda in esame, la Eurolink ha chiesto condannarsi la Stretto di Messina spa. e le amministrazioni convenute al risarcimento dei danni dipendenti dalla mancata esecuzione del contratto per volontà del committente. Tale domanda risarcitoria –come già evidenziato- è stata proposta non in via subordinata, ma in aggiunta alla domanda di condanna della Stretto di Messina spa. al pagamento dell'indennizzo previsto dall'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo del 25.9.2009 in caso di recesso del Contraente Generale. Ciò emerge chiaramente non solo dalle deduzioni contenute nel corpo dell'atto di citazione, ma anche dalle stesse conclusioni ivi rassegnate, nelle quali, alla lettera b) di pag. 39 si chiede "inoltre" la condanna delle convenute, e cioè in aggiunta all'indennizzo suindicato.

Il danno lamentato dalla Eurolink, quindi, è pur sempre collegato al proprio recesso e presuppone l'accertamento della legittimità del recesso del Contraente generale ai sensi dell'art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo del 25.9.2009, richiesto con la prima domanda. In nessuna parte dell'atto di citazione, né delle sue conclusioni la Eurolink ha chiesto il pagamento dell'indennizzo conseguente al recesso unilaterale della parte committente.

Del resto, come più volte evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la domanda di risarcimento dei danni è ontologicamente diversa da quella di pagamento di un indennizzo, sia per il *petitum* che per la *causa petendi*, (cfr. *ex multis* la Sentenza n. 24486 del 30/10/2013 nella quale viene affermato che: "*Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per il pagamento di somme a titolo di indennizzo per il recesso a contratti di appalto stipulati con la P.A., è inammissibile la proposizione da parte dell'opposto dell'azione di risarcimento del danno subito per effetto dell'illegittimo comportamento della stessa P.A., trattandosi di una domanda nuova in ragione della diversità del "petitum" e della "causa petendi", espressione di un successivo ampliamento del "thema decidendi", a tal fine non assumendo rilievo l'avvenuta accettazione del contraddittorio della controparte"*).



Di conseguenza, a nulla rileva che –al fine di quantificare il danno subito- la Eurolink faccia riferimento al criterio per la determinazione dell'indennizzo previsto dall'art. 134 del Codice degli appalti, considerato che la domanda è comunque pur sempre volta ad ottenere il risarcimento di tutti i danni asseritamente patiti e tale criterio viene utilizzato solo come mero indice per la quantificazione degli stessi. Inoltre, è diversa la deduzione della *causa petendi*, in quanto la Eurolink non ha mai dedotto di voler ottenere l'indennizzo (previsto dalla legge o dal contratto) per l'ipotesi di recesso unilaterale della parte committente, ma ha costantemente dedotto l'inadempimento della parte committente alle obbligazioni contrattualmente assunte, ovvero al generale obbligo di comportarsi secondo buona fede.

L'aver collegato la domanda risarcitoria ad un comportamento comunque inadempiente e colposo della parte committente, impedisce di interpretare la stessa come finalizzata ad ottenere un indennizzo che –come sopra meglio evidenziato- risulta totalmente svincolato e prescinde da qualsivoglia inadempimento delle parti contraenti, trattandosi invece di una responsabilità collegata ad un atto lecito.

Sulla base delle suesposte considerazioni, appare non rilevante ogni questione relativa agli artt. 42 e 43 della Costituzione, nonché all'art. 17 della Carta fondamentale dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che peraltro -contrariamente a quanto richiesto dalla parte attrice- in caso di eventuale contrasto (che non si ravvisa nel caso in esame) non avrebbe comunque potuto condurre ad una diretta disapplicazione della norma interna, alla luce della recente sentenza n. 269 del 2017 della Corte Costituzionale.

Parimenti non rilevante nella presente controversia è ogni questione relativa alla parte della norma che stabilisce che *"Sono altresì sospesi gli adeguamenti economici a qualsiasi titolo previsti"*. Ed infatti, dalla caducazione dei contratti stipulati con la Stretto di Messina spa. derivano esclusivamente conseguenze di natura indennitaria, che costituiscono debito di valuta, come tale regolato dall'art. 1224 c.c.. Ciò rende irrilevante il riferimento agli adeguamenti economici suindicato.

In conclusione, anche la seconda domanda proposta dalla Eurolink non può trovare accoglimento.

^^^^^^

**10 – La terza domanda proposta dalla Eurolink: la risoluzione del contratto per inadempimento della parte committente.**

Con la terza domanda, la Eurolink ha chiesto –in via subordinata e nel caso in cui il recesso ex art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo del 25.9.2009 di cui alla prima domanda venga ritenuto illegittimo- che il contratto sia dichiarato risolto per il grave inadempimento della parte committente.

Anche tale domanda non può trovare accoglimento, alla luce delle motivazioni già sopra esplicitate.



Ed invero, anche con riferimento a tale domanda la parte attrice riconduce l'inadempimento esclusivamente alla decisione del Governo italiano di non realizzare più l'Opera e di *rifiutare l'adempimento del contratto* da parte dell'appaltatore.

Tuttavia, come già sopra evidenziato, la decisione della parte committente di non realizzare più l'opera appaltata non integra alcun inadempimento, anzi è espressione di un diritto potestativo riconosciuto al committente sia dal codice civile, sia dalla speciale disciplina in materia di appalti pubblici e prescinde da eventuali inadempimenti delle parti. L'appaltatore, quindi, non può vantare un diritto al risarcimento del danno per non aver potuto realizzare l'opera, atteso che l'interesse alla realizzazione dell'opera fa capo al solo committente. Ed infatti, all'esercizio di tale diritto potestativo non può conseguire un diritto risarcitorio in capo all'appaltatore, ma è previsto esclusivamente un diritto all'indennizzo, nella misura normativamente determinata.

Peraltro, come sopra già evidenziato, la parte committente può avvalersi di tale diritto potestativo anche quando la controparte abbia acquisito il diritto ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento della stessa Stazione appaltante e tale inadempienza abbia fatto valere. In tal caso, il vincolo contrattuale si scioglie comunque a seguito della manifestazione di volontà di recedere unilateralmente dallo stesso ed ogni questione atterrà al diverso piano delle conseguenze economiche.

