

ANTONIO LEO TARASCO

PARTE II
BENI CULTURALI

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Isbn 9788828810148

Estratto dal volume:

**CODICE DEI BENI CULTURALI
E DEL PAESAGGIO**

a cura di
Maria Alessandra Sandulli

III Edizione

2019

27 **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.*

ANTONIO LEO TARASCO

BIBLIOGRAFIA

① A.L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004, 149-153; ② 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.; ③ 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.; ④ V.M. SESSA, *Sub art. 27*, in M. CAMMELLI, a cura di, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 167 ss.; ⑤ C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017.

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.

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. 191. 1° giugno 1939, n. 1089. La norma facoltizza il soggetto, pubblico o privato che sia (diversamente, M.C. SPENA, ③, 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, nonché, 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, dell'art. 169 del Codice (sull'apparato sanzionatorio contenuto nel Codice, si veda in generale M.A. SANDULLI, ②, 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 traducendosi 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. 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. 1 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 ① 149-153).

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. 1089/1939 — configura ancora l'attività conservativa d'urgenza come una facoltà piuttosto che un obbligo imposto al soggetto (pubblico o privato).

La giurisprudenza non ha avuto modo di occuparsi diffusamente dell'applicazione della norma, atteso che i proprietari dei beni raramente si prodigano nell'intraprendere attività (sebbene urgenti) a tutela del bene culturale, preferendo più spesso intraprendere i lavori solo ove finanziati dall'Amministrazione centrale. La disposizione, quindi, appare tra le meno applicate del Codice del 2004. Il che spiega anche i non numerosi casi giurisprudenziali.

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 al quale 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. Deve, comunque, trattarsi di “presupposti rigorosi” (C. BARBATI, M. CAMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, ③, 154) la cui ricorrenza può essere accertata in giudizio onde verificare la legittimità dell’operato.

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 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 o obbligati (a seconda delle tesi) 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 che 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, ④, 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 »).

A conferma di tale tesi si ponga mente al fatto che il disposto dell’art. 27 del Codice, unitamente a quello dell’art. 30, comma 3 (secondo cui « i privati proprietari,

possessori o detentori di beni culturali sono tenuti a garantirne la conservazione ») costituiscono specifiche deroghe ai principi dell'art. 11, d.P.R. n. 380/2001 (t.u. dell'edilizia) secondo cui « il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo »: l'area dei soggetti legittimati o, a nostro avviso, obbligati a garantire la tutela d'urgenza del bene culturale è, invece, più ampia di quella dei soggetti aventi titolo a richiedere ed ottenere il permesso di costruire, dal momento che la *ratio* ispiratrice della previsione in esame si rinviene nell'esigenza di assicurare comunque la realizzazione di interventi urgenti volti ad evitare danni al bene tutelato, indipendentemente dal titolo giuridico in base al quale si usa, si possiede o si dispone in qualsiasi modo del bene culturale in pericolo (Cons. St., VI, 22 settembre 2008, n. 4570, FA CDS, 2008, 2497). Infatti, l'intervento d'urgenza deve spiegarsi in relazione alla *res* « nella sua oggettività storico-culturale, indipendentemente quindi dalla sua appartenenza », essendo la certezza del proprietario « indifferente al legislatore che con la norma in esame mostra evidentemente di voler sacrificare alla conservazione del bene la certezza dell'effettivo proprietario, atteso che questi può essere identificato a posteriori con tutte le conseguenze che ne derivano, sul piano civilistico, in ordine ai rapporti tra il soggetto (anche concessionario) che avesse eventualmente eseguito i lavori ed il diverso soggetto che fosse successivamente riconosciuto proprietario del bene » (TAR Campania, II, 24 giugno 1998, n. 2078, FA, 1999, 199).

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'articolo 10, anche quando per esse non siano ancora intervenute la verifica di cui all'articolo 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'articolo 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'articolo 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'articolo 13, il soprintendente può richiedere l'esecuzione di saggi archeologici preventivi sulle aree medesime a spese del committente.*

