



**REPUBBLICA ITALIANA**

N.1414/07 R.Sent.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 5130 R.Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sede di  
Palermo, Sezione II, ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n. 5130/2003 R.G. e sul ricorso per motivi aggiunti,  
proposti da Lombardo Leonardo, Lombardo Francesca, Lombardo  
Maria, Vullo Grazia, rappresentati e difesi, anche disgiuntamente,  
dall'avv. Michele Lupo e dall'avv. Claudio Ginevra ed  
elettivamente domiciliati nel recapito del primo in Palermo, Via  
Dante n. 166, presso lo studio dell'avv. Michele Costa,

**contro**

- l'Assessorato Beni culturali ambientali e della Pubblica  
istruzione, in persona dell'Assessore pro tempore,
- l'Assessorato Beni culturali ambientali e della Pubblica  
istruzione, Dipartimento dei Beni culturali e ambientali ed  
Educazione permanente – Servizio Tutela ed acquisizioni, in  
persona del Dirigente pro tempore,
- la Soprintendenza ai Beni culturali e ambientali, in persona del  
Soprintendente pro tempore,

tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di  
Palermo, presso i cui uffici in Palermo, Via A. De Gasperi n. 81  
sono elettivamente domiciliati.

**per l'annullamento, previa sospensione,**

A. quanto al ricorso introduttivo:

- del decreto del 3 febbraio 2003, notificato l'11 giugno 2003,

dell'Assessorato Beni culturali ambientali e Pubblica istruzione - Dipartimento dei Beni culturali ambientali ed Educazione permanente - Servizio tutela ed acquisizione - Unità operativa VIII,;

- del decreto, non conosciuto, n. 6598 del 26 luglio 2000 dell'Assessorato ai Beni culturali ambientali e Pubblica Istruzione.

**e per la declaratoria d'illegittimità ed inefficacia**

- della dichiarazione di pubblica utilità contenuta nel Decreto dell'Assessore ai Beni culturali ed ambientali e Pubblica istruzione del 15 aprile 1995 n. 5861, notificato il 15 maggio 1998;
- e per il venir meno del potere di espropriazione sui beni immobili dei ricorrenti ubicati nella zona archeologica denominata "Balate Valle Oscura" del Comune di Caltanissetta;

B. quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del decreto assessoriale n. 6175 del 9 maggio 2005, di pronuncia dell'espropriazione definitiva e di autorizzazione all'occupazione permanente e definitiva in favore del demanio della Regione Siciliana, ramo archeologico, artistico e storico dell'immobile, di proprietà dei ricorrenti, ubicato nell'area archeologica denominata 'Balate Valle Oscura' sita nel comune di Caltanissetta;
- nonché di ogni altro atto, antecedente, contestuale o successivo collegato ai precedenti ed in particolare del decreto assessoriale n. 65888 del 26 luglio 2000, richiamato nel provvedimento impugnato, asseritamente non notificato agli interessati;

**e per la declaratoria di illegittimità ed inefficacia**

- della dichiarazione di pubblica utilità contenuta nel decreto dell'Assessore ai Beni culturali ed ambientali e Pubblica istruzione del 15 aprile 1995 n. 5861 notificato il 15 maggio 1998;
- del decreto, non conosciuto, n. 6598 del 26 luglio 2000 di reitera della dichiarazione di pubblica utilità;
- e per il venir meno del potere di espropriazione sui beni immobili dei ricorrenti come sopra indicati.

Visti il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione delle Amministrazioni intimete.

Viste le memorie difensive depositate dalle parti.

Viste le ordinanze cautelari n. 1702 dell'11 ottobre 2003 e n. 105 del 25 gennaio 2006.

Visti gli atti tutti della causa.

Alla pubblica udienza del 12 aprile 2007 relatore il Referendario Gianmario Palliggiano, presenti gli avvocati dei ricorrenti come da verbale.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto.

