

**CODICE DEI BENI CULTURALI
E DEL PAESAGGIO**

ARTT. 27, 28

Commento a cura di
Antonio Leo Tarasco



giuffrè editore - 2006

Estratto dal volume:

**CODICE DEI BENI CULTURALI
E DEL PAESAGGIO**

D.Lg. 22 gennaio 2004, n. 42 modificato con i DD.Lg. 24 marzo 2006, nn. 156 e 157

a cura di
Maria Alessandra Sandulli

Situazioni di urgenza. — 1. *Nel caso di assoluta urgenza possono essere effettuati gli interventi provvisori indispensabili per evitare danni al bene tutelato, purché ne sia data immediata comunicazione alla soprintendenza, alla quale sono tempestivamente inviati i progetti degli interventi definitivi per la necessaria autorizzazione.*

SOMMARIO: 1. Ambito applicativo della fattispecie. — 2. Natura giuridica dell'attività conservativa d'urgenza: cenni. — 3. Atipicità dei presupposti e delle attività. — 4. Rapporti con l'art. 21 Codice.

BIBLIOGRAFIA

① V.M. SESSA, *Sub art. 27*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004, 171 ss.; ② A.L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004, 149-153; ③ M.A. SANDULLI, *Introduzione*, in G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, 949 ss.; ④ M.C. SPENA, *Sub art. 27*, in G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, 290 ss..

1 *Ambito applicativo della fattispecie.* Salvi alcuni aggiornamenti meramente testuali, la disposizione in esame ricalca l'art. 27 del corrispondente T.U. del 1999, a sua volta derivante dall'art. 19, l. 1° giugno 1939, n. 1089. La norma

facoltizza il soggetto, pubblico o privato che sia [diversamente, M.C. SPENA, ④ 291, parla di "qualunque privato"] che abbia la disponibilità di un bene culturale ad effettuare gli interventi urgenti necessari per evitarne danni (che dovevano essere "notevoli" secondo la vecchia formulazione dell'art. 27, t.u. del 1999). Siffatto potere viene riconosciuto a condizione che il soggetto che effettua gli interventi sul bene lo comunichi alla soprintendenza "tempestivamente" (e non più, solo, "nel più breve tempo", secondo il citato art. 27 del t.u.). In realtà, la comunicazione alla soprintendenza non è unica ma doppia, giacché duplici sono gli interventi che vengono eseguiti: essa deve essere anzitutto informata degli "interventi provvisori indispensabili", di prime cure, che vengono effettuati sul bene ed altresì, in rapida successione di tempo, dei "progetti degli interventi definitivi". Di conseguenza, deve ritenersi che la "necessaria autorizzazione soprintendentizia copra sia i "progetti degli interventi definitivi" che i primi "interventi provvisori indispensabili" nel mentre già eseguiti in via urgentissima per contenere la situazione di pericolo per il bene culturale. La violazione di tali obblighi informativi è espressamente sanzionata con l'arresto e l'ammenda dalla lett. c), comma 1, art. 169, Codice [sull'apparato sanzionatorio contenuto nel Codice, si veda in generale M.A. SANDULLI, ③ 949 ss.].

Si noti che il Codice parla di *autorizzazione* e non già di *approvazione*, a differenza di quanto prima disposto dall'art. 27 (oltre che dall'art. 23) del t.u. del 1999. L'innovazione contenuta nell'art. 27 Codice si armonizza con quella che ha inciso sull'art. 21 Codice, dove è stata definitivamente eliminata la distinzione — propria del t.u. del 1999 — tra *approvazione* dei progetti di opere ed *autorizzazione* ad eseguire singoli interventi (artt. 21-23, t.u.).

Tra gli aggiornamenti testuali della formulazione normativa, merita, inoltre, d'essere segnalata la sostituzione della nozione di "lavori" (edilizi) con quella, più generale, di "interventi", similmente a quanto già fatto con l'art. 28, in tema di misure cautelari e preventive. La sostituzione terminologica è finalizzata — secondo quanto riferito dalla *Relazione illustrativa* — a "ricomprendere nell'ambito delle attività esperibili in via d'urgenza tutte le operazioni che, pur non raducendosi in opere edilizie, siano tuttavia ugualmente indifferibili ai fini conservativi (...) e che sino ad ora non erano disciplinate espressamente né erano facilmente ascrivibili alla categoria dei 'lavori' in senso stretto", come nel caso, ad esempio, della rimozione temporanea di un bene vincolato.

2] Natura giuridica dell'attività conservativa d'urgenza: cenni. In realtà, qualche dubbio dovrebbe sussistere intorno alla natura giuridica delle attività poste in essere dai soggetti (pubblici o privati) nei casi di "assoluta urgenza": il legislatore sembra configurare una mera facoltà ("possono" essere effettuati...), mentre, a rigore, considerando come obbligatoria la più ampia funzione di tutela — intesa come individuazione, protezione e conservazione dei beni culturali, ex art. 3 Codice — dovrebbe affermarsi il carattere obbligatorio dei relativi interventi da porre in essere, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto che ha la disponibilità del bene.

Infatti, sebbene con estensioni diverse, l'obbligo conservativo sussiste sicuramente per i soggetti pubblici, territoriali e non, stando ai commi 3 e 4 dell'art. 3 Codice, così come per i privati, tenuti a garantire la conservazione "dei beni

appartenenti al patrimonio culturale" (comma 5 dell'art. 1 Codice). Ancor più pregnante l'art. 30 Codice, che pone obblighi conservativi dei beni culturali sia in capo ai soggetti privati che a quelli pubblici (quest'ultimi, in particolare, tenuti a garantirne anche la sicurezza) [su taluni profili della sussidiarietà orizzontale nella specifica funzione di tutela del patrimonio culturale, A.L. TARASCO, ② 149-153].