ANTONIO LEO TARASCO

BIBLIOGRAFIA

① P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, Jus, 1957, 95 ss.; ② S. PUGLIATTI, voce *Beni (Teoria generale)*, EdD, V, Milano, 1959, 175 ss.; ③ S. PUGLIATTI, *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.; ⑤ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; ⑥ G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, II, Milano, 1988, 563 ss., 575; ⑦ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; ⑧ F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli, 2000; ⑨ A. ROCCELLA, *Sub art. 28*, in M. CAMMELLI, a cura di, *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, Bologna, 2000, 126 ss., 128; ⑩ T. ALIBRANDI, P. G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, IV ed., 2001, 47; ⑪ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; ⑫ A. L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Napoli, 2003; ⑬ J.-M. PONTIER, *Le code du patrimoine*, AJDA, 2004, 1330 ss.; ⑭ A. L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004; ⑮ A. L. TARASCO, *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, FA TAR, 2004, 2443 ss.; ⑯ L. CASINI, *La codificazione del diritto dei beni culturali in Italia e in Francia*, GD AMM, 2005, 98 ss.; ⑰ S. CASSESE, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, GD AMM, 2005, 95 ss.; ⑱ 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.; ⑲ L. MALNATI, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico*, AEDON, n. 3/2005; ⑳ 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.; ㉑ A. ROCCELLA, *Sub art. 28*, in M. CAMMELLI, a cura di, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 169 ss.; ㉒ A. L. TARASCO, *Forza ed attualità della consuetudine amministrativa in una democrazia liberale*, in *Ritorno al diritto*, 2007, n. 6, 137 ss. nonché in www.amministrazioneincammino.luiss.it; ㉓ A. L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, FA CDS, 2008, 2261 ss.; ㉔ H. EHMKE, « Discrezionalità » e « concetto giuridico indeterminato » nel diritto amministrativo, Napoli, 2011; ㉕ A. FONTANA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, FA CDS, 2011, 3216 ss.; ㉖ A. RICCI, *Senz'archeologo si va a sbattere*, in *Il Sole 24 ore*, 15 maggio 2011; ㉗ A. L. TARASCO, *Esportabilità di cose straniere e requisito di italianità dell'opera (Osservazioni a Tar Lazio, sez. II-quater, 24 marzo 2011, n. 2659)*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it; ㉘ G. COFRANCESCO, F. BORASI, *Le figure della discrezionalità amministrativa*, Torino, 2012; ㉙ G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, DP AMM, 2012, 718 ss.; ㉚ G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, DP AMM, 2013, 513 ss.; ㉛ L. MALNATI, M. G. FICHERA, S. MARTONE, *La tutela del patrimonio archeologico italiano: i limiti dell'attuale normativa e nuove proposte di integrazione al Codice*, AEDON, n. 3/2015; ㉜ C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017; ㉝ A. SAU, *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità*, AEDON, n. 1/2017; ㉞ A. L. TARASCO, *Il patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, 2017.

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. Presupposti e premesse assiologiche; 4.2. Fonti normative: 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.*: 4.5.1. Il problema della indeterminatezza del termine di conclusione del procedimento di *V.I.Arch.*; 4.6. Fasi ed esiti della verifica preventiva: modifiche e conferme della disciplina; 4.7. Il problema della (in)applicabilità della *V.I.Arch.* alle opere private di interesse pubblico; 4.8. L'estensione della *V.I.Arch.* alle opere dei c.d. settori speciali; 4.9. L'elenco di professionisti di cui al d.m. n. 60/2009. — 5. Archeologia preventiva e professione di archeologo.

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, 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: infatti, pur in presenza di una regolare autorizzazione ai sensi dell'art. 21 d.lg. n. 42/2004, non residua alcuno spazio volto all'emanazione di misure cautelari quali l'ordine di sospensione dei lavori *ex* art. 28 d.lg. n. 42/2004, a meno che questi non siano condotti in difformità dal progetto autorizzato ovvero si contesti una infedele rappresentazione dello stato originario dei luoghi o delle cose di potenziale interesse culturale (Cons. St., VI, 12 febbraio 2015, n. 769, GD, 2015, 12, 86; TAR Genova, I, 19 maggio 2014, n. 787, FA, 2014, 5, 1551).

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

La disposizione del Codice disciplina fattispecie in cui ad essere contrapposti all'Amministrazione preposta al patrimonio culturale non sono soltanto soggetti privati ma altresì soggetti pubblici, atteso che i lavori possono anche essere iniziati o proseguiti da stazioni appaltanti così come possono riguardare anche solo indirettamente i beni culturali che possono offrire unicamente il contesto di riferimento in cui i lavori stessi s'inseriscono (per una applicazione giurisprudenziale in tema di lavori indetti dall'Amministrazione comunale de L'Aquila per la realizzazione di una linea tranviaria di superficie in un'area caratterizzata dalla presenza di beni vincolati, si veda TAR Abruzzo, I, 17 gennaio 2009, n. 32).

