

N. 01053/2014REG.PROV.COLL.
N. 08180/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8180 del 2012, proposto dalla società Sinco S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Petrarota, Carlo Polisenò e Francesco Muscatello, con domicilio eletto presso l'avv. Federico Bailo – studio Venettoni in Roma, via C. Fracassini, 18;

contro

Rete Ferroviaria Italiana - Rfi Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via della Vite, 7;

per la riforma della sentenza del t.a.r. puglia – bari, sezione iii, n. 01174/2012, resa tra le parti, concernente risarcimento del danno subito, a seguito di diniego di deroga ex art. 60 d.p.r. 11.7.1980, n. 753;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana - Rfi Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2014 il Cons. Gabriella De Michele e uditi per le parti gli avvocati Petrarota e D'Amelio;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con l'atto di appello in esame (n. 8180/12, notificato il 25.10.2012) è stata impugnata la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, sez. III, n. 1174/12 del 16.11.2012, che non risulta notificata, con la quale veniva respinto il ricorso proposto dalla società SINCO s.r.l., per ottenere da Rete Ferroviaria Italiana – Gruppo Ferrovie dello Stato (R.F.I.) – il risarcimento del danno, per la mancata realizzazione di una struttura da destinare a multisala cinematografica.

Nella citata sentenza si rilevava, sostanzialmente, come non fosse stata dimostrata l'effettiva riconducibilità del danno a responsabilità esclusive di R.F.I., essendo intervenuti nella vicenda “fattori, costituenti una diversa e autonoma concatenazione causale”, produttiva del danno stesso. In particolare, il mancato completamento dell'operazione imprenditoriale pianificata sarebbe dipeso – dopo un accordo intervenuto tra Sinco s.r.l. e R.F.I. il 12.3.2009 – dagli effetti di un ricorso proposto da un diverso soggetto giuridico (Cinema Galleria s.r.l.), ricorso che aveva comportato l'annullamento di diversi atti, prodromici alla realizzazione della struttura di cui trattasi. Gli ulteriori atti di R.F.I., antecedenti all'accordo intervenuto nel 2009, inoltre, non erano stati ritenuti illegittimi in sede giudiziale, in quanto due ricorsi, al riguardo presentati, risultavano il primo respinto ed il secondo dichiarato inammissibile, con successiva rinuncia all'appello, proposto avverso la decisione di rigetto.

In sede di appello veniva ripercorsa la complessa vicenda, avviata il 21.10.2005 con l'acquisto, da parte di Sinco s.r.l., della proprietà di un'area, sita nel Comune di Bari, sulla quale la vigente normativa urbanistica consentiva la realizzazione di "attrezzature per il tempo libero ed attività ricreative", con già avvenuto rilascio (rispettivamente, in data 23.12.2002 e 10.10.2005) di concessione edilizia e successivo permesso di costruire in variante, per la realizzazione di un parco permanente attrezzato, nell'ambito del quale era già stata autorizzata l'apertura di una multisala cinematografica.

A tale riguardo, il 14.3.2006 la società acquirente presentava richiesta di proroga per l'ultimazione dell'opera (originariamente prevista per il 20.10.2006), ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 380/2001, ma riceveva, il 13.4.2006, preavviso di decadenza della concessione edilizia e del permesso di costruire sopra ricordati, in quanto l'area oggetto dell'intervento risultava interessata dal tracciato della infrastruttura ferroviaria, di cui alla legge obiettivo n. 443/2001, con progetto preliminare approvato dal Cipe il 29.9.2004 ed automatica variazione degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati. Successivamente, Sinco assumeva l'iniziativa di impugnare l'approvazione del progetto preliminare della tratta ferroviaria in questione, ma il 27.9.2006 intervenivano comunque, da parte del Comune di Bari, diniego di proroga e declaratoria di decadenza della concessione edilizia, sulla base di intervenuto diniego di deroga dai limiti dell'area inedificabile, emesso da R.F.I. il 22.9.2006 e non comunicato alla società interessata.