In pratica, la novità del Codice in tema di estensione degli obblighi conservativi all'intera società e allo Stato-ordinamento nella sua interezza non sembra essere stata trasfusa in norma precettiva nell'articolato in esame che — riportando tralasciamente parte della formulazione dell'art. 19, legge n. 1089/39 — configura ancora l'attività conservativa d'urgenza come una facoltà piuttosto che un obbligo del soggetto (pubblico o privato) che la pone in essere.

3] Atipicità dei presupposti e delle attività. Come può osservarsi, il legislatore omette di tipizzare sia il presupposto in presenza del quale possono essere eseguiti gli "interventi provvisori", sia la tipologia degli stessi "interventi provvisori indispensabili" eseguibili.

La mancata tipizzazione dei presupposti legittimanti e delle attività da realizzarsi è posta a garanzia delle esigenze di protezione del bene culturale, che potrebbe essere minacciato da agenti e situazioni non individuabili in astratto ed in relazione a cui appaiono necessari interventi ed azioni parimenti non preventivabili, secondo uno schema logico-giuridico comune a diverse fattispecie giuridiche, come ad esempio alle ordinanze contingibili ed urgenti.

4] Rapporti con l'art. 21 Codice. La necessità della previsione normativa si giustifica in relazione al principio generale di cui all'art. 21 Codice, che subordina ad autorizzazione preventiva, oltre agli interventi tipici di cui alle lett. a)-e) del comma 1, altresì "l'esecuzione di opere e lavori di qualunque genere su beni culturali" (art. 21, comma 4, Codice). La disposizione in commento — si noti — deroga non già al principio della necessaria autorizzazione quanto unicamente a quello del carattere preventivo della stessa: infatti, dopo aver eseguito gli "interventi provvisori indispensabili", il soggetto che ha nella disponibilità il bene dovrà comunque ottenere dalla soprintendenza la "necessaria autorizzazione", sulla base dei "progetti degli interventi definitivi". Tanto è vero che l'assenza di tale autorizzazione, sebbene posticipata rispetto all'inizio dei lavori, giustifica il potere del soprintendente di sospendere gli interventi, attraverso l'esercizio del potere cautelare di cui al successivo art. 28, commi 1-3, Codice.

Sebbene il legislatore non chiarisca cosa debba intendersi per "interventi", logica vuole che questi coincidano con quelli previsti dall'art. 21, e per la cui esecuzione — di regola — è necessaria una preventiva autorizzazione. La disposizione in esame, infatti, fa da *pendant* proprio all'art. 21 Codice, di cui costituisce norma corrispondente sebbene a contenuto derogatorio.

Parimenti lacunoso è il Codice nell'individuazione dei soggetti facoltizzati ad effettuare gli interventi d'urgenza. Nel silenzio della norma, può ragionevolmente ipotizzarsi che questi siano non solo i proprietari di beni culturali, ma altresì i possessori o detentori, a qualsiasi titolo, ed — in generale — tutti coloro

sono nella disponibilità di un bene culturale, siano essi soggetti privati o pubblici, argomentando ex art. 23 t.u. del 1999, che in relazione alla preventiva approvazione dei progetti di opere, vi obbligava a richiederla, appunto, "proprietari, possessore o detentori" [V.M. Sessa, ① 172, interpreta la lacuna normativa non come un'attenuazione della tutela, ma come "sottolineatura della prevalenza dell'aspetto della conservazione rispetto a quello del titolo del soggetto che effettua gli interventi provvisori urgenti"].

28

Misure cautelari e preventive (*). 1. Il soprintendente può ordinare la sospensione di interventi iniziati contro il disposto degli articoli 20, 21, 25, 26 e 27 ovvero condotti in difformità dall'autorizzazione.

2. Al soprintendente spetta altresì la facoltà di ordinare l'inibizione o la sospensione di interventi relativi alle cose indicate nell'art. 10, anche quando per esse non siano ancora intervenute la verifica di cui all'art. 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'art. 13.

3. L'ordine di cui al comma 2 si intende revocato se, entro trenta giorni dalla ricezione del medesimo, non è comunicato, a cura del soprintendente, l'avvio del procedimento di verifica o di dichiarazione.

4. In caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti in aree di interesse archeologico, anche quando per esse non siano intervenute la verifica di cui all'art. 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'art. 13, il soprintendente può richiedere l'esecuzione di saggi archeologici preventivi sulle aree medesime a spese del committente.

(*) Articolo così modificato dall'art. 2, comma 1 lett. l) del d.lg. n. 156.

SOMMARIO: 1. Profili generali dell'articolato normativo. — 2. Il potere cautelare previsto nel comma 1. — 3. Il potere cautelare previsto nel comma 2. — 4. La verifica preventiva dell'interesse archeologico. — 4.1. Fonti normative. — 4.2. Precedenti nazionali ed internazionali. — 4.3. Le "aree di interesse archeologico": nozione. — 4.4. Il provvedimento soprintendentizio di sottoposizione alla V.I.Arch.: presupposti e ratio. — 4.5. La procedura di V.I.Arch. — 4.6. L'eccezione delle cc.dd. grandi opere.