Nel caso in esame, quindi, essendo la parte concedente receduta unilateralmente dal contratto, il vincolo contrattuale deve ritenersi estinto per tale causa.

La domanda di risoluzione va, pertanto, rigettata. Parimenti, va rigettata la conseguente domanda risarcitoria, atteso che –come già sopra evidenziato– la decisione di non realizzare l'opera appaltata non configura un inadempimento della parte committente.

AAAAAA

**11 – La quarta domanda proposta dalla Eurolink: l'accertamento della vigenza del contratto.**

In estremo subordine, nel caso in cui venga ritenuto illegittimo il recesso ex art. 5.2 dell'Accordo aggiuntivo del 25.9.2009 e non vengano ritenuti sussistenti i presupposti per la risoluzione, la Eurolink ha chiesto di accertare e dichiarare che il Contratto stipulato con la Stretto di Messina spa. è tuttora vigente e che i convenuti sono obbligati all'adempimento dello stesso.

Tuttavia, anche tale ultima domanda non può trovare accoglimento, per le motivazioni già esposte.

A tal fine, infatti, è sufficiente ricordare che il DL. n. 187 del 2012 (e successivamente l'art. 34 *decies* Legge 221/2012) ha stabilito che -in caso di mancata stipulazione tra le parti di un atto aggiuntivo entro il termine dell'1.3.2013- dovevano ritenersi caducati, con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto (2.11.2012), tutti gli atti relativi ai rapporti di concessione, nonchè le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria.



Di conseguenza, non essendo stato stipulato alcun atto aggiuntivo nel termine previsto dal citato decreto legge, il Contratto di affidamento a contraente generale stipulato tra la Stretto di Messina spa. e la Eurolink deve ritenersi caducato, e cioè il vincolo contrattuale deve ritenersi sciolto a seguito del recesso unilaterale della parte committente. Del resto, la stessa parte committente Stretto di Messina s.p.a. –in data 2.3.2013- ha comunicato alla Eurolink essere intervenuta, con effetto dal 2.11.2012, la caducazione del Contratto di affidamento a Contraente generale in ragione delle previsioni del decreto legge medesimo, con ciò manifestando la volontà unilaterale di non voler proseguire nel rapporto contrattuale e di non aver più interesse alla realizzazione dell’Opera.

Sicchè, la domanda di accertamento della attuale vigenza del contratto va rigettata.

~~~~~

### **12 – La domanda risarcitoria proposta dalle società chiamate in causa.**

Nella presente sede, anche le società chiamate in causa hanno proposto domanda riconvenzionale, volta a sentir condannare la Stretto di Messina spa. e le Amministrazioni convenute al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata realizzazione dell’Opera.

Anche tale domanda risarcitoria non può trovare accoglimento per i motivi già ampiamente esposti, atteso che –come già sopra evidenziato- la decisione di non realizzare l’opera appaltata non configura un inadempimento della parte committente e non può dare luogo, di per sé, ad un diritto al risarcimento in favore della controparte.

~~~~~

### **13 - Le domande riconvenzionali proposte dalla Stretto di Messina spa.**

Passando, quindi, ad esaminare le domande riconvenzionali proposte dalla convenuta Stretto di Messina spa., giova ricordare che la predetta, in via principale, ha chiesto di accertare la responsabilità contrattuale o extracontrattuale della Eurolink e dei suoi soci al risarcimento di tutti i danni derivanti dalla mancata realizzazione dell’Opera. Poi, ha proposto ulteriori domande, tutte in via subordinata, in caso di eventuale accoglimento in tutto o in parte delle domande della Eurolink.

In particolare, a fondamento della prima domanda, la Stretto di Messina spa. sostiene che, all’indomani dell’entrata in vigore del DL. 187/2012, le parti avrebbero avviato una trattativa volta alla stipulazione dell’Atto aggiuntivo ivi previsto. Tuttavia, al termine della trattativa e sebbene si fosse giunti alla redazione di una bozza di accordo, la Eurolink si sarebbe rifiutata di sottoscriverlo, sostenendo di essere già receduta dal rapporto contrattuale ai sensi dell’art. 5.2 dell’accordo aggiuntivo del 25.9.2009. Tale recesso, però, sarebbe stato esercitato in maniera illegittima e, di conseguenza, la mancata sottoscrizione dell’Atto aggiuntivo sarebbe imputabile esclusivamente al comportamento abusivo e contrario a buona fede della Eurolink. La mancata conclusione dell’Atto aggiuntivo avrebbe cagionato gravi danni alla Stretto di Messina spa., da indentificarsi nella



perdita di chance legate alla realizzazione dell'Opera, nonché ai costi sostenuti nel tempo per la realizzazione dell'oggetto della concessione, comprensivi degli studi, della Progettazione preliminare e dello stesso Progetto definitivo, nonché degli indennizzi dovuti dalla Stretto di Messina in relazione all'Opera.

Orbene, la domanda riconvenzionale proposta in via principale non è fondata e va rigettata.

Devesi innanzitutto evidenziare che appare difficile poter configurare un comportamento inadempiente con riferimento alla mancata stipulazione di un accordo aggiuntivo ed ulteriore rispetto al contratto originariamente sottoscritto. Ed invero, può propriamente parlarsi di inadempimento contrattuale solo con riferimento ad obblighi contrattualmente assunti, essendo invece rimessa alla facoltà di ciascuna parte la decisione di modificare le originarie pattuizioni, ciò richiedendo appunto il consenso di entrambi i contraenti. E, di conseguenza, il mancato consenso non può integrare di per sé un inadempimento.

Tale generale principio risulta valido anche nell'ambito degli appalti pubblici, laddove è vero che l'amministrazione ha il potere di imporre unilateralmente all'appaltatore, in variante dell'opera appaltata, lavori diversi da quelli considerati in contratto.

In particolare, la vigente legislazione in materia di appalti pubblici autorizza la Stazione appaltante ad introdurre varianti in corso d'opera (e cioè modifiche unilaterali durante il periodo di validità del contratto) in fattispecie relativamente tipizzate, quali esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; cause imprevedute e imprevedibili o intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale; sorpresa geologica, omissioni o errori del progetto esecutivo e, comunque, purché non mutino sostanzialmente la natura dei lavori compresi nell'appalto.