Tali atti venivano tutti ritualmente impugnati e, nell'ambito del giudizio avviato, si registravano rigetto da parte del TAR e accoglimento da parte del Consiglio di Stato delle domande cautelari, riferite alla proroga del

termine finale per l'ultimazione dei lavori ed alla deroga alle distanze dal fascio dei binari. In sede di merito, tuttavia, il ricorso era respinto in primo grado di giudizio e l'appello presentato non aveva ulteriore corso, essendo intervenuta tra Sinco e R.F.I. una fase transattiva, che conduceva sia al rilascio della deroga in precedenza negata, sia ad un nuovo permesso di costruire, nonché alla proroga dei termini previsti per l'ultimazione della multisala. Anche questi ultimi atti, però, venivano annullati dal TAR, con sentenza n. 3264 del 29.7.2010, notificata il 3.9.2010, a seguito del già menzionato ricorso proposto da una società concorrente (Cinema Galleria s.r.l.). In tale contesto, Sinco s.r.l. riteneva inutile la proposizione di appello avverso la citata sentenza n. 3264/2010 (essendo ormai in scadenza il periodo di proroga, in precedenza ottenuto per la realizzazione dell'opera progettata) e ravvisava la responsabilità esclusiva di R.F.I. per il danno subito, con conseguente proposizione dell'azione risarcitoria, attualmente in esame.

Nella presente sede di appello sono state rappresentate ragioni difensive, riferite ad "erroneità ed illegittimità della sentenza gravata: violazione del d.lgs. n. 104/2010, della legge n. 68/2009 e dell'art. 2043 cod. civ.; difetto di motivazione e travisamento". Secondo la parte appellante, sarebbe infatti "immediatamente percepibile" la riconducibilità del danno subito alla posizione assunta da R.F.I., risultando "travisante e fuorviante" la motivazione della sentenza appellata, nella parte in cui pone l'evento produttivo di danno a valle dell'intera vicenda, conclusa con la ricordata pronuncia del TAR Puglia n. 3264/2010. Solo il blocco dell'iniziativa dell'appellante da parte di R.F.I. avrebbe determinato la perdita dell'autorizzazione all'apertura della multisala per mancanza del titolo

edilizio: mancanza, che sarebbe stata appunto conseguenza “immediata e diretta” del diniego di compatibilità del parcheggio pertinenziale con l’area di rispetto, poi oggetto di (tardivo) provvedimento di deroga. La vicenda successiva – nell’ambito della quale Sinco si vedeva costretta a recedere dal completamento del progetto avviato – non sarebbe stata “idonea ad interrompere il rapporto di causa / effetto tra il danno conclusivamente subito dall’attuale appellante e “l’ostracistica condotta foriera di pregiudizio” di R.F.I.. Se la deroga fosse stata tempestivamente concessa, infatti, l’opera avrebbe potuto essere legittimamente conclusa in base alla prima concessione edilizia, non intaccata dalla successiva modifica delle norme urbanistiche. Nel contesto appena descritto il margine di discrezionalità – ordinariamente spettante a R.F.I. per la concessione di detta deroga – avrebbe dovuto ritenersi “eroso”, tanto da configurare il relativo rilascio come atto vincolato, tenuto conto della non applicabilità dei vincoli sopravvenuti alla concessione edilizia già rilasciata. La medesima appellante sottolineava quindi la proponibilità in via autonoma dell’azione risarcitoria – ormai oggetto di regolamentazione, a norma degli articoli 7 e 30 del codice del processo amministrativo, dopo i contrasti interpretativi insorti sulla cosiddetta pregiudiziale amministrativa – indipendentemente dalla tutela conseguibile attraverso l’annullamento dell’atto lesivo. Avrebbe dovuto pertanto riconoscersi, nella fattispecie, la sussistenza dei presupposti della responsabilità extra-contrattuale di R.F.I., sul piano sia soggettivo (responsabilità per comportamento illogico e contraddittorio), sia dell’effettiva consistenza del danno (analiticamente valutato in misura pari ad €. 18.826.716,49), “nel solco inaugurato dalla sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 500/1999”.