BIBLIOGRAFIA

① P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, Jus, 1957, 95 ss.; ② S. PUGLIATTI, *Beni (Teoria generale)*, EdD, V, Milano, 1959, 175 ss.; ③ Id., *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962; ④ V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; ⑤ N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, Milano, 1967, 295 ss.; ⑥ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, RTDP, 1976, 3 ss., 24; ⑦ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, DPA, 1983, 371 ss., poi in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, 247 ss., ed ora anche in F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 179 ss.; ⑧ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; ⑨ G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, II, Milano, 1988, 563 ss., 575; ⑩ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; ⑪ F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli, 2000; ⑫ A. ROCCELLA, *Sub art. 28*, in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, Bologna, 2000, 126 ss., 128; ⑬ T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, IV ed., 2001, 47; ⑭ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; ⑮ A.L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Napoli, 2003; ⑯ J.-M. PONTIER, *Le code du*

patrimoine, AJDA, 2004, 1330 ss.; ⑰ A.L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004, 19 ss.; ⑱ A.L. TARASCO, *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, FA TAR, 2004, 2443 ss.; ⑲ A. ROCCELLA, *Sub art. 28*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004, 173 ss.; ⑳ L. CASINI, *La codificazione del diritto dei beni culturali in Italia e in Francia*, GD AMM, 2005, 98 ss.; ㉑ S. CASSESE, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, GD AMM, 2005, 95 ss.; ㉒ G. LEONE, A.L. TARASCO, *La codificazione del diritto del patrimonio culturale*, in G. LEONE, A. L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2005, 5 ss.; ㉓ M.C. SPENA, *Sub art. 28*, in G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, 295 ss..

1 Profili generali dell'articolato normativo. Mentre i primi tre commi dell'articolato in esame recano la disciplina delle misure cautelari, il quarto prevede la misura preventiva della verifica dell'interesse archeologico. Nelle misure cautelari previste nei commi 1-3, una parte dei commentatori vi ha individuato l'espressione, ad un tempo, sia della potestà di autotutela esecutiva che della potestà ablatoria personale della P.A.. Con i provvedimenti *de quibus*, infatti, l'Amministrazione dei beni culturali risolverebbe autonomamente conflitti relativi alla propria attività amministrativa e, nello stesso tempo, imporrebbe ai destinatari un ordine con funzione cautelare "sia pur implicitamente" subordinato ai presupposti della necessità ed urgenza [M.C. SPENA, ㉓ 296].

2 Il potere cautelare previsto nel comma 1. Soffermandoci sul comma 1 dell'art. 28, nel merito deve osservarsi che il potere del soprintendente di ordinare la sospensione degli "interventi" (anche non costituenti "opere edilizie", a differenza del precedente t.u. del 1999: *Relazione illustrativa* e commento *sub art. 27*) riguarda: 1) gli interventi vietati (art. 20); 2) gli interventi realizzati senza l'autorizzazione prescritta dall'art. 21; 3) gli interventi eseguiti in violazione del procedimento della conferenza di servizi, ex art. 25); 4) gli interventi condotti in violazione del procedimento della valutazione di impatto ambientale (V.I.A.: art. 26) ovvero 5) eseguiti in dispregio dei presupposti e delle condizioni in presenza dei quali è consentito realizzare gli "interventi provvisori indispensabili per evitare danni al bene tutelato" (art. 27). Medesimo potere cautelare può esercitarsi in presenza di interventi eseguiti in difformità dall'autorizzazione del soprintendente.

Si tenga presente che il comma 2 dell'art. 169 Codice sanziona con l'arresto e l'ammonda l'inosservanza dell'ordine di sospensione dei lavori impartito dal soprintendente ex art. 28 Codice.

La tipologia di interventi del comma 1 coincide con quella prima prevista dall'art. 28, T.U. del 1999, ripetendone anche taluni inutili doppioni. Il comma 3 dell'art. 26 Codice, infatti, duplica specularmente il potere del soprintendente — già disciplinato nel veduto comma 1 dell'art. 28 Codice — di ordinare la sospensione dei lavori che risultino contrastanti con l'autorizzazione relativa alla valutazione di impatto ambientale, così come pure veniva disposto dall'art. 26, comma 3, T.U. del 1999 [giudica la previsione dell'art. 26 come "inutile" A. ROCCELLA, ㉓ 175 e, in precedenza, sotto la vigenza del d.lg. n. 490/99, Id., ㉓ 128]. È evidente come il disposto dell'art. 26, comma 3, Codice, ripeta la medesima previsione di cui all'art. 28, comma 1, Codice, che fa espresso riferimento agli

interventi condotti in violazione del procedimento sulla valutazione di impatto ambientale *ex art.* 26.

Diversamente dal comma 3, che precisa l'efficacia temporale del provvedimento cautelare di cui al comma 2 (inibizione o sospensione degli interventi relativi a *cose* non ancora dichiarate o verificate come *beni culturali*), la disposizione di cui al comma 1 dell'art. 28 non esplicita il limite temporale di efficacia del provvedimento di sospensione soprintendentizio; nel silenzio del legislatore si è ritenuto che "l'ordine valga a tempo indeterminato, fino al rilascio dell'autorizzazione", con conseguente automatica caducazione dell'ordine stesso una volta intervenuta la prescritta autorizzazione [A. ROCCELLA, ⑨, 173]. Viceversa, nel caso di interventi realizzati in difformità (e non in assenza) della prescritta autorizzazione, si è ritenuto che il provvedimento sia efficace "fino a sua espressa revoca da parte del soprintendente, il quale potrà disporre in tal senso solo a seguito di formale impegno da parte dell'interessato a ricondurre gli interventi nei limiti dell'autorizzazione rilasciata" [A. ROCCELLA, ⑨, 175].