### **Fatto**

1. I ricorrenti sono proprietari, per successione *mortis causa* di Lombardo Nunzio, di terreni siti in Caltanissetta, Contrada Balate Valle oscura, classificati in catasto alla partita 18776, fogli 2 e 3, particelle 44, 46 e 47.

Detti terreni - essendo compresi in una zona di pregio archeologico: "di particolare interesse per le ricche tombe, il muro di fortificazione e l'antico abitato indigeno ellenizzato frequentato tra l'VIII ed il III sec. A. C." - sono stati sottoposti a vincolo diretto

ed indiretto con decreto assessoriale 15 maggio 1991, n. 1297 notificato il 29 luglio 1996; in seguito, a dichiarazioni di pubblica utilità con decreto assessoriale 15 aprile 1995, n. 5861, notificato il 15 maggio 1998.

Il 5 giugno 1998 è stato redatto lo stato di consistenza, nel quale si rimandava espressamente ad un momento successivo il frazionamento delle particelle 46 e 47, senza che ciò sia effettivamente avvenuto.

Sul punto i ricorrenti fanno infatti presente che l'elenco delle ditte, la stima delle indennità di esproprio e la relazione della Soprintendenza di Agrigento, determinati dal decreto assessoriale 5861/1995, sottopongono ad espropriazione soltanto una porzione delle particelle 46 e 47. La delimitazione operata con la dichiarazione di pubblica utilità, segue la linea di demarcazione relativa al vincolo diretto, come riportato nella planimetria al decreto 1297/1991, notificato nel 1996.

Per questa ragione i ricorrenti procedevano alla divisione dei beni, previo loro frazionamento catastale, lasciando indivisa l'area oggetto di esproprio e di vincolo diretto ed assegnandosi ciascuno una quota della parte residua.

Non essendo stata completata per tempo la procedura espropriativa, con decreto n. 6598 del 26.07.2000, l'Assessorato beni culturali ambientali e Pubblica istruzione. ha riproposto la dichiarazione di pubblica utilità, ritenendo persistere le ragioni dell'espropriazione.

L'11 giugno 2003 è stato notificato ai ricorrenti il decreto del 3 febbraio 2003 dell'Assessorato contenente la determinazione dell'indennità provvisoria di espropriazione.

I sopraindicati atti sono stati impugnati con l'odierno ricorso, notificato il 19 settembre 2003 e depositato il 30 successivo, nel quale sono dedotte le seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 L. reg. 10 agosto 1978, n. 35: la fissazione dei termini previsti per il compimento dei lavori e delle espropriazione dalla norma regionale e dall'art. 13 della legge 2359/1865 è richiesta per la giuridica esistenza e validità della dichiarazione di pubblica utilità. Pertanto il loro inutile decorso, comportando la cessazione della programmata destinazione del bene all'interesse generale, determina l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità ed il venir meno del potere di espropriazione su quel bene. Il termine massimo di cinque anni per lo svolgimento della procedura espropriativa sarebbe scaduto il 14 aprile 2000, pertanto, dopo tale data, sono illegittimi la dichiarazione di pubblica utilità delle opere in questione ed il relativo decreto di finanziamento.
2. Violazione e falsa applicazione degli articoli 7 e seguenti della L. 7 agosto 1990, n. 241, come recepita dalla L. reg. 10/1991, per omessa comunicazione di avvio del procedimento non essendo stato notificato il decreto.
3. Violazione dell'art. 13 legge 25 giugno 1865 n. 2359 e dell'art. 4, comma 1, legge reg. Sicilia 10 agosto 1978 n. 35: nel procedimento espropriativo, la fissazione dei termini di cui all'art. 13 L. 2359/1865 deve avvenire nell'atto stesso avente *ex lege* valore di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, dovendo escludersi che l'onere in questione possa essere assolto mediante atti successivi, seppure in via di convalida o sanatoria.
4. Violazione e falsa applicazione della legge sotto il profilo del

corretto uso del potere preordinato all'espropriazione; eccesso di potere per carenza istruttoria, per mancato contemperamento degli interessi per errore nei presupposti di fatto, travisamento di fatti per illogicità ed irragionevolezza: non si è proceduto al necessario frazionamento catastale sicché nell'allegato che indica i dati per determinare l'indennità provvisoria sono riportate integralmente la consistenza delle particelle nel suo intero e non dell'area effettivamente da espropriare.