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 del Codice, infatti, duplica specularmente il potere del soprintendente — già disciplinato nel veduto comma 1 dell'art. 28 del 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, ⁹⁵, 169 e, in precedenza, sotto la vigenza del d.lg. n. 490/1999, Id., ⁹⁶, 128). È evidente come il disposto dell'art. 26, comma 3, del Codice, ripeta la medesima previsione di cui all'art. 28, comma 1, del 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, ⁹⁵, 169). 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, ⁹⁵, 169).

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) (cfr. TAR Campania, Napoli, IV, 29 febbraio 2016, n. 1100; Cons. St., VI, 12 febbraio 2015, n. 769, GD, 2015, 12, 86). 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 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, ⁹⁷, oltre che a Id., ⁹⁸, 175 ss. Con specifico riguardo all'evoluzione della nozione di bene culturale, T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, ⁹⁹, 47; M.S. GIANNINI, ¹⁰⁰, 3 ss., 24; G. ROLLA, ¹⁰¹, 563 ss., 575; A.L. TARASCO, ¹⁰², 19 ss., nonché, con specifico riguardo al problema della (im)materialità del bene culturale, anche in una prospettiva internazionale e di diritto comparato, A.L. TARASCO, ¹⁰³, ora anche in A. L. TARASCO, ¹⁰⁴, *passim*).

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. In pratica, il potere in esame può essere esercitato in via cautelare nell'ipotesi di rinvenimento di beni di notevole interesse storico o artistico, preferendo tale strumento ad una generalizzata ed illegittima sottoposizione preventiva a tutela di una vasta area, considerato che tale potere impositivo potrebbe risultare sproporzionato rispetto alle finalità di pubblico interesse di conservazione delle preesistenze archeologiche dell'area medesima (sul punto, si veda Cons. St., VI, 5 agosto 2005, n. 4141, RG ED, 2005, I, 2086).

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, ²⁹⁸, 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'acclamamento 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.

Deve comunque porsi, quale presupposto legittimante della sospensione dei lavori *ex art. 28*, il concreto ed immediato pregiudizio all'interesse culturale oggetto di tutela. Al fine dell'attivazione del potere cautelare, devono concretizzarsi violazioni qualitativamente e quantitativamente rilevanti, pregiudizievoli in via immediata per l'interesse culturale, tali da non consentire una loro regolarizzazione nelle more della esecuzione di altre opere afferenti l'intervento (TAR Campania, Salerno, I, 7 settembre 2011, n. 1487, RGA, 2012, 2, 258).

4. La verifica preventiva dell'interesse archeologico.

4.1. Presupposti e premesse assiologiche. 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, ²⁹⁹, 299), secondo uno schema di giuridificazione di norme non scritte già noto nell'ordinamento pubblico-amministrativo (A.L. TARASCO, ³⁰⁰, *passim*).

La finalità perseguita dalla norma è di ridurre il rischio che dei reperti archeologici siano ritrovati nel corso dei lavori così da modificare il progetto già avviato ovvero impedirne la sua compiuta realizzazione. In tal modo, « l'armonizzazione dell'opera pubblica da realizzare con le esigenze di tutela viene spostata in una fase anteriore all'inizio dei lavori » (C. BARBATI, M. CAMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, ⑤, 155). Più in generale, il presupposto assiologico della disposizione normativa che impone una verifica preventiva rispetto all'esecuzione di opere pubbliche in aree in cui pur non è accertata la effettiva presenza di beni archeologici appare riconducibile alla opportunità di tutelare non già le singole evidenze archeologiche ma l'intero contesto in cui le singole cose di interesse archeologico potrebbero rinvenirsi. La concezione culturale posta alla base di siffatto procedimento supera, dunque, la concezione ottocentesca della tutela del singolo reperto (in precedenza) ritrovato e si pone in linea (ancorché astrattamente criticabile) con quanto affermato nella Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico di Malta (fatta a La Valletta, in sede di Consiglio d'Europa, il 16 gennaio 1992).