③ **Il potere cautelare previsto nel comma 2.** Il comma 2 dell'art. 28 disciplina il potere del soprintendente di ordinare l'inibizione o la sospensione degli interventi relativi a *cose* di presumibile interesse culturale per le quali, però, non sia intervenuta la *dichiarazione* (per i beni privati di cui all'art. 10, comma 3) o la *verifica* dell'interesse culturale (per i beni pubblici o in proprietà di persone giuridiche private senza scopo di lucro di cui all'art. 10, comma 1). A rigore, in assenza di uno di tali atti (*dichiarazione* o *verifica*) non si può parlare ancora di *bene culturale* , proprio perché non è stata ancora stata acclarata la *qualitas* culturale della *res* attraverso uno dei procedimenti amministrativi a ciò predisposti dalla legislazione speciale [in generale, sulla differenza tra *cosa* e *bene* , si rinvia al classico studio di S. PUGLIATTI, ③, oltre che a Id., ④, 175 ss.. Con specifico riguardo all'evoluzione della nozione di bene culturale, T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, ⑩, 47; M.S. GIANNINI, ⑥, 3 ss., 24; G. ROLLA, ⑨, 563 ss., 575; A.L. TARASCO, ⑩, 19 ss.].

Nonostante il mancato accertamento del suo carattere culturale, la *res* può comunque rivestire un interesse tale da giustificare la possibile adozione di un provvedimento di vincolo, da avviarsi successivamente, entro termini legislativamente predeterminati (30 giorni). È per questo che — nelle more del perfezionamento del vincolo — può apparire necessario preservare l'integrità della *res* , inibendo o sospendendo gli interventi. Ne deriva che il fondamento del potere cautelare di cui al comma 2 è da ricercarsi nelle esigenze di tutela che, tuttavia, cessano ove il procedimento di *dichiarazione* o *verifica* dell'interesse culturale (a seconda dei casi) non venga avviato entro i trenta giorni dalla "ricezione" dell'ordine stesso (cioè dalla sua "notifica"). In tale ipotesi, il provvedimento cautelare di inibizione o sospensione dei lavori (*rectius* : degli interventi) viene implicitamente revocato.

Sebbene il Codice nulla disponga al riguardo, sembra da escludersi la legittimità di un nuovo provvedimento cautelare ove al primo non sia seguita la comunicazione dell'avvio del procedimento per la verifica o la dichiarazione dell'interesse culturale della *cosa* [contra, nel senso dell'ammissibilità, M.C.

SPENA, ③, 298]. Diversamente, ove fosse consentito all'Amministrazione dei beni culturali imporre una misura cautelare identica alla prima implicitamente revocata per mancato avvio del procedimento pur in assenza di nuove e significative circostanze sopravvenute, l'iniziativa privata sarebbe illegittimamente compressa *sine die* attraverso la sostanziale elusione della *ratio* della norma, che funzionalizza l'imposizione della misura cautelare all'acclaramento dell'interesse culturale del bene e, dunque, all'avvio del relativo procedimento entro termini perentori. Tanto è vero che altra ipotesi di revoca implicita è — all'evidenza — il caso in cui il procedimento stesso venga, sì, avviato ma si concluda con esito negativo, senza possibilità che esso venga reiterato indefinitamente e immotivatamente.

④ **La verifica preventiva dell'interesse archeologico.**

4.1. **Fonti normative.** Il potere del soprintendente — previsto dal comma 4 — di richiedere saggi archeologici preventivi, "in caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti su aree di interesse archeologico", costituisce tipica misura preventiva, non prevista nel corrispondente art. 28 del T.U. del 1999, sebbene — come rilevato nella Relazione illustrativa allo schema del Codice — rappresenti un "istituto già presente nella prassi amministrativa". La disposizione costituisce, pertanto, la "positivizzazione della prassi amministrativa dei saggi archeologici preventivi" [come rilevato da M.C. SPENA, ③, 299], secondo uno schema di giuridificazione di norme non scritte già noto nell'ordinamento pubblico-amministrativo [A.L. TARASCO, ⑩, *passim*].

La disposizione è indubbiamente utile ["ancorché di dubbio fondamento nei principi e criteri della legge di delega", secondo A. ROCCELLA, ⑨, 177], esprimendo lo sforzo di contemperare le esigenze di tutela archeologica con quella dell'efficacia dell'azione amministrativa in materia di realizzazione di opere pubbliche. Essa è finalizzata ad evitare sospensioni degli interventi pubblici dovuti a ritrovamenti archeologici che possano rivelarsi preclusivi della realizzazione dell'opera, con conseguente lievitazione dei costi complessivi.

La necessità di disciplinare compiutamente la fattispecie, al di là della prassi amministrativa e della normativa speciale vigente sulle "grandi opere" di cui al d.lg. 17 agosto 2005, n. 189, era stata avvertita da tempo, come è testimoniato dalla determinazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici del 19 maggio 2004, n. 9.

La generica previsione del comma 4 dell'art. 28 Codice è stata, così, attuata e puntualizzata dal decreto l. 26 aprile 2005, n. 63, recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo e la coesione territoriale, nonché per la tutela del diritto d'autore, e altre misure urgenti", conv., con modif., dall'art. 1, l. 25 giugno 2005, n. 109, ed ulteriormente modificato dal decreto l. 17 agosto 2005, n. 164, sebbene, poi, quest'ultimo sia decaduto senza essere convertito in legge entro i 60 giorni prescritti.