Per quanto sopra hanno chiesto, previa istanza istruttoria volta a conseguire in giudizio la produzione di tutti gli atti del procedimento ed in particolare del richiamato decreto 6598/2000, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, previa sospensione.

L'Avvocatura dello Stato si è costituita in giudizio per conto dell'Assessorato intimato, presentando documenti.

Con ordinanza n. 1702 dell'11 ottobre 2003, questo TAR ha respinto la richiesta di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

2. In seguito è stato emanato il decreto assessoriale n. 6175 del 9 maggio 2005, notificato ai sensi dell'art. 141 e non nella residenza dell'interessata Vullo Grazia, con il quale è stata pronunciata l'espropriazione definitiva ed autorizzata l'occupazione permanente e definitiva in favore del demanio della Regione Siciliana, ramo archeologico artistico e storico dell'immobile ubicato nell'area archeologica denominata "Balate valle oscura".

Avverso tale decreto i ricorrenti hanno presentato motivi aggiunti, notificati il 27 dicembre 2005 e depositati l'11 gennaio 2006, coi quali hanno riproposto per invalidità derivata le censure formulate con il ricorso introduttivo.

La richiesta di sospensione dell'esecuzione dell'impugnato provvedimento è stata accolta con ordinanza n. 105 del 25 gennaio 2006.

L'Avvocatura dello Stato ha presentato deduzioni scritte nelle quali ha in primo luogo eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, ove venisse accolta la doglianza avversaria secondo cui l'esercizio del potere ablatorio *de quo* sarebbe avvenuto senza la fissazione e senza il rispetto dei termini da fissare per l'inizio e la conclusione dei lavori e delle espropriazioni.

In subordine ha eccepito l'infondatezza del ricorso nel merito, chiedendone il rigetto vinte le spese.

Alla pubblica udienza del 12 aprile 2007, la causa è stata posta in decisione.

### **Diritto**

**1.** La controversia ha ad oggetto la legittimità del procedimento espropriativo condotto dalla resistente amministrazione per l'acquisizione di alcune aree, di proprietà dei ricorrenti, ubicate in zona di pregio archeologico.

**2.** La questione di giurisdizione, eccepita nella memoria dell'Avvocatura dello Stato avverso i motivi aggiunti, considerato il suo carattere pregiudiziale, va esaminata con precedenza su tutte le altre.

**2.1.** Sul punto, la difesa erariale sostiene che nel caso di riscontro positivo delle censure di merito dei ricorrenti relative al mancato rispetto dei termini fissati per l'inizio e la conclusione dei lavori e della procedura espropriativa, questo giudice dovrebbe dichiarare il proprio difetto di giurisdizione, in applicazione dei principi sanciti dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 191/2006.

Seguendo la prospettazione dell'Avvocatura dello Stato, l'indagine dovrebbe partire, allora, dall'esame fattuale della fondatezza delle predette censure in ordine al rispetto dei termini, al fine di poter esaminare il problema della giurisdizione.

Il Collegio ritiene di poter superare agevolmente questa impostazione e considera in ogni caso priva fondamento l'eccezione di giurisdizione a prescindere dalla fondatezza o meno nel merito delle censure dei ricorrenti sui termini.

Assume infatti carattere decisivo la circostanza che la procedura espropriativa in argomento nasce da una dichiarazione di pubblica utilità.