La Convenzione, infatti, sollecita gli Stati aderenti alla « costituzione di riserve archeologiche, anche dove non vi siano evidenti reperti in superficie o sott'acqua, per conservare le testimonianze materiali, affinché le generazioni future possano studiarle » (art. 2, lett. *ii*). Ancor più specificamente, la Convenzione de La Valletta impegna le Parti ratificanti « a prevedere, quando ciò sia possibile, la conservazione *in situ* degli elementi del patrimonio archeologico trovati in occasione di lavori di sistemazione del territorio » (art. 5, lett. *iv*), nonché alla « modifica dei progetti di pianificazione che rischiano di alterare il patrimonio archeologico » (art. 5, lett. *ii*). Di tal guisa, il patrimonio archeologico, sebbene coagulante elementi del passato o, addirittura, delle primitive civiltà, si appalesa come elemento vivo al punto tale da influenzare le dinamiche urbanistiche ed edilizie della società contemporanea, costituendone fattore condizionante del relativo sviluppo. Infatti, mentre la tutela dei reperti rinvenuti nel sottosuolo e da questo eradicati si presenta certamente compatibile con le normali dinamiche economico-sociali, la tutela di ciò che non è stato scoperto in quanto ancora nascosto nel sottosuolo si spiega più difficilmente ove essa si spinga fino al punto di limitare lo sviluppo di infrastrutture a servizio della società.

Infatti, altro è tutelare una serie di oggetti, per quanto numerosi, già emersi ed eventualmente pure musealizzati, altro è, invece, condizionare lo sviluppo di un territorio sul presupposto che nel suo sottosuolo possano esservi « complessi la cui conservazione non può essere altrimenti assicurata che in forma contestualizzata, mediante l'integrale mantenimento *in situ* » (come imposto dall'art. 25, comma 9, lett. *c*, d.lg. n. 50/2016).

Il tema della tutela preventiva dei beni archeologici pone problemi che vanno ben oltre il diritto dei beni culturali, involgendo altresì lo sviluppo infrastrutturale delle città alla cui definizione è bene che siano chiamati non solo gli specialisti dell'archeologia ma altresì urbanisti e pianificatori del territorio, come giustamente invocato nell'art. 5, lett. *i*), Convenzione La Valletta.

Nella logica della Convenzione, la dialettica “generazioni future-generazioni attuali” sembra risolversi a favore di quelle non ancora venute alla luce, anche in considerazione del fatto che l’esito certo della procedura di *V.i.Arch.*, come si osserverà meglio *infra*, non consiste necessariamente nella musealizzazione di quanto rinvenuto ma, unicamente, nell’adozione dei provvedimenti di vincolo (MiBAC — Direzione generale Archeologia, circ. n. 1/2012, § 12.2). Le “generazioni presenti” appaiono nettamente “svantaggiate”: in sede infrastrutturale (per i costi dell’opera lievitati; per le modifiche del progetto originariamente concepito) ed in sede strettamente culturale (attesa la non necessaria o quantomeno immediata offerta alla pubblica fruizione di quanto eventualmente ritrovato nel sottosuolo).

Il procedimento di *V.i.Arch.* appare, dunque, funzionale ad una tutela (potenzialmente indefinita) di aree il cui interesse archeologico venga acclarato non già precedentemente alla realizzazione dell’opera pubblica ma, anzi, proprio in occasione dell’avvio dei lavori connessi (e, precisamente, all’esito della valutazione della documentazione trasmessa dalla stazione appaltante o dal soggetto proponente). In pratica, l’attività di realizzazione di opere pubbliche si pone come occasione di disvelamento di aree che, in mancanza di quella ipotizzata attività di trasformazione urbana, potrebbero non suscitare un interesse scientifico e/o amministrativo.

In ciò sta la peculiarità dell’istituto giuridico che, invero, in un territorio ad altissima densità archeologica, come quello italiano (nettamente diverso da quello degli altri Paesi aderenti alla predetta Convenzione de La Valletta), che non risparmia neanche un metro quadrato al ritrovamento di elementi riconducibili a precedenti civiltà (in ciò differenziandosi, l’archeologia, unicamente dalla paleontologia ma non dalla preistoria o dalle primitive civiltà, contrariamente a quanto continua a ripetere l’art. 10, comma 1, Codice: L. MALNATI, M.G. FICHERA, S. MARTONE, ²⁴, 2), si pone quale freno notevole delle opere pubbliche ovvero, nella migliore delle ipotesi, quale fattore di lievitazione dei relativi costi a carico della collettività.

Poco rassicurante è, al proposito, il disposto di cui al comma 12 dell’art. 12, d.lg. n. 50/2016, secondo cui « gli oneri sono a carico della stazione appaltante »; oneri che la prassi amministrativa (cfr. MiBAC - Direzione generale Archeologia, circ. n. 1/2016, § 12.3) estende finanche alle pubblicazioni degli esiti della procedura, con minuziosa specificazione del “piano editoriale”, del “cronoprogramma della pubblicazione” e dello “organigramma completo dei cantieri di scavo archeologico”. Trattandosi, infatti, di opere pubbliche, gli oneri del procedimento di *V.i.Arch.* non potranno che ricadere, direttamente o indirettamente, a carico della collettività.