La normativa di cui al decreto legge n. 63/05 è successivamente rifluita negli artt. 95 e 96 dello schema di decreto legislativo recante il *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture* di cui al d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 per evidenti ragioni di coerenza sistematica; in particolare, nell'art. 96, comma 2,

lett. c), del c.d. *Codice degli appalti*, è confluita anche la disposizione dell'art. 4, comma 1, decreto legge n. 164/05, decaduta perché non convertita in legge. Tuttavia, nel contempo, stupisce che gli artt. 2 *ter-2 quinquies*, decreto legge n. 63/05, non siano stati inseriti immediatamente dopo l'art. 28 *Codice*, saldandosi, così, anche attraverso un richiamo, al d.lg. n. 42/04, in quanto norme che da un punto di vista logico-giuridico rappresentano un *continuum* delle disposizioni codicistiche. La scelta di far vivere disposizioni connesse al Codice separatamente da questo costituisce prova della scarsa lungimiranza del legislatore che, una volta adottato il *Codice* proprio per ragioni di semplificazione, chiarezza e qualità della regola giuridica, tradisce gli obiettivi prefissati, ritornando a legiferare per compartimenti stagni e ponendo il problema, dopo nemmeno due anni dall'entrata in vigore del d.lg. n. 42/04, della riunificazione delle diverse disposizioni nel frattempo emanate [G. LEONE, A.L. TARASCO, @ 5 ss.]. L'imperfetta scelta legislativa si desume, a contrario, da quella effettuata nel citato *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, in cui, invece, quella disciplina è stata inserita, inerendo alla materia dei lavori pubblici: dei due Codici concernenti diversi segmenti dell'attività amministrativa (*Beni culturali e Appalti*), la verifica preventiva dell'interesse archeologico è disciplinata soltanto in quello posteriore.

4.2. Precedenti nazionali ed internazionali. In Italia, un precedente normativo della disposizione in commento deve ricercarsi nell'accennata legislazione speciale sulle "grandi opere": l'art. 3, comma 8, d.lg. 20 agosto 2002, n. 190 prevede che per le infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale l'autorizzazione all'introduzione dei tecnici nelle proprietà private (art. 15, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 recante il t.u. in materia di espropriazione per pubblica utilità) "può essere estesa al compimento di ricerche archeologiche" e "può essere rilasciata dalla autorità espropriante ovvero dal concessionario delegato alle attività espropriative, ai soggetti o alle società incaricate della predetta attività anche prima della redazione del progetto preliminare". Tali ricerche archeologiche sono compiute "sotto la vigilanza delle competenti soprintendenze, che curano la tempestiva programmazione delle ricerche ed il rispetto della medesima, allo scopo di evitare ogni ritardo all'avvio delle opere".

In generale, poi, l'art. 18, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 554/99, recante il regolamento di attuazione dell'abrogata legge quadro in materia di lavori pubblici (l. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modif.), già stabilisce che il progetto preliminare dell'opera pubblica è composto, tra l'altro, dalle "indagini geologiche, idrogeologiche e archeologiche preliminari".

La novità della disposizione in esame (intesa come il combinato disposto dell'art. 28, comma 4, Codice, e artt. 2 *ter* ss., d.l. n. 63/05) consiste, pertanto, non già nell'aver elaborato ciò che era sconosciuto alla prassi amministrativa o all'ordinamento, quanto nell'aver dettagliato e procedimentalizzato le fasi precedenti alla decisione con cui il soprintendente ordina l'esecuzione dei saggi archeologici, nonché nell'aver chiarito e differenziato le determinazioni amministrative conseguenti agli stessi esiti degli scavi archeologici.

Il sistema di valutazione preventiva dell'interesse archeologico (c.d. *V.I.Arch.*)

prescelto nel d.l. n. 63/05 si distingue nettamente da quello adottato in Francia con l'art. L. 522-4 e L. 522-5 del *Code du patrimoine* francese (*ordonnance* n. 2004-178 del 20 febbraio 2004), in cui si prevede la realizzazione di una *mappatura delle aree di interesse archeologico* attraverso la redazione di una carta archeologica nazionale [in lingua italiana, per alcuni cenni, si vedano L. CASINI, @ 98 ss.; S. CASSESE, @ 95 ss.. Nella letteratura francese, J.-M. PONTIER, @ 1330 ss.].

È evidente l'impossibilità di realizzare in Italia un sistema siffatto che — sebbene dotato di maggiore scientificità — bloccherebbe per un tempo illimitato le opere pubbliche italiane, considerata la potenziale rilevanza archeologica dell'intero territorio nazionale e di alcune regioni in particolare (si pensi all'antica *Etruria* o alla *Magna Graecia*).

Sul piano internazionale, la necessità di tutelare le aree archeologiche (*lato sensu*) individuate per la realizzazione di un'opera pubblica è già prevista nella *European convention on the protection of the archaeological heritage (revised)*, aperta alla firma, a La Valletta, il 16 gennaio 1992 ed entrata in vigore il 25 maggio 1995. Il punto *iv*) dell'art. 5 della Convenzione stabilisce espressamente l'obbligo delle parti contraenti "to make provision, when elements of the archaeological heritage have been found during development work, for their conservation in situ when feasible".