In secondo luogo, l'amministrazione appaltante ha il diritto potestativo di imporre modifiche non soltanto per circostanze sopravvenute, non previste e non prevedibili al momento della stipulazione, ma anche per ragioni di mera opportunità, demandate al suo insindacabile apprezzamento, purché non eccedano il quinto dell'importo originario del contratto (anche in diminuzione) e rispettino la natura essenziale delle opere. Entro il limite del quinto l'appaltatore è tenuto ad eseguire le varianti senza indennizzo, con il solo diritto al corrispettivo per i nuovi lavori eseguiti (già l'art. 1661 c.c. prevede "variazioni ordinate dal committente, purché il loro ammontare non superi il 'sesto' del prezzo complessivo convenuto" e purché non importino "notevoli modificazioni della natura dell'opera...").

Vi sono, poi, varianti sempre consentite nell'interesse dell'amministrazione: in misura non superiore al cinque per cento dell'importo originario del contratto, motivate per esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità e sempreché non comportino modifiche sostanziali. Ed, infine, sono sempre ammessi (cioè "non sono considerate varianti") gli interventi modificativi "di dettaglio", sempreché non comportino un aumento dell'importo del contratto.



Sicchè, tale diritto potestativo della Stazione appaltante –cui corrisponde un obbligo dell'appaltatore- può essere esercitato solo qualora i lavori diversi non superino un determinato importo del complessivo valore del contratto. In caso contrario, è necessaria la stipulazione di un atto aggiuntivo (o atto di sottomissione dell'appaltatore alla richiesta dell'Amministrazione) che la giurisprudenza di legittimità parifica a quello che abbia ad oggetto lavori extracontrattuali in senso stretto e qualifica come nuovo ed autonomo contratto modificativo del precedente, (cfr. Cass. sent. n. 18438 dell'1.8.2013 e ord. n. 30915 del 22.12.2017).

Qualora, invece, l'appaltatore non accetti di stipulare l'atto di sottomissione o aggiuntivo, può chiedere di recedere dal contratto ed ha diritto al pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali utili e al dieci per cento dei lavori non eseguiti fino ai quattro quinti dell'importo del contratto. Pertanto, in caso di superamento del quinto del prezzo, l'appaltatore ha un diritto soggettivo perfetto alla risoluzione del contratto, che è indipendente dal comportamento o da iniziative procedimentali della stazione appaltante, fermo il pagamento del prezzo dei lavori eseguiti a termini di contratto.

Alla luce, quindi, dei suddetti principi contenuti nella legislazione nazionale in tema di appalti pubblici, non appare sussistente il dedotto abuso del diritto e la dedotta violazione del canone di buona fede da parte della Eurolink. Ed infatti, in presenza di una variazione delle originarie condizioni contrattuali da parte del committente, la normativa generale riconosce all'appaltatore la facoltà di scegliere se stipulare un atto aggiuntivo, ovvero recedere dal contratto. Di conseguenza, il rifiuto della Eurolink di sottoscrivere l'atto aggiuntivo previsto dal DL 187/2012 non può essere considerato, di per sé, un comportamento inadempiente, anche se motivato dal previo esercizio del diritto di recesso ed a prescindere dalla legittimità dello stesso.

^^^

Peraltro, non può non evidenziarsi che la necessità di stipulare un atto aggiuntivo (e quindi di apportare una variante al contratto originario) è stata disposta dal DL 187/2012 a seguito di esigenze esterne al contratto stesso (quali la tensione dei mercati finanziari internazionali e la necessità di verificare la sostenibilità del piano economico finanziario dell'Opera) e, quindi, totalmente svincolate da eventuali inadempimenti delle parti contraenti. Come già ampiamente riportato, l'atto aggiuntivo aveva lo scopo di consentire alla Stretto di Messina spa. di reperire finanziatori privati, al fine di garantire la sostenibilità economico-finanziaria dell'Opera.

Lo stesso DL 187/2012, poi, ha previsto la caducazione del contratto e della stessa concessione in caso di mancata stipulazione del suddetto atto aggiuntivo, ciò evidenziando la mancanza di interesse della parte committente alla realizzazione dell'Opera in assenza di approvazione delle nuove modalità di finanziamento della stessa.

Inoltre, come sopra già ampiamente evidenziato, alla natura di società *in house* della Stretto di Messina spa. consegue che la stessa non può essere considerata un soggetto diverso dagli enti pubblici che ne rappresentano i soci ed, in generale, dall'Amministrazione concedente (originariamente il Ministero per i lavori pubblici e per i trasporti e l'aviazione civile e, successivamente, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 114 del 2003, il Ministero delle



Infrastrutture e dei Trasporti).

Di conseguenza, la Stretto di Messina spa. non può dolersi di aver subito un danno derivante dalla mancata esecuzione dell'Opera (neanche in termini di *perdita di chance*), non potendo configurarsi in capo alla stessa un autonomo interesse (diverso rispetto a quello degli enti pubblici che ne rappresentano i soci ed, in generale, dall'Amministrazione concedente) alla realizzazione del Ponte. Parimenti, non appare configurabile un danno derivante dagli indennizzi da corrispondere, atteso che gli stessi sono normativamente previsti quale conseguenza del recesso unilaterale esercitato per cause diverse dall'inadempimento della controparte. E comunque, lo stesso DL 187/2012 dispone che agli eventuali indennizzi si faccia fronte mediante le assegnazioni destinate al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, stabilendo che: *"Agli oneri derivanti dagli eventuali indennizzi conseguenti all'attuazione del presente articolo si provvede mediante utilizzo dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 61 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successivi rifinanziamenti, relativa al Fondo per lo sviluppo e la coesione. A tale fine le risorse del Fondo sono coerentemente riprogrammate dal CIPE a valere sulle assegnazioni destinate al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti"*.

La domanda risarcitoria, avanzata in via riconvenzionale dalla Stretto di Messina spa., va pertanto rigettata, non aparendo sussistente né il lamentato inadempimento della Eurolink, né l'asserito danno.

^^^

Il rigetto integrale delle domande proposte dalla attrice Eurolink, poi, rende superfluo l'esame delle ulteriori domande riconvenzionali avanzate dalla Stretto di Messina spa., essendo state queste proposte in via subordinata all'eventuale accoglimento delle domande attoree.