In base all'art. 34 del decreto legislativo n. 80 del 1998 (come novellato dalla legge n. 205 del 2000) e all'art. 53 del testo unico sull'esproprio DPR 327/2001, per le controversie sorte dopo l'entrata in vigore della legge n. 205 del 2000, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quando si sia in presenza di un'attività funzionalizzata della pubblica amministrazione, ancorché illegittima, che si estrinseca in atti o provvedimenti.

Ciò vale anche per i casi in cui un atto della procedura sia emesso oltre il termine previsto dalla legge (decreto di esproprio tardivo) ovvero non siano indicati i termini iniziali o finali dei lavori e della procedura ovvero sia superato il termine finale dei lavori o del procedimento.

**2.2.** In base alle sentenze della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, continua a sussistere la giurisdizione civile per i comportamenti che - pur se attinenti in senso lato ad «aspetti dell'uso del territorio» - sono riconducibili a «strumenti



intrinsecamente privatistici» (e non all'esercizio di una funzione), come nei casi, ad esempio, di vie di fatto, e cioè di alterazione dello stato dei luoghi, ovvero di acquisto del possesso di un suolo o di un edificio in totale assenza del vincolo preordinato all'esproprio e di una qualsiasi funzione pubblicistica (ad esempio in occasione della realizzazione di un'opera da parte dell'amministrazione su un proprio terreno).

Sussiste invece la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per i comportamenti connessi all'esercizio dei pubblici poteri, e cioè nei casi in cui l'amministrazione detenga *sine titulo* un fondo altrui, dopo che l'abbia acquisito in base ad un atto del procedimento espropriativo (annullato dal giudice amministrativo o divenuto inefficace perché non è stato emanato il decreto di esproprio), ovvero in sede di sua esecuzione. In questi casi, infatti, il comportamento è strettamente connesso al procedimento attivato con il vincolo preordinato all'esproprio (ed è, a volte, anche coerente con la dichiarazione di pubblica utilità) ed è commesso in occasione dell'esecuzione di un formale provvedimento di occupazione d'urgenza.

In sintesi, vi è giurisdizione esclusiva quando si chiedi tutela in presenza di un comportamento connesso all'esercizio – sia pure patologico – della funzione pubblica.

Infatti, l'amministrazione:

- a) occupa il fondo ed esegue l'opera in attuazione di atti autoritativi (di apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, di dichiarazione di pubblica utilità e di indifferibilità e di urgenza, di occupazione d'urgenza, oltre che di quelli riguardanti la scelta dell'appaltatore), espressione di poteri pubblicistici;

- b) non emette il decreto di esproprio entro il prescritto termine (il mancato esercizio della funzione pubblica si caratterizza anche per la mancanza di un atto di proroga del termine finale del procedimento);
- c) continua ad utilizzare il suolo altrui «per scopi di interesse pubblico» (e non soddisfa propri interessi patrimoniali, ma tiene conto delle esigenze della collettività, già valutate nei precedenti atti di pianificazione e del procedimento espropriativo, nonché in sede di stanziamento e di utilizzazione delle risorse economiche);
- d) ha l'obbligo di restituire il suolo e di risarcire il danno cagionato con l'occupazione senza titolo, ma può fare venire meno ab extra l'obbligo di restituzione, con l'esercizio del potere di acquisizione del bene al proprio patrimonio, previsto dall'art. 43 del testo unico.

Il problema si lega a quello della qualificazione del vizio provvedimentale che affligge la dichiarazione di pubblica utilità priva dell'indicazione dei termini sopra indicati.

Sul punto, la giurisprudenza ha di recente osservato che “È annullabile, e non nullo per carenza di potere, l'atto dichiarativo della pubblica utilità mancante della fissazione dei termini per l'inizio e l'ultimazione dei lavori prevista dall'art. 13 l. 25 giugno 1865 n. 2359” (Consiglio Stato, sez. V, 23 settembre 2005, n. 5013; nello stesso senso T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 28 aprile 2005, n. 5025 secondo cui: “La dichiarazione di pubblica utilità che non rechi l'indicazione dei termini di cui all'art. 13 l. n. 2359 del 1865 non è nulla e/o inesistente [con conseguente radicamento della cognizione dell'a.g.o.] ma semplicemente annullabile per violazione di legge a seguito di ricorso al g.a.”).