Come può notarsi, la Convenzione — peraltro non ancora ratificata dall'Italia e, dunque, non ancora obbligatoria — non stabilisce specificamente un obbligo di sottoporre a valutazione archeologica preliminare l'area su cui devono realizzarsi i lavori edilizi, ma impone agli Stati contraenti (*rectius*: ratificanti) unicamente l'obbligo di adottare le determinazioni del caso per la conservazione *in situ* delle evidenze archeologiche che dovessero rinvenirsi non già prima dei lavori ma durante il corso di questi ("during development work"). Più pertinente è, forse, il punto *iii*) dell'art. 5 della medesima Convenzione, che impegna gli Stati "to ensure that environmental impact assessments and the resulting decisions involve full consideration of archaeological sites and their settings"; similmente, il punto *ii.a*) impone "the modification of development plans likely to have adverse effects on the archaeological heritage".

4.3. Le "aree di interesse archeologico": nozione. Le "aree di interesse archeologico" su cui il soprintendente può ordinare i saggi archeologici preventivi sono distinte sia dalle "aree archeologiche e i parchi archeologici" — che l'art. 101 Codice definisce tecnicamente come "luoghi della cultura" e che, oltre al fatto di poter essere già vincolate, possono essere oggetto dei poteri autorizzatori e cautelari del soprintendente di settore — che dalle "zone di interesse archeologico", tutelate *ex lege* dalla legge n. 431/85 (c.d. legge Galasso), secondo disposizioni rifluite nella vigente lett. *m*), art. 142, comma 1, Codice (come riferito nel chiaro disposto dell'art. 2 *ter*, comma 7, d.l. n. 63/05).

Per definizione, le "aree di interesse archeologico" non sono caratterizzate da una situazione di evidenza circa la sussistenza (o la mera probabilità di rinvenimento) di reperti archeologici, dal momento che lo stesso art. 28, comma 4, Codice, si riferisce ad aree per le quali non siano intervenute la

verifica dell'interesse culturale di cui all'art. 12 Codice o la dichiarazione di interesse particolarmente importante di cui all'art. 13 Codice.

In pratica, le "aree di interesse archeologico" appaiono *prima facie* come terreni comuni, non interessati da alcun vincolo archeologico (in atto o *in fieri*) in quanto non previamente individuabili quali aree archeologiche, ma su cui, nondimeno, si ravvisa la ragionevole possibilità di rinvenire reperti archeologici sulla base di indagini geologiche ed archeologiche preliminari, la lettura di riferimenti bibliografici e di dati d'archivio.

4.4. Il provvedimento soprintendentizio di sottoposizione alla V.I.Arch.: presupposti e ratio. Le "aree di interesse archeologico" cui si riferisce la disposizione in commento non sono tutelate né *ex lege* né attraverso un provvedimento amministrativo di vincolo, con la conseguenza che per assoggettarle a saggi archeologici preventivi è necessaria una valutazione tecnico-discrezionale — affidata al soprintendente di settore — circa la (mera) possibilità che l'area in questione rivesta un presumibile interesse archeologico. È per questo che il comma 3 dell'art. 2 *ter*, d.l. n. 63/05, affida al soprintendente archeologo il potere di "richiedere motivatamente" la sottoposizione dell'intervento edilizio (pubblico) alla procedura di verifica dell'interesse archeologico ogni qualvolta egli "ravvisi l'esistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione".

A tal fine si stabilisce previamente l'obbligo delle stazioni appaltanti di trasmettere al soprintendente archeologo competente *ratione loci*, prima ancora della sua approvazione, copia del progetto preliminare dell'intervento o di un suo stralcio; sulla base di tale documentazione, raccolta e validata da soggetti qualificati per i quali è prevista la formazione di un apposito elenco (comma 2, art. 2 *ter*, d.l. n. 63/05), il soprintendente effettua la valutazione tecnico-discrezionale di cui sopra, determinando o meno la sottoposizione dell'opera pubblica da realizzarsi alla procedura di V.I.Arch., per la quale è dettata la minuziosa procedura di cui al successivo art. 2 *quater*, d.l. n. 63/05.

La documentazione che la stazione appaltante è tenuta ad inviare non presenta elementi di novità rispetto agli elaborati descrittivi e grafici che caratterizzano la progettazione preliminare, ivi inclusa la relazione archeologica di cui all'art. 18, comma 1, lett. *d*) del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

Il procedimento disciplinato dagli artt. 2 *bis* e 2 *ter*, d.l. n. 63/05, è finalizzato proprio alla formazione di siffatta valutazione tecnico-discrezionale circa la sussistenza o meno dell'interesse archeologico. Il provvedimento del soprintendente — oltre ad essere ricorribile davanti al giudice amministrativo alla stregua di qualsiasi altro provvedimento caratterizzato da discrezionalità tecnica [sulla discrezionalità tecnica ed il problema della sua sindacabilità, per tutti, P. LAZZARA, ④ F. LIGUORI, ④ D. DE PRETIS, ④ C. MARZUOLI, ④ F. LEDDA, ⑦ 179 ss.; N. DANIELE, ⑤ 295 ss.; V. BACHELET, ④ P. VIRGA, ① 95 ss.. Sulle valutazioni tecnico-discrezionali nei procedimenti relativi ai beni culturali, A.L. TARASCO, ④ 2443 ss.] — è sindacabile attraverso il ricorso amministrativo di cui all'art. 16 Codice, grazie all'estensione operata dal comma 5, art. 2 *ter*, d.l. n. 63/05.