^^^^^^

#### **14 – Delimitazione del thema decidendum del giudizio RG n. 20740/2014.**

Passando, quindi, ad esaminare le domande avanzate nel giudizio RG n. 20740/2014, la Parsons Transportation Group Inc. ha chiesto accertarsi e dichiararsi la risoluzione del Contratto di Project Management Consulting, stipulato in data 16.1.2006 con la Stretto di Messina spa. per fatto e colpa di quest'ultima, nonché del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con conseguente condanna di tutti i convenuti a ristorare la Parsons di tutti i costi sostenuti o da sostenere, dei corrispettivi ancora dovuti e di tutti i danni sofferti.

In via subordinata, la Parsons ha chiesto di accertare e dichiarare il recesso esercitato dalla Stretto di Messina spa. in data 2.3.2013 e condannare la predetta e le altre Amministrazioni convenute al pagamento degli indennizzi previsti dall'art. 1671 c.c.; ovvero in subordine quelli previsti dall'art. 25.4 del Contratto; ovvero ancora in subordine previsti dall'art. 7 della Intesa PMC; ovvero in ulteriore subordine al pagamento delle somme previste dal citato art. 34 *decies* L. 221/2012, oltre in ogni caso al risarcimento degli ulteriori danni patiti a seguito della caducazione



del contratto e della mancata realizzazione dell'Opera.

Anche in tale giudizio, poi, la convenuta Stretto di Messina spa. ha proposto delle domande riconvenzionali. La prima, in via principale, è volta a sentir accertare e dichiarare l'avvenuta risoluzione del rapporto contrattuale tra la Parsons e Stretto di Messina spa. per effetto della avvenuta risoluzione del rapporto tra la Stretto di Messina spa. ed Eurolink; ovvero in subordine a norma dell'art. 1456 c.c., ovvero in ulteriore subordine per il grave inadempimento della Parsons agli obblighi contrattualmente assunti. Le altre domande sono state proposte in via subordinata, in caso di eventuale accoglimento in tutto o in parte delle domande proposte dalla Eurolink nel giudizio RG n. 16617/2013, ovvero in caso di eventuale accoglimento in tutto o in parte delle domande della Parsons.

AAAAAA

**15 – La domanda principale proposta dalla Parsons Transportation Group Inc.: la risoluzione del contratto per inadempimento della parte committente.**

Con la prima domanda, proposta in via principale, la Parsons ha chiesto che il contratto sia dichiarato risolto per il grave inadempimento della parte committente, sostenendo che la predetta avrebbe violato il principio di buona fede nella esecuzione del contratto omettendo di stipulare l'atto aggiuntivo di cui all'art. 34 *decies*, avvalendosi dello strumento normativo per esimersi dall'adempimento delle proprie obbligazioni contrattuali e per eliminare le possibili conseguenze restitutorie, risarcitorie o indennitarie.

Anche tale domanda non può trovare accoglimento, alla luce delle motivazioni già sopra esplicitate con riferimento alla analoga domanda proposta dalla Eurolink.

Ed invero, anche in tal caso, la parte attrice riconduce l'inadempimento esclusivamente alla decisione della parte committente ed in generale del Governo italiano di non realizzare più l'Opera.

Tuttavia, come già sopra evidenziato, la decisione della parte committente di non realizzare più l'opera appaltata non integra alcun inadempimento, anzi è espressione di un diritto potestativo riconosciuto al committente sia dal codice civile, sia dalla speciale disciplina in materia di appalti pubblici e prescinde da eventuali inadempimenti delle parti. L'appaltatore, quindi, non può vantare un diritto al risarcimento del danno per non aver potuto realizzare l'opera, atteso che l'interesse alla realizzazione dell'opera fa capo al solo committente. Ed infatti, all'esercizio di tale diritto potestativo non può conseguire un diritto risarcitorio in capo all'appaltatore, ma è previsto esclusivamente un diritto all'indennizzo, nella misura normativamente determinata.

Peraltro, come sopra già evidenziato, la parte committente può avvalersi di tale diritto potestativo anche quando la controparte abbia acquisito il diritto ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento della stessa Stazione appaltante e tale inadempienza abbia fatto valere. In tal caso, il vincolo contrattuale si scioglie comunque a seguito della manifestazione di volontà di recedere unilateralmente dallo stesso ed ogni questione atterrà al diverso piano delle



conseguenze economiche.

Parimenti, per i motivi già ampiamente esposti, non può considerarsi illegittimo costituzionalmente o contrario alla buona fede contrattuale l'aver utilizzato lo strumento normativo anziché quello amministrativo per esplicitare la volontà di recesso. Peraltro, anche l'art. 25 del contratto stipulato tra le parti, riconosce espressamente al *Soggetto aggiudicatore, a suo insindacabile giudizio, la facoltà di recedere dal Contratto in qualunque tempo e qualunque sia lo stato di esecuzione delle prestazioni oggetto del Contratto stesso*. Ed inoltre, con specifico riferimento alle eccezioni sollevate dalla Parsons, nessuna violazione appare ravvisabile in relazione al Trattato di amicizia tra l'Italia e gli Stati Uniti di America, essendo questo riferito al rapporto tra gli Stati contraenti e non tra uno Stato contraente ed i cittadini dell'altro.

Nel caso in esame, quindi, essendo la parte concedente receduta unilateralmente dal contratto, il vincolo contrattuale deve ritenersi estinto per tale causa.

La domanda di risoluzione va, pertanto, rigettata. Parimenti, va rigettata la conseguente domanda risarcitoria, atteso che –come già sopra evidenziato- la decisione di non realizzare l'opera appaltata non configura un inadempimento della parte committente, ma un atto lecito, cui derivano conseguenze economiche di diversa natura (indennitaria e non risarcitoria).

AAAAAA

**16 – La prima domanda subordinata proposta dalla Parsons Transportation Group Inc.: l'accertamento del recesso unilaterale della Stretto di Messina spa. in data 2.3.2013.**

La domanda di accertamento suindicata è fondata e va accolta, sulla base di tutte le argomentazioni già esposte, anche con riferimento alle domande proposte dalla Eurolink.