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., costituitasi in giudizio, sottolineava viceversa l'assenza dei presupposti dell'azione, chiedendo il rigetto dell'impugnativa. Su tale base, approfondita con successive memorie difensive, nell'udienza in data odierna la causa è passata in decisione.

DIRITTO

La questione sottoposta all'esame del Collegio concerne il risarcimento dei danni, richiesto dalla società Sinco s.r.l., acquirente, in data 21.12.2005, di un'area sulla quale era stata assentita – con concessione edilizia n. 386/2000 – la costruzione di una struttura da destinare a multisala cinematografica. Già alla data dell'acquisto e del subentro nella predetta concessione, nella medesima area era intervenuta una variazione degli strumenti urbanistici, a seguito di delibera del CIPE n. 46/2004, riferita ad un progetto di raddoppio della tratta ferroviaria, in rapporto al quale il parcheggio pertinenziale alla multisala risultava ricadente in area inedificabile, in quanto compreso nella fascia di rispetto del binario esterno. In tale contesto prendeva avvio una complessa vicenda – già sommariamente delineata nella parte in fatto della presente decisione – nell'ambito della quale insorgevano difficoltà per la richiesta proroga della concessione edilizia, che veniva infine dichiarata decaduta, non avendo la società Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (RFI) accordato una deroga alla distanza minima dai binari, stabilita dall'art. 49 del d.P.R. n. 753/1980.

In particolare, in rapporto alla richiesta di deroga di cui sopra, la predetta società RFI emetteva in un primo tempo (19.5.2006) un atto soprassessorio (asserendo di non poter prendere in esame l'istanza, mentre era in corso l'attività di tracciamento della nuova sede ferroviaria) e poi – dopo l'approvazione del progetto definitivo (con delibera del CIPE n. 95 del

29.3.2006) formale diniego con atto in data 22.9.2006, di cui Sinco s.r.l. acquisiva conoscenza dal provvedimento di decadenza della concessione edilizia, emesso dal Comune di Bari il 27.9.2006. Successivamente – in pendenza di appello avverso gli atti sopra indicati, dopo il rigetto del ricorso avverso gli stessi in primo grado – interveniva un accordo fra le parti interessate: accordo, a seguito del quale Sinco rinunciava al proprio appello, RFI accordava la deroga ed il Comune di Bari, anziché prorogare ulteriormente la concessione edilizia n. 386/2000, rilasciava un nuovo permesso di costruire (n. 138/2009), con termine triennale per l'ultimazione delle opere, poi prorogato fino al 18 gennaio 2011. L'epilogo della vicenda, come in precedenza ricordato, partiva tuttavia dall'iniziativa di un soggetto terzo (Cinema Galleria), che impugnava la nuova concessione edilizia e ne otteneva l'annullamento il 29.7.2010 (con sentenza del TAR Puglia n. 3264/10), determinando la rinuncia al progetto della multisala cinematografica da parte di Sinco (che riteneva, a tal punto, di non poter più completare le opere entro il termine sopra indicato, tenuto conto anche dell'entrata in vigore della legge regionale n. 8 del 21.5.2008, impositiva di nuovi requisiti – difformi dal progetto in corso di attuazione – per l'apertura di cinema multisala). La medesima Sinco individuava, quindi, come responsabile unica del danno subito la società affidataria delle opere ferroviarie, R.F.I. s.p.a., il cui originario diniego di deroga dalle distanze minime sarebbe stato causa degli eventi successivi.

Tale prospettazione deve essere raffrontata con i principi che regolano il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, nei termini enunciati in un primo tempo dalla nota sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999 e poi confermati da una consolidata

giurisprudenza, nonché, da ultimo dall'art. 30 del codice del processo amministrativo, che ha disciplinato la questione della cosiddetta "pregiudiziale amministrativa", per azioni risarcitorie connesse all'emanazione di provvedimenti amministrativi, la cui illegittimità non sia stata accertata in sede giurisdizionale. Nel caso di specie, infatti, l'appellante riconduce il danno subito ad un atto (diniego di deroga) su cui l'accertamento di legittimità – concluso sfavorevolmente per la ricorrente in primo grado di giudizio, ma oggetto di transazione in pendenza di appello, con superamento dell'atto negativo originariamente emesso – non ha ricevuto conclusiva disamina in ultimo grado di giudizio, per rinuncia della stessa società interessata.