L'opportunità di esperire la procedura di valutazione preventiva dell'interesse archeologico (c.d. V.I.Arch.) sorge, all'evidenza, non già in sede di approvazione

del progetto definitivo dell'opera pubblica, quanto in un momento precedente l'approvazione dello stesso progetto preliminare al fine di acquisire dati conoscitivi del territorio e ridurre al minimo, così, il c.d. *rischio archeologico*. L'anticipazione della procedura di V.I.Arch. trova giustificazione nel dato per cui la mera possibilità che nell'area individuata per la realizzazione dell'opera pubblica possano rinvenirsi reperti archeologici potrebbe suggerire alla stazione appaltante di localizzare diversamente l'opera pubblica sia al fine di non vedersi addossate le spese per l'esecuzione della V.I.Arch. che per evitare il successivo, quanto possibile, *blocco del cantiere*.

In definitiva, la *ratio* della procedura di "archeologia preventiva" risiede nell'opportunità di compiere verifiche prima che la localizzazione dell'opera venga formalizzata; a conferma di tale esigenza, nel procedimento previsto dall'art. 3 del d.lg. 20 agosto 2002, n. 190, l'approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE interviene soltanto dopo che siano definite le zone di rispetto e le misure di salvaguardia correlate.

È per questo che il comma 8, art. 2 *ter*, d.l. n. 63/05, aggiunto in sede di conversione dalla legge n. 109/05, esclude dall'applicazione della procedura di V.I.Arch., le opere pubbliche per le quali, alla data di entrata in vigore della legge, sia già intervenuta l'approvazione del progetto preliminare.

4.5. La procedura di V.I.Arch. La procedura della V.I.Arch. è descritta e disciplinata nell'art. 2-*quater*, d.l. n. 63/05, poi confluito, come già accennato *retro*, nell'art. 96 del *Codice degli appalti*. (d.lg. 163/06) Essa si articola in due fasi successive che rappresentano "livelli progressivi di approfondimento" della ricerca archeologica. Il livello successivo è condizionato al fatto che la prima fase abbia dato esiti archeologicamente significativi (art. 2 *quater*, comma 1, d.l. n. 63/05). Ne deriva che la V.I.Arch. può anche concludersi alla prima fase, ove non emerga nessuna testimonianza archeologica di rilievo.

In ogni caso, la procedura è chiusa con l'approvazione da parte del soprintendente archeologo di una relazione finale che descrive le operazioni svolte, qualifica il grado d'interesse archeologico dell'area interessata dai lavori, detta le prescrizioni conseguenti ed integra l'avvio del procedimento di vincolo nell'ipotesi in cui emergano fatti idonei alla dichiarazione dell'interesse culturale dell'area (art. 2 *quater*, comma 2, d.l. n. 63/05).

Le determinazioni da assumere a conclusione della procedura di V.I.Arch. (comma 2, art. 2 *quater*) sono differenziate e graduate in funzione dei risultati cui essa è pervenuta (comma 4 del più volte citato art. 2 *quater*).

Gli esiti possibili sono di tre tipi: *a*) se "lo scavo stratigrafico esaurisce direttamente l'esigenza di tutela", la procedura si considera chiusa con esito negativo ed accerta l'insussistenza dell'interesse archeologico; *b*) se non si "evidenziano reperti leggibili come complesso strutturale unitario con scarso livello di conservazione per i quali sono possibili interventi di reinterro oppure smontaggio-rimontaggio e musealizzazione in altra sede rispetto a quella di rinvenimento", la soprintendenza detta le prescrizioni necessarie ad assicurare la conoscenza, conservazione e protezione dei rinvenimenti archeologicamente rilevanti, salve le misure di tutela eventualmente da adottare per i singoli rinvenimenti o per il loro contesto. Al provvedimento di tutela dell'area e,

quindi, al presumibile divieto di inizio dei lavori si giunge solo nella terza ipotesi, cioè ove la procedura valutativa abbia evidenziato c) "complessi di particolare rilevanza, estensione e valenza storico-archeologica tutelabili integralmente" ai sensi del Codice in commento: in tal caso, le prescrizioni del soprintendente sono incluse nei provvedimenti di tutela dell'area interessata dai rinvenimenti ed il Ministero per i beni e le attività culturali avvia il procedimento di dichiarazione di cui agli articoli 12 e 13 del Codice. La formulazione della citata lett. c) coincide con quella originariamente introdotta dal d.l. n. 63/05, ma che il Governo aveva tentato di modificare — con l'art. 4, d.l. 17 agosto 2005, n. 164, poi decaduto senza essere convertito in legge — nel senso di "complessi la cui conservazione non può essere altrimenti assicurata che in forma contestualizzata mediante l'integrale mantenimento in sito". Tale ultima formulazione — che, come detto, è poi confluita nell'art. 96, comma 2, lett. c), *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture* del 2006 — meglio specifica il carattere di *extrema ratio* del provvedimento di tutela dell'area, ancorando il divieto di prosecuzione di lavori alla inderogabile necessità che l'area archeologica rinvenuta possa essere tutelata esclusivamente *in situ*, senza possibilità, ad esempio, di asporto e musealizzazione in luogo diverso da quello originario.

Se sono a carico della stazione appaltante le spese della *V.I.Arch.* (art. 2 *quater*, comma 5, d.l. n. 63/05, che ripete l'analoga disposizione dell'art. 28, comma 4, Codice), ovviamente incombe sull'amministrazione dei beni culturali o sul concessionario di questa il costo degli eventuali scavi archeologici di ricerca dopo il positivo esito degli stessi saggi archeologici preventivi.

La direzione della procedura è affidata al Soprintendente archeologo. Le forme di collaborazione e di coordinamento con la stazione appaltante sono regolate da un apposito accordo *ex art.* 15, legge n. 241/90, secondo un modello-tipo da approvarsi con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro per le infrastrutture e i trasporti. In tali accordi, sarà possibile graduare meglio la complessità della procedura in relazione all'entità e alla tipologia dei lavori da eseguirsi.