**2.3.** Peraltro, tale principio pare essere stato recepito dal legislatore il quale, con l'art. 21 *septies* l. n. 241 del 1990, aggiunto dall'art. 14 l. n. 15 del 2005, nell'introdurre, per la prima volta in via generale, la categoria patologica della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale categoria solo il difetto assoluto di attribuzione, il quale rievoca la c.d. "carenza in astratto del potere", cioè la mancanza in astratto della norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo.

In questo modo si è fatto implicitamente rientrare nell'area dell'annullabilità per violazione di legge la categoria della c.d. nullità per carenza di potere in concreto che le sezioni unite della Suprema Corte avevano coniato proprio con riferimento ai procedimenti espropriativi nei quali la p.a. avesse omesso di fissare i termini di cui all'art. 13 l. n. 2359 del 1865.

Rispetto a quest'ultima affermazione, il Collegio ritiene che la positivizzazione del regime della nullità amministrativa non comporti l'espulsione dal sistema della figura della carenza di potere in concreto (ribadita dal T.A.R. Campania, Napoli, V sez., nella sentenza n. 2137 del 2006), né la sua attrazione nella sfera dell'annullabilità.

Come più correttamente ritenuto dalla dottrina, la carenza di potere in concreto, in quanto connotata dalla presenza comunque di un tratto di autoritatività, pur determinando la permanenza in capo all'interessato di un diritto soggettivo (al pari della carenza di potere in astratto), a differenza di quest'ultima legittima tuttavia, sul piano della compatibilità costituzionale, la cognizione delle relative controversie da parte del giudice amministrativo in sede di

giurisdizione esclusiva sui diritti, laddove il legislatore abbia disposto in tal senso.

Conseguentemente, sempre in base al parallelismo operato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, la cognizione in sede di giurisdizione esclusiva si estende all'esame della domanda risarcitoria connessa a quella di annullamento.

**2.4.** Ciò ha trovato conferma con la sentenza della Corte Costituzionale n. 191 del 2006, la quale ha tra l'altro affermato che:

- a) il giudice amministrativo è il «giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica», che dà tutela anche alla domanda di risarcimento per il “danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione” (punto 4.3. della motivazione);
- b) sono “riconducibili all'esercizio del pubblico potere” i “comportamenti causativi di danno ingiusto”, anche “di impossessamento del bene altrui”, che costituiscano “esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi” (punto 5 della motivazione);
- c) si concentra innanzi al giudice amministrativo “l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica” (punto 5 della motivazione).

**3.** Risolta quindi la questione pregiudiziale relativa alla giurisdizione, può passarsi all'esame nel merito del ricorso.

**3.1.** Va in via preliminare rilevata l'improcedibilità del ricorso introduttivo. Invero l'adozione del decreto assessoriale n. 6175 del 9 maggio 2005 di pronuncia dell'espropriazione definitiva e di autorizzazione all'occupazione permanente in favore del demanio della Regione Sicilia, comporta ex se la sopravvenuta carenza

d'interesse in concreto alla decisione relativamente agli atti col medesimo ricorso impugnati.

**3.2.** L'esame del merito della controversia può quindi convergere sui motivi aggiunti con i quali è riproposta l'impugnazione, oltre al sopra indicato decreto assessoriale, di provvedimenti già oggetto di contestazione con il ricorso introduttivo.

I motivi aggiunti meritano accoglimento.

**3.3** Fondate sono infatti le censure prospettate con il primo ed in via subordinata il terzo motivo di ricorso, di carattere assorbente, nei quali è censurato il mancato rispetto dei termini di inizio ed ultimazione dei lavori e delle relative procedure d'esproprio.