La valutazione delle tesi difensive dell'appellante presuppone quindi un accertamento, avente ad oggetto sia l'ingiustizia, o meno, del danno subito, sia il rapporto di consequenzialità fra l'atto lesivo – indicato dalla medesima appellante come causa esclusiva del pregiudizio – e l'esito della vicenda cui tale danno è connesso, sia infine la colpa dell'autorità emanante l'atto in questione, nella accezione e sulle basi probatorie, che la giurisprudenza ha elaborato al riguardo (cfr., tra le pronunce più recenti, Cass. SS.UU., 16.12.2010, n. 25395; Cons. St., sez. V, 32.7.2012, n. 4345, 16.9.2011, n. 5173, 2.11.2011, n. 5837 e 29.11.2011, n. 6296; Cons. St., sez. IV, 26.3.2012, n. 1750 e 6.12.2011, n. 6403; Cons. St., sez. VI, 19.3.2012, n. 1525).

Ad avviso del Collegio, nella situazione in esame i presupposti sopra indicati non appaiono, come necessario, integralmente sussistenti.

In effetti, nella vicenda in questione la società RFI risulta essere intervenuta tre volte: la prima in data 19.5.2006, affermando di non poter concedere

deroghe rispetto ai limiti di distanza, per mancata definizione all'epoca del tracciato ferroviario, la seconda il 22.9.2006, negando detta deroga e la terza nel marzo 2009, in esito ad una fase transattiva che aveva coinvolto anche altre società, con finale rilascio della deroga richiesta. Degli atti sopra indicati, la valenza lesiva sarebbe riconducibile solo al secondo dei citati provvedimenti (essendo l'atto soprassessorio temporaneo, nonché giustificato dalla non ancora intervenuta approvazione del progetto definitivo della rete ferroviaria di cui trattasi, mentre il terzo aveva contenuto favorevole per l'appellante). Il carattere "contra ius" del diniego ritenuto lesivo, d'altra parte, non è stato riconosciuto in sede giurisdizionale (avendo il giudice di primo grado respinto il ricorso, proposto avverso detto diniego ed altri atti, con successiva rinuncia all'appello); l'attuale appellante fa discendere, tuttavia, una sostanziale declaratoria di illegittimità dall'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3634/07 del 13.7.2007, di accoglimento dell'appello proposto avverso l'ordinanza cautelare del TAR Puglia, con la quale era stata respinta la richiesta di sospensiva, riferita al diniego di proroga della concessione edilizia da parte del Comune di Bari ed al rigetto dell'istanza di deroga da parte di R.F.I.. Nella citata ordinanza n. 3634/07 si esprimeva l'avviso che la disciplina urbanistica sopravvenuta non si imponesse, in senso preclusivo, in rapporto a concessioni edilizie antecedentemente rilasciate ed alla relativa proroga, quanto meno in presenza di opere già ultimate al rustico, come nel caso di specie, con ulteriore possibilità di accordare deroghe ai limiti imposti dai successivi vincoli, non potendo l'Amministrazione escludere dette deroghe per un "asserito contrasto tautologico col vincolo stesso" ed avendo la stessa R.F.I., peraltro, assicurato di voler superare le problematiche connesse ai

vincoli, ricorrendo al “previsto istituto della deroga”.

Le aperture contenute nella predetta ordinanza non erano raccolte nella sentenza di merito n. 42 del 18.1.2008, emessa in primo grado, nella quale le tesi difensive dell'attuale appellante erano complessivamente respinte, senza tuttavia che le specifiche problematiche ora in esame trovassero puntuale trattazione, per assorbimento di molte ragioni difensive.