Nondimeno, non può non disconoscersi che la disposizione sia indubbiamente utile (« ancorché di dubbio fondamento nei principi e criteri della legge di delega », secondo A. ROCCELLA, ²⁵, 169), esprimendo lo sforzo di contemperare le esigenze di tutela archeologica con quella dell’efficacia dell’azione amministrativa in materia di realizzazione di opere pubbliche. Almeno nelle intenzioni ultime, essa è finalizzata ad evitare sospensioni degli interventi pubblici dovuti a ritrova-

menti archeologici che possano rivelarsi preclusivi della realizzazione dell'opera, con conseguente lievitazione dei costi complessivi. La disciplina mira, cioè, ad anticipare, con indagini archeologiche preventive, la verifica dell'impatto archeologico degli interventi di realizzazione delle opere pubbliche e la valutazione del possibile rilievo, sul piano delle indagini archeologiche, del progetto avviato dalla stazione appaltante. In mancanza di una « mappatura » completa delle « aree di interesse archeologico », soprattutto di quelle ancora non interessate dal relativo vincolo (strada, questa, percorsa invece, in altre Nazioni, come la Francia), il legislatore ha optato per demandare all'apprezzamento tecnico-discrezionale del soprintendente la scelta di intervenire o meno in via preventiva, nella fase del progetto preliminare dell'opera.

4.2. Fonti normative: precedenti nazionali ed internazionali. 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 del Codice è stata, così, attuata e puntualizzata dal d.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., in l. 25 giugno 2005, n. 109, ed ulteriormente modificato dal d.l. 17 agosto 2005, n. 164, sebbene, poi, quest'ultimo sia decaduto senza essere convertito in legge entro i prescritti 60 giorni.

La normativa di cui al predetto d.l. n. 63/2005, è successivamente rifluita negli artt. 95 e 96 del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, di cui al d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, all'interno del titolo concernente i lavori sui beni culturali, per evidenti ragioni di coerenza sistematica; in particolare, nell'art. 96, comma 2, lett. c), del c.d. codice dei contratti, è confluita anche la disposizione dell'art. 4, comma 1, d.l. n. 164/2005, decaduta perché non convertita in legge.

Gli artt. 2-ter, 2-quinquies, d.l. n. 63/2005, però, non erano stati incorporati nell'art. 28 del Codice, saldandosi, così, anche solo attraverso un richiamo, al d.lg. n. 42/2004, 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, tradiva 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. 42/2004, della riunificazione delle diverse disposizioni nel frattempo emanate (G. LEONE, A.L. TARASCO, [20](#), 5 ss.). L'imperfetta scelta legislativa si desumeva, *a contrario*, da quella effettuata nel citato codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture in cui, invece, quella disciplina è contenuta, inerendo alla materia dei lavori pubblici: dei due codici concernenti diversi segmenti dell'attività amministrativa (Beni culturali e Contratti), la verifica preventiva dell'interesse archeologico è disciplinata soltanto in quello posteriore, senza neppure un doveroso richiamo alla normativa speciale contenuta nella sede naturale del codice dei beni culturali e del paesaggio.

Tale vizio di origine permane anche a seguito dell'approvazione del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 il cui art. 25 disciplina, ora, unitariamente, la procedura di verifica preventiva di interesse archeologico. È tale fonte, estranea al codice dei beni culturali e del paesaggio, a contenere le disposizioni normative primarie della materia.

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. 554/1999, recante il regolamento di attuazione dell'abrogata legge quadro in materia di lavori pubblici (l. 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i.), già stabiliva che il progetto preliminare dell'opera pubblica fosse 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 dell'art. 25, d.lg. n. 50/2016) 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.*), prima prescelto nel d.l. n. 63/2005, poi confluito negli artt. 95 e 96, d.lg. n. 163/2006, ed oggi contenuto nell'art. 25, d.lg. n. 50/2016, 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, ¹⁹ 98 ss.; S. CASSESE, ²⁰ 95 ss. Nella letteratura francese, J.-M. PONTIER, ¹⁶ 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, ad esempio, 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 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. 431/1985 (c.d. legge Galasso), secondo disposizioni rifluite nella vigente lett. *m*), art. 142, comma 1, del Codice (come già riferito nel chiaro disposto dell'art. 95, comma 7, d.lg. n. 163/2006. Sul concetto e lo stato di manutenzione dei « siti archeologici », si veda C. Conti, sez. centr. controllo Stato, 11 maggio 2011, delib. n. 3/2001/G).