A tal fine, infatti, è sufficiente ricordare che il DL. n. 187 del 2012 (e successivamente l'art. 34 *decies* Legge 221/2012) ha stabilito che -in caso di mancata stipulazione tra le parti di un atto aggiuntivo entro il termine dell'1.3.2013- dovevano ritenersi caducati, con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto (2.11.2012), tutti gli atti relativi ai rapporti di concessione, nonché le convenzioni ed ogni altro rapporto contrattuale stipulato dalla società concessionaria.

Di conseguenza, non essendo stato stipulato alcun atto aggiuntivo nel termine previsto dal citato decreto legge, il Contratto di Project Management Consulting stipulato tra la Stretto di Messina spa. e la Parsons deve ritenersi caducato, e cioè il vincolo contrattuale deve ritenersi sciolto a seguito del recesso unilaterale della parte committente. Del resto, la stessa parte committente Stretto di Messina s.p.a. –in data 2.3.2013- ha comunicato alla Parsons essere intervenuta, con effetto dal 2.11.2012, la caducazione del Contratto di affidamento a Contraente generale in ragione delle previsioni del decreto legge medesimo, con ciò manifestando la volontà unilaterale di non voler proseguire nel rapporto contrattuale e di non aver più interesse alla realizzazione dell'Opera.

Come si è già più volte ripetuto, gli effetti prodotti dal Decreto Legge in questione sono



riconducibili a quelli del recesso unilaterale della parte committente. Ed invero, il predetto atto normativo ha disposto la caducazione del contratto, e quindi ha sciolto unilateralmente il vincolo contrattuale prescindendo totalmente dal comportamento della controparte e da eventuali inadempimenti ad essa riconducibili, ma facendo riferimento esclusivamente a circostanze estrinseche al contratto stesso, (quali *“l’attuale stato di tensione nei mercati finanziari internazionali, la verifica, a tutela della finanza pubblica, della sostenibilità del piano economico finanziario del collegamento stabile viario e ferroviario tra Sicilia e Continente”*).

Alla riconducibilità della caducazione *ex lege* del contratto alla fattispecie del recesso unilaterale del committente, inoltre, non osta la circostanza che lo stesso sia stato adottato dal Governo (e quindi formalmente da soggetto diverso dalla parte contraente), attesa la natura di società *in house* della Stretto di Messina spa., la quale –come si è detto sopra- non può essere considerata un soggetto diverso dagli enti pubblici che ne rappresentano i soci ed, in generale, dall’Amministrazione concedente (originariamente il Ministero per i lavori pubblici e per i trasporti e l’aviazione civile e, successivamente, a seguito dell’entrata in vigore del D.Lgs. n. 114 del 2003, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti).

Sicchè, può dichiararsi che il Contratto di Project Management Consulting stipulato in data 16.1.2006 tra la Stretto di Messina spa. e la Parsons Transportation Group Inc. si è sciolto a seguito del recesso unilaterale della parte committente con effetto dal 2.11.2012. Infatti, il recesso è stato manifestato secondo le modalità previste dal contratto (in particolare l’art. 25.2 stabilisce che il committente debba comunicare la volontà di recedere con lettera raccomandata A/R), mentre la decorrenza degli effetti è quella stabilita dal DM 187/2012 (poi trasfuso nell’art. 34 *decies* Legge 221/2012), intervenuto a disciplinare in via diretta la presente fattispecie.

Del resto, come affermato dalla Suprema Corte, *“In tema di appalto di lavori pubblici, il recesso “ad nutum” del committente previsto dall’art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F - diversamente dall’annullamento d’ufficio, che postula il riesame della legittimità dell’atto amministrativo da parte della P.A. che lo ha adottato, nell’ambito del suo potere di autotutela - è espressione di un diritto potestativo il cui esercizio, può avere luogo in qualsiasi momento e non richiede particolari presupposti, ma solo un’apposita manifestazione di volontà dell’Amministrazione. (Sez. 1, Sentenza n. 20811 del 02/10/2014, Rv. 632494 - 01)”*.

\*\*\*\*\*

**17 – Le domande riconvenzionali proposte dalla Stretto di Messina spa. sub nn. 5), 6), 7), 8), 9), 10) della comparsa di costituzione nel giudizio RG n. 20740/2014.**

L’accoglimento della suindicata domanda e tutte le considerazioni già esposte impediscono l’accoglimento delle domande riconvenzionali proposte dalla Stretto di Messina spa. sub nn. 5), 6), 7), 8), 9), 10) della comparsa di costituzione nel giudizio RG n. 20740/2014.

Ed invero, essendo la parte concedente receduta unilateralmente dal contratto, il vincolo contrattuale deve ritenersi estinto per tale causa e non possono, quindi, trovare accoglimento le domande volte ad accertare e dichiarare l’avvenuta risoluzione del rapporto contrattuale tra la



Parsons e Stretto di Messina spa. per effetto della avvenuta risoluzione del rapporto tra la Stretto di Messina spa. ed Eurolink; ovvero in subordine a norma dell'art. 1456 c.c., ovvero in ulteriore subordine per il grave inadempimento della Parsons agli obblighi contrattualmente assunti, (proposte sub 5), 6), 7).

Superfluo, invece, è l'esame delle domande riconvenzionali sub 8) e 9), in quanto proposte in via subordinata in caso di accoglimento anche parziale delle domande proposte dalla Eurolink nel giudizio RG n. 16617/2013, che invece sono state tutte rigettate.

Parimenti superfluo è l'esame della domanda riconvenzionale proposta sub 10), in quanto proposta in via subordinata alla dichiarazione della risoluzione del contratto tra Stretto di Messina spa. ed Eurolink per fatto e colpa di quest'ultima, mentre –come si è detto- tale vincolo contrattuale si è sciolto a seguito del recesso unilaterale della parte committente.