4.6. L'eccezione delle cc.dd. grandi opere. Rispetto a tale procedimento "a regime", notevoli deroghe sono apportate per le opere strategiche e di preminente interesse nazionale dal d.lg. 17 agosto 2005, n. 189 che — introducendo un *Allegato tecnico* — apporta talune modifiche ed integrazioni al d.lg. n. 190/02, dedicato, appunto, alle cc.dd. grandi opere.

In particolare, l'art. 38 del citato *Allegato tecnico*, d.lg. n. 190/02, introdotto dal d.lg. n. 189/05 ed ora trasfuso nell'*Allegato XXI* del d.lg. n. 163/06 (artt. 38) con gli opportuni coordinamenti formali disciplina le specifiche disposizioni in materia di archeologia preventiva applicabili alle infrastrutture e agli insediamenti produttivi di interesse nazionale.

Il comma 1 dell'art. 38, d.lg. n. 190/02, esclude in materia l'applicabilità dei commi 1 e 2 dell'art. 2-*quinqies*, d.l. n. 63/05 e, dunque, la potestà legislativa delle province autonome di Trento e Bolzano e delle regioni in relazione alle opere di competenza regionale. A tali soggetti sarà precluso, consequenzial-

mente, apportare modifiche rispetto a quanto prescritto dal combinato disposto del d.l. n. 63/05 e dell'art. 38 dell'*Allegato tecnico* del d.lg. n. 190/02.

Così disponendo, nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale [C. Cost. 1° ottobre 2003, n. 303, FA CDS, 2005, 2776], il legislatore riserva allo Stato una potestà legislativa esclusiva in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, riducendo gli spazi prima riconosciuti dal d.l. n. 63/05 sia alle province autonome di Trento e Bolzano che alle regioni per le opere di competenza regionale.

Inoltre, il comma 2 dell'art. 38, d.lg. n. 190/02, riduce da novanta a trenta giorni il termine entro cui il soprintendente può richiedere motivatamente la sottoposizione dell'intervento edilizio alla procedura di *V.I.Arch.* di cui all'art. 2-*quater*, d.l. n. 63/05, ove vi ravvisi, ovviamente, un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione. In ogni caso, la richiesta di approfondimenti istruttori prevista nel comma 4 dell'art. 2-*quater* è limitata ad un'unica volta, e non, invece, pressoché indefinitamente, come lascia ipotizzare la formulazione di tale ultima disposizione.

Senza dubbio, la novità (e la distonia sistemica) più significativa è rappresentata dal 3° comma dell'art. 38, d.lg. n. 190/02, dove si stabilisce che pur nelle more del perfezionamento della procedura di *V.I.Arch.*, "il soggetto aggiudicatore può approvare e sottoporre alla deliberazione del CIPE il progetto preliminare dell'opera"; ciò è condizionato, però, dal fatto che "l'esito delle indagini archeologiche in corso consenta la localizzazione dell'opera medesima o comporti prescrizioni che permettano di individuarne un'ideale localizzazione". La criptica disposizione non brilla per chiarezza. Vi si prescrive che il perfezionamento in atto della procedura di *V.I.Arch.* non è ostativo dell'approvazione del progetto preliminare e della sua conseguente sottoposizione alla deliberazione del CIPE prevista per le opere strategiche di interesse nazionale. Tuttavia, a rigore, se le indagini archeologiche sono "in corso", allo stato, esse non possono aver dato luogo ad alcun "esito" da cui possa desumersi con certezza o ragionevole probabilità la localizzazione dell'opera pubblica o la individuazione di un'altra idonea localizzazione.

L'avvio della procedura della *V.I.Arch.* è determinata proprio dalla sussistenza di un presumibile interesse archeologico, per il cui accertamento non può che attendersi l'*esito definitivo* delle indagini archeologiche. Quest'ultime, pertanto, per poter generare "un esito", devono concludersi e non essere semplicemente "in corso". In attesa della loro definizione, non vi può essere alcun "esito", ma solo — se del caso — un giudizio prognostico sulla ragionevole possibilità (cui peraltro non accenna l'art. 38, d.lg. n. 190/02) che la procedura di *V.I.Arch.* si concluda in un senso che consenta, in qualche modo, la localizzazione dell'opera pubblica nell'area oggetto delle indagini archeologiche preventive o in altra ugualmente idonea.

Che si debba attendere necessariamente l'esito di quest'ultime si desume, d'altro canto, dal fatto che se non vi fosse alcun interesse archeologico, il soprintendente non potrebbe mai attivare la procedura di valutazione di impatto archeologico (comma 3; art. 2-*ter*, d.l. n. 63/05). Con la conseguenza che il motivato dubbio sull'esistenza dell'interesse archeologico dell'area indivi-

duata per l'opera pubblica non può essere sciolto che attraverso la conclusione delle stesse indagini archeologiche. Al contrario, consentire l'approvazione del progetto preliminare e la sua sottoposizione alla deliberazione del CIPE sulla base di *esiti di indagini in corso* significa *formalmente* rispettare la *V.I.Arch.*, ma *sostanzialmente* eluderla nelle sue conclusioni (che infatti non vengono attese per l'approvazione del progetto preliminare). Con gravi conseguenze nel caso in cui, a progetto preliminare approvato, la conclusione delle indagini archeologiche abbia rilevato, come esito effettivo, l'esistenza di complessi da tutelarsi *in situ*.