Al riguardo, l'art. 1, comma 4, L. reg. 10 agosto 1978 n. 35 - contenente norme in materia di lavori pubblici e per l'acceleramento e la semplificazione delle relative procedure - prescrive che nell'atto contenente la dichiarazione di pubblica utilità sono fissati i termini entro i quali debbono essere iniziati ed ultimati i lavori ed i termini in cui devono essere iniziate ed ultimate le relative espropriazioni, ai sensi dell'art. 13 della legge 25 giugno 1865, n. 2359.

L'art. 13 della legge n. 2359 del 1865 dispone che il provvedimento dichiarativo della pubblica utilità di un'opera deve contenere anche i termini entro i quali devono iniziarsi e completarsi le espropriazioni ed i lavori.

Il termine massimo di cinque anni, fissato con la prima dichiarazione di pubblica utilità (decreto assessoriale 5861/1995) è scaduto il 14 aprile 2000; il successivo decreto n. 6588/2000, contenente la nuova approvazione del piano di esproprio ai fini della pubblica utilità, è stato adottato il 26 luglio 2000.

La mancata definizione del procedimento espropriativo nel termine quinquennale prefissato dal decreto che dichiara la pubblica utilità, per giurisprudenza pacifica (ex multis, Cass. Sez. I 19 febbraio 2003, n. 2740), determina il vanificarsi dell'intera procedura espropriativa non essendo più sostenuta dal suo presupposto indefettibile consistente in una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità. Quest'ultima infatti è l'atto idoneo ad incardinare il potere ablatorio della pubblica amministrazione in ossequio al principio generale fissato nell'art. 42, secondo cui l'espropriazione della proprietà privata è giustificata dalla presenza di interessi generali dei quali l'amministrazione deve dimostrare la concretezza e l'attualità.

E' evidente quindi che l'inutile decorso dei termini, comportando la vanificazione della programmata destinazione del bene all'interesse generale, determina l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità ed il venir meno del potere di espropriazione, senza che ciò possa essere utilmente recuperato provvedendo al semplice rinnovo, peraltro tardivo, della dichiarazione stessa.

**3.4.** Fondato inoltre è il quarto motivo di ricorso col quale è censurato l'eccesso di potere per carente istruttoria ed errore nei presupposti di fatto.

Dagli atti emerge infatti che l'Amministrazione procedente è incorsa in evidente errore perché pur avendo determinato l'espropriazione solo per la porzione investita dal vincolo diretto, ha tuttavia calcolato l'indennità provvisoria sull'integrale area di proprietà dei ricorrenti, con un considerevole scostamento pari a 16.000 metri quadrati.

**4.** La fondatezza delle superiori censure ha carattere assorbente,

sia in relazione ai rilievi di carattere formale e procedimentale sia in relazione alle richieste istruttorie, nella misura in cui risultino funzionali all'accoglimento della domanda annullatoria.

Per quanto sopra pertanto, rilevata l'improcedibilità del ricorso introduttivo, vanno accolti i motivi aggiunti.

Sussistono giustificati motivi avuto riguardo alla natura della controversia per disporre la compensazione delle spese tra le parti.

**P.Q.M.**

*Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sede di Palermo, Sezione seconda, dichiara l'improcedibilità del ricorso introduttivo n. 51320/2003 R.G. , accoglie i motivi aggiunti.---*

*Compensa le spese.-----.*

*Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.-----*

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 12 aprile 2007, con l'intervento dei signori magistrati:

- |                         |                           |
|-------------------------|---------------------------|
| - Nicolò Monteleone     | - Presidente              |
| - Cosimo Di Paola       | - Consigliere             |
| - Gianmario Palliggiano | - Referendario, estensore |

Depositato in Segreteria il 22.5.2007

**Il Direttore**

Maria Rosa Leanza