\*\*\*\*\*

**18 – Le ulteriori domande proposte dalla Parsons Transportation Group Inc. in via subordinata: il pagamento dell'indennizzo conseguente al recesso unilaterale della parte committente.**

Dopo aver chiesto l'accertamento dell'intervenuto recesso dal contratto da parte della Stretto di Messina spa., la Parsons ha chiesto condannarsi la Stretto di Messina spa. in liquidazione, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in solido tra loro o ciascuno per quanto di ragione, al pagamento degli indennizzi conseguenti al suddetto recesso unilaterale, così come previsti dalle seguenti disposizioni:

1. in via principale dall'art. 1671 c.c. (quantificati in € 29.855.878,00 a titolo di spese sostenute e da sostenere o di corrispettivi dovuti al netto di quelli già ricevuti, ed in € 20.084.950,29 a titolo di mancati utili);
2. in subordine dall'art. 25.4 del Contratto (quantificati in € 2.102.980,65 a titolo di saldo per le prestazioni contrattualmente previste ed in concreto eseguite; € 4.837.308,12 per le prestazioni non contrattualizzate eseguite; € 16.051.960,00 pari al 10% dei 4/5 di € 200.849.502,90);
3. in ulteriore subordine dall'art. 7 della Intesa PMC (quantificati in € 2.102.980,65 a titolo di saldo per le prestazioni contrattualmente previste ed in concreto eseguite; € 4.837.308,12 per le prestazioni non contrattualizzate eseguite; € 3.740.979,00 per costi di smobilizzo; € 8.025.980,00 pari al 5% dei 4/5 di € 200.849.502,90);
4. in estremo subordine dall'art. 34 *decies* della Legge 221/2012 (quantificati in € 2.102.980,65 a titolo di saldo per le prestazioni contrattualmente previste ed in concreto eseguite; € 1.957.377,94 quale 10% dell'ammontare complessivo delle prestazioni eseguite –pari ad € 19.573.779,41; € 4.837.308,12 a titolo di saldo delle prestazioni



addizionali richieste dalla Stretto di Messina spa. e direttamente eseguite; € 483.730,81 quale 10% dell'ammontare delle suddette prestazioni.

Deve, altresì, evidenziarsi che gli importi relativi alle prime tre ipotesi vengono richiesti previa disapplicazione, nella misura ritenuta necessaria, delle disposizioni di cui al DL 187/2012, così come sostituito dall'art. 34 *decies* della Legge n. 221/2012, ovvero previa sottoposizione della domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE, ovvero previa sottoposizione della questione dei legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 10, 24, 41, 42, 43, 97, 113 e 117 della Costituzione.

^^^

Orbene, il Contratto stipulato tra la Stretto di Messina spa. e la Parsons Transportation Group Inc. in data 16.1.2006 aveva ad oggetto l'affidamento dei servizi di Project Management Consulting in relazione alle attività concernenti la progettazione definitiva ed esecutiva e la realizzazione dell'attraversamento stabile dello Stretto di Messina. In particolare, ai sensi dell'art. 3 del contratto, questo aveva ad oggetto *l'espletamento, secondo le prescrizioni tecniche ed in conformità al Contratto, di tutte le attività di assistenza tecnica, amministrativa, gestionale ed ambientale occorrenti al Committente, in relazione alla progettazione definitiva ed esecutiva ed alla realizzazione dell'Opera e delle Opere e Misure Mitigatrici e Compensative dell'Impatto Ambientale, Territoriale e Sociale*, con particolare riferimento alle seguenti attività:

- a) *controllo e verifica delle attività di pianificazione e programmazione del Contraente Generale e del Monitore Ambientale;*
- b) *controllo e verifica della progettazione definitiva ed esecutiva;*
- c) *controllo e verifica delle attività relative a procedure espropriative e di asseveramento;*
- d) *assistenza al committente durante gli iter approvativi, da parte del CIPE, del Progetto Definitivo, del Progetto di Monitoraggio Ambientale, Territoriale e Sociale, nonché, nei casi previsti, del progetto Esecutivo;*
- e) *attività di assistenza nelle fasi del Collaudo provvisorio e del Collaudo definitivo, ivi comprese le fasi del pre-esercizio ferroviario da parte di Rete Ferroviaria Italiana e di ultimazione dei lavori;*
- f) *sorveglianza del sistema di gestione per la qualità nelle fasi di elaborazione del Progetto Definitivo e del Progetto Esecutivo e nella fase realizzativa;*
- g) *sorveglianza dei sistemi di gestione, salute e sicurezza;*
- h) *sorveglianza dei sistemi di gestione ambientale;*
- i) *controllo, verifica, integrazione e rielaborazione del progetto di Monitoraggio Ambientale, Territoriale e Sociale;*
- j) *attività relative all'esame ed istruttoria delle riserve, dei contenziosi e dei problemi contrattuali relativi agli affidamenti al Contraente Generale ed al Monitore Ambientale.*

Poi, nel Capitolato d'oneri allegato al Contratto risulta specificato che la Stretto di Messina spa. (essendo concessionaria per il finanziamento, la progettazione, la realizzazione e la gestione del collegamento stabile tra la Sicilia ed il Continente ed avendo affidato ad un Contraente generale la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e la realizzazione dell'Opera) ha



ritenuto –in considerazione dell’importanza e della complessità dell’appalto- di indire una gara per la selezione di un Project Management Consultant, al fine di garantire al Committente *“l’assistenza tecnica, amministrativa, gestionale ed ambientale in tutte le fasi di progettazione, realizzazione e collaudo affinché queste siano sviluppate con efficienza, efficacia e nel rispetto dei tempi, dei costi, dei requisiti di sicurezza e di qualità stabiliti”*. In particolare, viene specificato che *“al PMC sarà richiesto di eseguire tutti quei servizi ed attività di gestione, monitoraggio e controllo a supporto del Committente nel raggiungimento degli obiettivi prefissati”* ivi comprese le attività di *Alta Sorveglianza*, comprendenti la costante e continua verifica dello stato e dell’andamento del progetto, sotto i seguenti profili: tecnico e scientifico; ambientale; economico; organizzativo; rispetto dei programmi; rispetto di tutte le Leggi, norme e condizioni contrattuali; rapporti con tutti gli Enti ed Autorità interessati. Viene, altresì, specificato che il PMC avrà: il ruolo di indirizzo e di guida complessivi del progetto, con tempestiva identificazione e di eventuali deviazioni, anomalie o problematiche in genere; l’individuazione, la richiesta ed il controllo delle opportune azioni correttive; il controllo e la verifica degli aspetti tecnici afferenti alla progettazione e realizzazione delle opere ai fini dell’approvazione e/o dell’accettazione delle stesse da parte del Committente. Inoltre, il PMC dovrà verificare che la progettazione e la realizzazione delle opere vengano gestite e condotte in modo tale da assicurare il conseguimento degli obiettivi, delle prestazioni, dei requisiti e dei livelli qualitativi attesi dal Committente nelle specifiche tecniche del contratto tra Stretto di Messina spa. ed il Contraente Generale.