In tale situazione, il Collegio è chiamato a fare ricorso alla più recente disciplina della cosiddetta “pregiudiziale amministrativa”, oggetto di contrasti giurisprudenziali fino all'emanazione del nuovo codice sul processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010). Secondo la precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato, infatti, la risarcibilità del danno sarebbe stata inscindibile dalla caducazione del provvedimento produttivo della lesione: una circostanza, quella appena indicata, che richiedeva non solo l'impugnazione del provvedimento stesso entro i previsti termini decadenziali, ma anche il relativo annullamento, operando in caso contrario la presunzione di legittimità che assiste i provvedimenti amministrativi, con inconfigurabilità al riguardo di un danno ingiusto (Cons. St., Ad. Plen. 22.10.2007, n. 12).

In base al diverso indirizzo della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (nn. 13659 e 13660 del 13.6.2006, n. 13 del 5.1.2007, n. 1139 del 19.1.2007), invece, il Giudice Amministrativo non avrebbe potuto esimersi dall'accertare la lesione di un interesse protetto a fini risarcitori, entro il termine di prescrizione quinquennale, anche indipendentemente dall'intervenuto annullamento dell'atto lesivo, previa valutazione in via incidentale della prospettata illegittimità di quest'ultimo.

Era già stata dibattuta in passato, d'altra parte, la possibilità di individuare

un danno risarcibile anche quando il provvedimento lesivo venisse annullato o superato dalla stessa Amministrazione, in via di autotutela o con emanazione di un nuovo atto (con efficacia, rispettivamente, “ex tunc” o “ex nunc”), potendo ravvisarsi un interesse residuale a ricorrere, a fini risarcitori, per gli effetti negativi già prodotti dal provvedimento originario, o per fattori di non corretta conduzione del relativo procedimento (Cfr. in tal senso Cons. St., sez. VI, 18.3.2008, n. 1137). Le diverse visuali sopra sintetizzate, in ogni caso, trovano attuale composizione nell’art. 30 del codice del processo amministrativo (c.p.a.), approvato con d.lgs. n. 104/2010, che non subordina più l’azione risarcitoria al previo annullamento dell’atto lesivo, ma pone anche termini decadenziali per la proposizione dell’azione. Nella situazione in esame il danno – derivante dall’abbandono dell’intento imprenditoriale perseguito – risulta ricondotto “ex post” al diniego di deroga del 22.9.2006, nonché ai tempi occorsi per il superamento di tale atto, tenuto conto del finale rilascio della deroga in questione nel marzo del 2009. Gli effetti lesivi, tuttavia, si sarebbero concretizzati successivamente, a seguito dell’annullamento – disposto con sentenza del TAR Puglia, Bari, n. 3264/10 del 29.7.2010 – del nuovo permesso di costruire, ma anche, in precedenza, dopo l’emanazione della ricordata legge regionale n. 8 del 21.5.2008, a cui la stessa società appellante riconduce la fissazione di requisiti, non compatibili con il progetto in precedenza approvato.

Il Collegio ritiene, comunque, di poter assorbire i potenziali problemi di ricevibilità dell’impugnativa, sia perchè – alla data di proposizione della domanda giudiziale di risarcimento del danno, depositata il 15.4.2011 – il nuovo codice del processo risultava vigente da soli circa sette mesi (mentre

buona parte della vicenda contenziosa si era svolta antecedentemente), sia perché non potrebbe negarsi nella fattispecie il beneficio dell'errore scusabile, tenuto conto della circostanza sopra indicata, nonché del carattere non ancora pacifico dei principi di diritto applicabili, in presenza di dubbi di costituzionalità dei termini decadenziali in questione, allo stato oggetto di una prima pronuncia di inammissibilità della Corte Costituzionale per difetto di rilevanza della questione dedotta (12.12.2012, n. 280), ma anche di nuova ordinanza di remissione alla medesima Corte (TAR Liguria, 22.1.2014, ord. n. 107), non senza ulteriori problematiche di rispondenza alla disciplina comunitaria, per difformità negli strumenti di tutela di situazioni soggettive protette, ugualmente rilevanti nell'ambito dell'Unione Europea (cfr. anche, per il principio, Cons. St., sez. V, 29.11.2011, n. 6296).