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 del Codice o la dichiarazione di interesse particolarmente importante di cui all'art. 13 del Codice.

In pratica, le « aree di interesse archeologico » appaiono *prima facie* come terreni comuni, privi di un vincolo archeologico 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. Il che equivale a dire, almeno in Italia, *sempre*.

Tale nozione si intreccia con il procedimento delineato dalla normativa che riconosce al soprintendente il potere di richiedere (art. 25, comma 3, d.lg. n. 50/2016) « la sottoposizione dell'intervento alla procedura prevista dai commi 8 e seguenti » successivamente al ricevimento degli elementi trasmessi dalla stazione appaltante

e delle ulteriori informazioni disponibili, laddove il complesso di tali fattori lasci ipotizzare « l'esistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione ». In pratica, ciò potrà avvenire sempre, atteso che, come riconosciuto dagli archeologi, « se le ricerche d'archivio, bibliografiche, di superficie e le tecniche di fotointerpretazione possono certamente individuare, con buoni margini di sicurezza, aree di interesse archeologico, non possono al contrario provare che le aree per cui mancano informazioni siano prive di resti archeologici » (L. MALNATI, ²⁹ § 4.1). Di qui la pervasività della procedura in argomento rispetto ad ogni opera pubblica e la conseguente necessità di fissarne contorni di adeguata garanzia per le stazioni appaltanti e le imprese esecutrici a vantaggio, in ultimo, dell'intera collettività.

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. 25, d.lg. n. 50/2016, affida al soprintendente (ormai non più necessariamente archeologo, a seguito della riforma organizzativa del Ministero dei beni culturali operata dal d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171 e dal d.m. 23 gennaio 2016, n. 44) 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 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 iscritti nell'elenco di cui al d.m. 20 marzo 2009, n. 60 (si veda specificamente *infra*), 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. 25, comma 8, d.lg. n. 50/2016.

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'abrogato art. 18, comma 1, lett. *d*) del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

Il procedimento di *V.I.Arch.* 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, ¹³; F. LIGUORI, ¹¹; D. DE PRETIS, ¹⁰; C. MARZUOLI, ⁸; 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, ^① 2443 ss.; A. FONTANA, ^② 3216 ss.; H. EHMKE, ^③ G. COFRANCESCO, F. BORASI, ^④ G. TROPEA, ^⑤ 718 ss.; G. DE ROSA, ^⑥ 513 ss. In giurisprudenza, per un interessante caso, TAR Lazio, sez. II-*quater*, 24 marzo 2011, n. 2659, su cui A.L. TARASCO, ^⑦ — è sindacabile attraverso il ricorso amministrativo di cui all'art. 16 Codice, grazie all'estensione operata dal comma 5, art. 25, d.lg. n. 50/2016.

L'opportunità di esperire la procedura di valutazione preventiva dell'interesse archeologico (*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 ancora che la localizzazione dell'opera venga formalizzata e ciò a tutela non solo dell'area di (potenziale) interesse archeologico ma anche dell'opera pubblica programmata: infatti, conoscere prima il « rischio » archeologico e prevenirlo è il modo migliore per evitare che importanti opere pubbliche restino bloccate per anni.

Restano, però, i problemi insuperabili legati all'*in se* della procedura in esame: la sua potenziale pervasività in ogni opera pubblica dovuta all'interesse archeologico potenzialmente infinito dell'intero territorio geografico italiano; la soggezione della stazione appaltante alla imponderabile discrezionalità tecnica di un unico organo dell'amministrazione non chiamato a rapportarsi ad altri organi della stessa o di altre amministrazioni; l'allungamento dei tempi e la lievitazione dei costi delle opere pubbliche e, dunque, la ricaduta sulla tassazione dei contribuenti; l'indeterminatezza dei tempi di conclusione della procedura di *V.i.Arch.*; la non necessaria strumentalità della *V.i.Arch.* rispetto al soddisfacimento delle esigenze di fruizione pubblica.

4.5. La procedura di V.I.Arch. Come già accennato, con l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, la disciplina prima recata dagli artt. 95 e 96, d.lg. n. 163/2016, è stata integralmente sostituita dall'art. 25 d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, poi modificato dall'art. 15, comma 1, lett. *a)*, *b)* e *c)*, d.lg. 19 aprile 2017, n. 56.