L’attività del Project Management Consultant, infine, doveva estendersi anche alla fase relativa alla esecuzione dei lavori, dovendo in tale fase assicurare la necessaria continuità ed interfaccia tra la progettazione e la costruzione, attraverso la presenza stabile in cantiere, coerentemente con il programma dei lavori. Tale supporto doveva riguardare: le attività di verifica della progettazione che dovessero estendersi durante la fase di costruzione; la soluzione di problemi contingenti relativi al monitoraggio ed alla costruzione; la valutazione dell’esito di prove ed ispezioni e più in generale l’interfaccia con il Controllo Qualità; la valutazione delle proposte di varianti progettuali in corso d’opera e della successiva verifica della progettazione; il supporto tecnico-progettuale per la gestione delle riserve, contenziosi e problemi contrattuali; il supporto tecnico-progettuale per le attività di collaudo; il supporto per le procedure espropriative.

Sicché, il contratto in questione ha dunque ad oggetto l’espletamento di tutte le attività che solitamente vengono poste in essere dalla parte committente, finalizzate al controllo della corretta esecuzione del contratto in tutte le relative fasi ed alla verifica della corretta realizzazione dell’Opera. L’oggetto di tale contratto risulta, pertanto, strettamente ed intimamente legato al Contratto di affidamento a Contraente Generale, dovendone verificare in ogni sua fase la regolare e corretta esecuzione.

La sostanziale coincidenza tra le attività che dovevano essere svolte dalla parte committente e quelle che dovevano essere svolte dal Project Management Consultant consente di ritenere applicabile al Contratto stipulato tra la Stretto di Messina spa. e la Parsons la disciplina speciale in materia di appalti di opere pubbliche.

Ciò posto, devesi osservare che il bando di gara per l’affidamento dei servizi di Project



Management Consulting risale al 2004, mentre il contratto tra le parti risulta stipulato in data 16.1.2006. Di conseguenza, la normativa applicabile nella fattispecie in esame è quella dettata dalla Legge n. 109 del 1994 e dal relativo regolamento di attuazione DPR n. 554 del 1999. E comunque, come già sopra evidenziato, la disciplina relativa ai criteri di determinazione dell'indennizzo in caso di recesso unilaterale del committente è rimasta immutata nel tempo ed è stata poi integralmente trasfusa nell'art. 134 del D.Lgs. 163/2006.

Orbene, in base agli artt. 345 L.gen. Lavori Pubblici del 1865; 41 del cap.gen. Min. ll.pp. del 1962; 122, comma 1 del DPR n. 554 del 1999 e, successivamente, 134 del D.Lgs. n. 163 del 2006, la stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite.

Sicchè, l'Amministrazione deve, in primo luogo, procedere al pagamento dei lavori eseguiti dall'appaltatore al momento in cui viene comunicato l'atto di recesso. In secondo luogo, deve pagare all'appaltatore "il valore dei materiali utili esistenti in cantiere" che siano stati già accettati dal direttore dei lavori prima della comunicazione dello scioglimento del contratto. Infine, dovrà essere corrisposta all'appaltatore una somma pari al decimo dell'importo delle opere che rimangono ineseguite. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite va calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti.

Come già sopra evidenziato, tale criterio di determinazione dell'indennizzo deve ritenersi tassativo ed inderogabile dall'autonomia privata dei contraenti, in quanto rispondente a finalità pubblicistiche.

In ogni caso, devesi evidenziare che criterio analogo a quello previsto dalla normativa generale sugli appalti pubblici risulta inserito anche nel contratto stipulato tra le parti in data 16.1.2006. In particolare, l'art. 25.4 –nel disciplinare le conseguenze del recesso unilaterale della parte committente- stabilisce che "All'appaltatore, a definitiva e completa tacitazione di ogni diritto e pretesa, verrà riconosciuto esclusivamente il pagamento delle prestazioni correttamente eseguite al momento della ricezione della comunicazione di cui al precedente art. 25.2, secondo i corrispettivi e le condizioni di Contratto, nonché il 10% (dieci per cento) dell'importo delle prestazioni non eseguite fino ai quattro quinti dell'importo del Contratto, con espressa esclusione di ogni altro riconoscimento, a qualsivoglia titolo richiesto. Si precisa che, a tal fine, per importo di Contratto si intende l'importo di cui al precedente art. 7.1, come modificato a termini di Contratto sino al momento del recesso".

Tuttavia, nonostante la normativa specifica in materia di appalti pubblici e nonostante la suddetta pattuizione contrattuale, il DL 187/2012, così come sostituito dall'art. 34 *decies* della Legge n. 221/2012, nel disporre la caducazione di tutti i contratti stipulati dalla Stretto di Messina spa. (e quindi anche del Contratto di affidamento dei servizi di Project Management Consulting alla Parsons), è intervenuto a dettare dei criteri specifici per la liquidazione della indennità spettante al privato contraente, che trovano applicazione solo nella fattispecie in esame. In particolare, il comma 3 stabilisce che "gli effetti della caducazione dei vincoli contrattuali



*comportano esclusivamente il riconoscimento di un indennizzo costituito dal pagamento delle prestazioni progettuali contrattualmente previste e direttamente eseguite e dal pagamento di una ulteriore somma pari al 10 per cento dell'importo predetto".*

Tali criteri sono diversi rispetto a quelli previsti dalla normativa generale in tema di appalti pubblici, e –come anche può desumersi dalla quantificazione effettuata dalla parte attrice nell'atto di citazione- portano alla determinazione di una indennità in misura inferiore.

Orbene, alla luce di tale discrepanza nei criteri di calcolo dell'indennità, appaiono rilevanti e non manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale della norma sollevati dalla attrice Parsons, con riferimento agli aspetti che verranno meglio esplicitati come da separata ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale.