Resta il fatto che l'accertamento, in via incidentale, della condotta antiggiuridica dell'Amministrazione trova nella fattispecie parziale preclusione nel giudicato, formatosi sulla già citata sentenza del TAR Puglia n. 42/2008, con ulteriore non individuabile sussistenza degli ulteriori fattori, cui è connessa la responsabilità dell'Amministrazione per lesione di interessi legittimi, con riferimento sia al nesso eziologico fra condotta posta in essere e danno, sia all'elemento soggettivo della colpa.

Sotto il primo profilo, nella predetta sentenza n. 42/2008 si poneva l'accento, in modo particolare, sull'art. 15, comma 4 del d.P.R. n. 380/2001, in base al quale "il permesso decade con l'entrata in vigore di contrastanti previsioni urbanistiche, salvo che i lavori siano già iniziati e vengano completati entro il termine di tre anni dalla data di inizio"; su tale base – considerato che le opere di cui trattasi non erano state ultimate nel termine

triennale prescritto – i dinieghi sia di deroga dai vincoli della fascia di rispetto che di proroga della concessione edilizia erano stati ritenuti legittimi. In tale contesto – non avendo più rilievo, dopo la pronuncia di merito del TAR, la decisione assunta in secondo grado di giudizio sull'ordinanza cautelare – si potevano soltanto trarre, dalla già ricordata ordinanza del Consiglio di Stato n. 3634/07, principi propulsivi per la successiva fase di trattativa, che aveva infine indotto la società R.F.I. ad accordare la deroga richiesta, ai sensi dell'art. 60 del d.P.R. n. 753/1980, che ammette riduzioni delle distanze prescritte dagli articoli da 49 a 56 del medesimo d.P.R., “quando la sicurezza pubblica, la conservazione delle ferrovie, la natura dei terreni e le particolari circostanze locali lo consentano”.

La società appellante sostiene che la predetta norma – benchè fonte di una potestà “ampiamente discrezionale” – sarebbe stata vincolante in rapporto alla “situazione effettiva, correttamente letta alla luce dell'insegnamento del Consiglio di Stato”, espresso nella citata ordinanza n. 3634/07.

In tale ottica, nell'atto di appello si puntualizza che la pretesa avanzata non sarebbe limitata alla legittimità in senso stretto del diniego di proroga, peraltro oggetto di giudicato, ma dovrebbe essere valutata “secondo il criterio oggettivo della buona fede, ai fini dell'accertamento della responsabilità aquiliana”. Il Collegio è chiamato a considerare, in altre parole, le modalità e i tempi di svolgimento delle procedure poste in essere da R.F.I., per addivenire al conclusivo rilascio di una deroga, che avrebbe consentito di utilizzare come parcheggio pertinenziale alla multisala un'area, ricadente nella fascia di rispetto inedificabile, di cui all'art. 49 del citato d.P.R. n. 753/1980. Il mancato rilascio in tempi brevi di tale deroga, infatti,

avrebbe determinato la conclusiva irrealizzabilità del progetto imprenditoriale dell'appellante.

In rapporto a quanto sopra, il medesimo Collegio ritiene che il nesso eziologico sussista, ma in termini di concausa – e non di causa unica determinante – in rapporto al danno subito dall'appellante. L'irrealizzabilità della sala cinematografica, infatti, risulta rilevata al termine di una lunga vicenda, caratterizzata da ostacoli normativi e burocratici, che partono dal diniego di deroga di RFI, ma si articolano attraverso una fase di trattativa, il rilascio della deroga, la scelta del Comune di Bari di non prorogare l'originaria concessione edilizia e di rilasciare un nuovo permesso di costruire, per terminare con l'impugnativa e l'annullamento di tale permesso (anche in quanto rilasciato non in forma di proroga della precedente concessione, ma come diverso atto autorizzativo, richiedente nuovo parere del Consorzio ASI): in tale contesto (ed in presenza, peraltro, di *ius superveniens*: L. reg. n. 8/2008) è intervenuta la determinazione finale della stessa Sinco s.r.l. di non attivare ulteriori rimedi giudiziari nei mesi di ancora possibile realizzazione dell'intervento, sulla base di eventuale provvedimento cautelare (ove la citata sentenza n. 3264/2010 fosse stata appellata).