Non numerose ma rilevanti sono le modifiche introdotte. Sul piano formale, anzitutto, si segnala l'accorpamento nell'unico art. 25 sia della disciplina dei presupposti che del procedimento di *V.i.Arch.* che, invece, sotto la vigenza dell'abrogato codice del 2006, venivano disciplinati in due articoli differenti (gli artt. 95 e 96, come detto). Sul piano degli organi ministeriali legittimati a procedere, il legislatore del 2016 ha accentrato ogni competenza in capo al soprintendente al quale l'attuale comma 14 dell'art. 25 codice contratti attribuisce — in luogo del

direttore regionale — il potere di stipulare « un apposito accordo con la stazione appaltante per disciplinare le forme di coordinamento e di collaborazione con il responsabile del procedimento e con gli uffici della stazione appaltante ».

La novità si spiega, ma solo in parte, con la riforma organizzativa del MiBACT introdotta dal d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171 che ha soppresso il ruolo dei direttori regionali (prima inquadrati quali dirigenti generali).

La novella, però, appare poco coerente con lo stesso regolamento organizzativo che ha assegnato il ruolo di coordinamento del direttore regionale al nuovo organo del segretario regionale (dirigente di seconda fascia), previsto dall'art. 32, d.P.C.M. n. 171/2014, che, tra l'altro, ha attribuzioni anche in materia di stipula di accordi di cui all'art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241 « per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, con specifico riguardo alle materie che coinvolgono competenze proprie delle autonomie territoriali ». Il radicamento di ogni competenza in materia di archeologia preventiva in capo al soprintendente e l'esclusione di ogni forma di controllo o coordinamento da parte di un livello superiore (sul piano funzionale, ancorché non gerarchico) appare contrastare proprio con le funzioni tipiche del “successore” del direttore regionale che, ai sensi del predetto art. 32 d.P.C.M. n. 171/2014 assicura, « nel rispetto della specificità tecnica degli istituti e nel quadro delle linee di indirizzo inerenti alla tutela emanate per i settori di competenza dalle Direzioni generali centrali, il coordinamento dell'attività delle strutture periferiche del Ministero presenti nel territorio regionale. I Segretariati regionali curano i rapporti del Ministero e delle strutture periferiche con le Regioni, gli enti locali e le altre istituzioni presenti nella regione ».

Al contrario, non valorizzando in tale settore il ruolo di coordinamento del segretario regionale, il procedimento di *V.i.Arch.* resta integralmente sottoposto al governo di un dirigente periferico dell'Amministrazione dei beni culturali, senza possibilità di “contaminazione”, confronto o dialogo con altri livelli dirigenziali ministeriali; l'unica residua possibilità di elevazione del procedimento presso altra orbita dirigenziale sta nell'applicazione dell'art. 25, comma 15, d.lg. n. 50/2016 che, in alcuni casi, consente l'attivazione del potere sostitutivo del Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi del regolamento previsto dall'art. 21, legge n. 124/2015.

4.5.1. Il problema della indeterminatezza dei termini di conclusione del procedimento di V.i.Arch. Sul piano procedimentale, vi è da evidenziare che per i progetti di grandi opere infrastrutturali o a rete il termine per richiedere l'attivazione della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico è raddoppiato rispetto al normale (60 giorni, rispetto ai normali 30: art. 25, comma 3).

Sempre sul piano dei termini procedimentali, si registra l'innovazione di cui al comma 9 dell'art. 25. Mentre nella formulazione del previgente art. 96, d.lg. n. 163/2016, era genericamente previsto che la procedura di *V.i.Arch.* si concludeva « con la redazione della relazione archeologica definitiva, approvata dal soprintendente di settore territorialmente competente », senza indicare, però, alcun termine finale, il comma 9 dell'art. 25, d.lg. n. 50/2016 fissa, finalmente, un termine di conclusione del procedimento. Il problema della indeterminatezza del