^ ^ ^ ^ ^ ^ ^ ^

### **19 – Conclusioni.**

In conclusione, sulla base di tutte le suesposte considerazioni, vanno rigettate tutte le domande proposte dalle società EUROLINK S.c.p.a. e IMPREGILO S.p.a. (quale mandataria dell'ATI con le imprese Sacyr S.a., Società Italiana per Condotte D'Acqua S.p.a., Cooperativa Muratori & Cementisti – CMC di Ravenna Soc.coop. a r.l., Ishikawajima – Harima Heavy Industries CO. Ltd., Argo Costruzioni Infrastrutture S.c.p.a. Consorzio stabile) nel giudizio RG. n. 16617/2013.

Vanno parimenti rigettate le domande proposte dalle società chiamate in causa Sacyr S.a., Società Italiana per Condotte D'Acqua S.p.a., Cooperativa Muratori & Cementisti – CMC di Ravenna Soc.coop. a r.l., Ishikawajima – Harima Heavy Industries CO. Ltd., Argo Costruzioni Infrastrutture S.c.p.a. Consorzio stabile nel giudizio predetto.

Vanno altresì rigettate le domande riconvenzionali proposte dalla Stretto di Messina spa.

Tenuto conto della eccezionale complessità delle questioni trattate, della parziale soccombenza reciproca e della evidente incertezza dell'esito del giudizio, appaiono sussistenti i presupposti per disporre la integrale compensazione delle spese di lite tra tutte le parti del giudizio RG. n. 16617/2013.

Va tenuto conto, infatti, di quanto recentemente statuito dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 77 del 19.4.2018, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'articolo 92, comma 2 c.p.c. "nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni". In particolare, la Corte costituzionale ha ritenuto che la fattispecie prevista dalla disposizione censurata relativa alla assoluta novità della questione sia riconducibile, più in generale, a una situazione di oggettiva e marcata incertezza, non orientata dalla giurisprudenza e in relazione alla quale si possono ipotizzare altre analoghe situazioni di assoluta incertezza, in diritto o in fatto, della lite, anch'esse riconducibili a "gravi ed eccezionali ragioni". Orbene, nel caso in esame la oggettiva incertezza della interpretazione giurisprudenziale in ordine ai rapporti in esame appare



integrare l'ipotesi presa in considerazione dalla Corte costituzionale.

AAAA

Quanto al giudizio riunito RG n. 20740/2014, va rigettata la domanda principale proposta dalla Parsons Transportation Group Inc., volta a sentir dichiarare la risoluzione del Contratto stipulato con la Stretto di Messina spa. in data 16.1.2006 per l'inadempimento della parte committente.

Vanno, parimenti, rigettate le domande riconvenzionali proposte dalla Stretto di Messina spa. sub nn. 5), 6), 7), 8), 9), 10) della comparsa di costituzione nel giudizio RG n. 20740/2014.

Per contro, in accoglimento della prima domanda subordinata proposta dalla Parsons Transportation Group Inc., va accertato che il Contratto di affidamento dei servizi di Project Management Consulting stipulato in data 16.1.2006 tra la Stretto di Messina spa. e la Parsons Transportation Group Inc. si è sciolto a seguito del recesso unilaterale della parte committente con effetto dal 2.11.2012.

Come da separata ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale, va invece disposta la sospensione del giudizio relativamente alle ulteriori domande subordinate proposte dalla Parsons Transportation Group Inc., nonché alle domande riconvenzionali proposte dalla Stretto di Messina spa. sub 11) e 12) della comparsa di costituzione nel giudizio RG n. 20740/2014, in quanto subordinate all'accoglimento anche parziale delle domande di condanna avanzate dalla Parsons nei suoi confronti.

#### P.Q.M.

Il Tribunale di Roma in composizione collegiale, definitivamente pronunciando con riferimento al giudizio RG. n. 16617/2013 e non definitivamente pronunciando con riferimento al giudizio RG. n. 20740/2014, così provvede:

**a) RIGETTA** le domande proposte dalle società EUROLINK S.c.p.a. e IMPREGILO S.p.a. (quale mandataria dell'ATI con le imprese Sacyr S.a., Società Italiana per Condotte D'Acqua S.p.a., Cooperativa Muratori & Cementisti – CMC di Ravenna Soc.coop. a r.l., Ishikawajima – Harima Heavy Industries CO. Ltd., Argo Costruzioni Infrastrutture S.c.p.a. Consorzio stabile) nel giudizio RG. n. 16617/2013;

**b) RIGETTA** le domande proposte dalle società chiamate in causa Sacyr S.a., Società Italiana per Condotte D'Acqua S.p.a., Cooperativa Muratori & Cementisti – CMC di Ravenna Soc.coop. a r.l., Ishikawajima – Harima Heavy Industries CO. Ltd., Argo Costruzioni Infrastrutture S.c.p.a. Consorzio stabile nel giudizio RG. n. 16617/2013;

**c) RIGETTA** le domande riconvenzionali proposte dalla Stretto di Messina spa. nel giudizio RG. n. 16617/2013;



**d) DICHIARA** integralmente compensate le spese di lite tra tutte le parti del giudizio RG. n. 16617/2013;

**e) RIGETTA** la domanda principale proposta dalla Parsons Transportation Group Inc. nel al giudizio riunito RG n. 20740/2014, volta a sentir dichiarare la risoluzione del Contratto stipulato con la Stretto di Messina spa. in data 16.1.2006 per l'inadempimento della parte committente;

**f) RIGETTA** le domande riconvenzionali proposte dalla Stretto di Messina spa. sub nn. 5), 6), 7), 8), 9), 10) della comparsa di costituzione nel giudizio RG n. 20740/2014.

**g)** in accoglimento della prima domanda subordinata proposta dalla Parsons Transportation Group Inc., **ACCERTA** che il Contratto di affidamento dei servizi di Project Management Consulting stipulato in data 16.1.2006 tra la Stretto di Messina spa. e la Parsons Transportation Group Inc. si è sciolto a seguito del recesso unilaterale della parte committente con effetto dal 2.11.2012.

**h) DISPONE** la separazione delle ulteriori domande subordinate proposte dalla Parsons Transportation Group Inc., nonché delle domande riconvenzionali proposte dalla Stretto di Messina spa. sub 11) e 12) della comparsa di costituzione nel giudizio RG n. 20740/2014, come da separata ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 16.10.2018.

Il Presidente

Il Giudice estensore

Dott. Stefano Cardinali

Dott.ssa Cecilia Bernardo