Nella situazione descritta l'appellante ritiene di poter imputare l'intero danno subito alla società ferroviaria, alla quale risultano, invece, addebitabili solo termini dilatati per il rilascio di un assenso discrezionale, rivelatosi insufficiente per superare un complesso di altri fattori ostativi, nonché in presenza di conclusiva determinazione della medesima società interessata di non attivare i rimedi giudiziari ancora possibili (situazione, quest'ultima, riconducibile al concorso di colpa, di cui all'art. 1227 cod. civ., il cui

contenuto è ora sostanzialmente recepito dall'art. 30, comma 3, c.p.a.: cfr. anche, sul punto, Cons. St., sez. V, 2.11.2011, n. 5837).

Decisiva per escludere la risarcibilità del danno di cui trattasi, nei termini prospettati, appare in ogni caso l'insussistenza di una responsabilità per colpa dell'Amministrazione, nella accezione che, in presenza di lesione di interessi legittimi – a partire dalla storica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500/1999 e poi nella costante giurisprudenza successiva – è stata ricondotta non a mera “inosservanza di leggi regolamenti, ordini o discipline” (secondo la nozione recepita dall'art. 43 del codice penale), ma a violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero a negligenza, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili, in rapporto alla complessità della valutazione da effettuare (cfr. in tal senso, per il principio, Cons. St., sez. V, 14.9.2012, n. 4894; Cons. St., sez. VI, 4.7.2012, n. 3897; Cons. St., sez. V, 23.5.2011, n. 3070 e 18.11.2010, n. 8091; Cons. St., sez. IV, 4.9.2013, n. 4452; Cons. St., Ad. Plen., 18.3.2004, n. 5; Cass. civ. sez. III, 9.2.2004, n. 2494; Corte Cost. 24.3.1988, n. 364).

Circa la prova della colpevolezza – che difficilmente, in base ai parametri indicati, può ritenersi “in re ipsa” – la prevalente giurisprudenza richiama i principi dell'illecito extracontrattuale, che addossa il relativo onere al soggetto danneggiato, ma con qualche temperamento, dovendosi tenere conto della peculiarità della lesione di interessi legittimi, implicante una responsabilità che l'elaborazione giurisprudenziale rende non del tutto coincidente con quella aquiliana, sussistendo anche profili (rilevanti, in particolare, proprio sul piano probatorio di cui si discute) assimilabili a quelli della responsabilità contrattuale. Quanto sopra, in considerazione

dell'interesse protetto di chi instauri un rapporto procedurale con l'Amministrazione al cosiddetto "giusto procedimento", che richiede competenza ed efficacia, quali ragionevoli parametri dell'azione amministrativa: si parla, a tale riguardo, di "contatto sociale qualificato" o di "responsabilità da contatto", implicante appunto corretto sviluppo dell'iter procedimentale e – salvo errore scusabile, nei termini in precedenza esposti – emanazione del provvedimento finale, senza violazione di canoni di condotta, agevolmente percepibili nella loro portata vincolante (cfr., per il principio, Cons. St., sez. IV, 7.3.2013, n. 1406; Cons.St., sez. V, 2.9.2005, n. 4461).

Nella situazione in esame non appaiono compiuti, da parte dell'Amministrazione ferroviaria, atti riconducibili, sostanzialmente, a "colpa grave", ovvero non scusabile, nella dimensione in precedenza specificata. Anche nella descritta configurazione della responsabilità di cui trattasi come "responsabilità da contatto", ovvero accostabile a quella contrattuale, in termini non perfettamente coincidenti con quelli di cui all'art. 2043 cod. civ. (in rapporto al quale la prova della colpa spetta integralmente al soggetto danneggiato), non è configurabile un onere probatorio invertito, riconducibile all'art. 1218 cod. civ., nel quale si sancisce la responsabilità del debitore, che non esegua "esattamente" la prestazione dovuta: disposizione, quest'ultima, da cui emerge con chiarezza la non sovrapposibilità dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, consentendo il primo di esigere il mero rispetto delle norme, nonché di corretti parametri procedurali e solo il secondo di imporre ad altri una specifica condotta, satisfattiva del bene della vita perseguito. Deve quindi ritenersi che spetti al soggetto, titolare di un interesse legittimo che si

assuma lesa, fornire, secondo i principi generalmente applicabili al processo amministrativo, quanto meno un principio di prova in ordine alla responsabilità dell'Amministrazione, restando a carico di quest'ultima l'onere di dimostrare di avere agito in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi, tali da escludere negligenza o imperizia nell'adozione dell'atto (cfr. a quest'ultimo riguardo Cons. St., sez. V, 31.7.2012, n. 4345).

Era stato predisposto nella fattispecie, in effetti, un progetto imprenditoriale, da realizzare in area che – già alla data del relativo acquisto da parte dell'attuale appellante – risultava interessata dalla realizzazione di un'opera strategica, implicante prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato; in presenza, tuttavia, di una concessione edilizia antecedentemente rilasciata, nonché di opere in avanzato stato di realizzazione, che non confliggevano peraltro con il completamento della linea ferroviaria di cui trattasi (se non per la ricadenza di un parcheggio nella fascia di rispetto inedificabile), potevano considerarsi sussistenti le condizioni di una deroga per la riduzione delle distanze prescritte. Non appaiono, però, comunque giustificate le considerazioni dell'appellante, secondo cui nel caso di specie, tenuto conto delle motivazioni della più volte citata ordinanza del Consiglio di Stato n. 3634/07, la deroga si sarebbe atteggiata “in guisa di atto obbligatorio e/o vincolato per RFI, donde l'origine della responsabilità della stessa”. E' invece vero, al contrario, che il già richiamato art. 60 del d.P.R. n. 753/1980 subordina detta deroga a valutazioni tecnico-discrezionali, in alcun modo effettuabili da organi diversi da quelli competenti. Il primo orientamento negativo dell'Amministrazione ferroviaria e la successiva concessione della deroga stessa, al termine di una

fase transattiva, non possono quindi risultare di per sé indice di contraddittorietà, risultando plausibile – in assenza di qualsiasi principio di prova su chiarimenti o sollecitazioni, in proposito intervenuti – che le richieste valutazioni di “sicurezza pubblica, conservazione delle ferrovie, natura dei terreni e particolari circostanze locali” potessero dare luogo a valutazioni ed accertamenti non immediati ed univoci, in rapporto all’impatto dell’intervento edilizio progettato: una multisala cinematografica con 3.500 posti a sedere, suddivisi in 14 sale, implicava infatti un ingente volume di traffico, con conseguente “peso” urbanistico anche delle aree di parcheggio, anche a prescindere da pur esistenti esigenze infrastrutturali.

La medesima Amministrazione ferroviaria, d’altra parte, ha ragionevolmente illustrato di avere dovuto predisporre e concludere una serie contemporanea di accordi – non solo con Sinco s.r.l., ma anche con altre società proprietarie di aree limitrofe – per l’utilizzo e/o l’esproprio delle aree coinvolte dalle opere pubbliche in corso, al fine di fronteggiare numerose procedure contenziose e di realizzare la prevista opera pubblica.

La diversità delle valutazioni espresse nel 2006 e nel 2009, così come i tempi intercorsi non appaiono, quindi, indici di violazione di legge o eccesso di potere sotto i profili prospettati, né consentono di individuare fattori di grave negligenza o imperizia, tali da configurare una responsabilità per colpa dell’amministrazione, nei termini in precedenza specificati.

In base alle considerazioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che l’appello debba essere respinto, con assorbimento delle ragioni difensive non espressamente esaminate; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, il Collegio stesso ne ritiene equa la compensazione, tenuto conto della complessità della vicenda dedotta in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello; compensa le spese giudiziali.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

Carlo Mosca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/03/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)