tempo procedimentale non viene, però, risolto, atteso che il termine conclusivo non è fissato né per legge né attraverso il rinvio ad un regolamento bensì affidato genericamente alla valutazione tecnico-discrezionale dell'organo procedente il quale lo determinerà, in concreto, "in relazione all'estensione dell'area interessata"; all'indeterminatezza del termine che solo il soprintendente determinerà in concreto e, stando al dettato normativo, senza neanche l'ausilio di linee e criteri direttivi, si aggiunge il fatto che per l'intera procedura di verifica lo stesso soprintendente non è chiamato a dialogare con altri organi ministeriali ma solo con la stazione appaltante; il che pone quest'ultima in una posizione di soggezione rispetto all'esercizio del potere amministrativo dell'organo periferico ministeriale. Ne deriva che l'innovazione introdotta nell'art. 25, comma 9, d.lg. n. 50/2016, è solo in apparenza garantistica; oltre all'anomalia della c.d. predeterminazione del termine da parte dello stesso organo ministeriale procedente, la formulazione non lascia neanche intendere se la predeterminazione si riferisca al singolo e specifico procedimento ovvero a tipologie di procedimenti accomunati da elementi tecnici consimili. Anche se il concetto stesso di predeterminazione dovrebbe lasciare propendere per la seconda opzione interpretativa, nell'esperienza ministeriale risulta che di volta in volta sia lo stesso soprintendente procedente a decidere quale debba essere il termine di conclusione procedimentale, con ciò vanificando ogni esigenza garantistica faticosamente raggiunta con l'art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241. L'anomalia è stata rilevata dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato che — nel parere 1° aprile 2016, n. 855 — giudica la formulazione non chiara, atteso che « viene [...] impiegato un parametro elastico ed inoltre non è specificato chi debba predeterminare il termine ».

In particolare, non può non evidenziarsi come la disposizione in esame costituisca un'evidente aporia delle norme generali in materia di procedimento amministrativo: secondo quanto prescritto dai commi 3 e 4 dell'art. 2, legge n. 241/1990, i termini di conclusione di tutti i procedimenti amministrativi devono essere fissati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (e non con atto dello stesso dirigente deve concludere il provvedimento); inoltre, se i termini da fissarsi in tal modo risultano superiori a 90 giorni (e ciò esclusivamente a causa « dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento », e non del *si volam* del dirigente procedente), il quarto comma dello stesso art. 2, legge n. 241/1990, stabilisce che il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri viene adottato « su proposta anche dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa e previa deliberazione del Consiglio dei ministri ». In ogni caso, tali termini « non possono comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione ». Nessuno di tali parametri normativi generali viene rispettato dal veduto art. 25, comma 9, codice contratti.

In sintesi, la disposizione dell'art. 2, legge n. 241/1990 — pur attenendo ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost. — viene patentemente contraddetta dall'art. 26, d.lg. n. 50/2016, nella parte in cui *l*) non predetermina il termine conclusivo del procedimento che viene, invece, fissato in

relazione all'avviato procedimento amministrativo; 2) affida alla stessa autorità procedente (dirigente di seconda fascia ministeriale) il potere-dovere di fissare il termine in relazione alle peculiarità tecniche del caso; 3) l'indeterminatezza di cui ai punti precedenti offre la premessa anche per superare, potenzialmente, i 180 giorni che il comma 4 fissa in via residuale. Per il complesso di tali motivi, l'ordito normativo si presta ad una dilatazione *ad libitum* del procedimento di *V.i.Arch.* la cui conclusione resta insindacabilmente (e irragionevolmente) affidata alla valutazione del dirigente territoriale (ossia il soprintendente), con tutte le problematiche connesse alla (in)sindacabilità della discrezionalità tecnica. *V.i.Arch.*

Le garanzie per il privato si riducono ulteriormente se si pensa che non solo il procedimento di *V.i.Arch.* non è incluso, per quanto sopra esposto, nel d.P.C.M. 18 novembre 2010, n. 231 recante i termini dei procedimenti amministrativi del Ministero per i beni e le attività culturali aventi durata superiore a novanta giorni, ma, inoltre, non è stato ancora approvato il regolamento (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti), previsto entro il 31 dicembre 2017, con cui avrebbero dovuto essere adottate le « linee guida finalizzate ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura di cui al presente articolo » (art. 25, comma 13). Con lo stesso regolamento, avrebbero dovuto essere « individuati procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera ».

Sempre sul piano procedurale, le maggiori garanzie, forse, vengono riconosciute unicamente — dall'art. 25, comma 15, d.lg. n. 50/2016 — per la realizzazione di « rilevanti insediamenti produttivi, opere di rilevante impatto per il territorio o di avvio di attività imprenditoriali suscettibili di produrre positivi effetti sull'economia o sull'occupazione », già inseriti nel programma triennale di lavori pubblici di cui all'art. 21 dello stesso codice dei contratti: in tutti questi casi, le stazioni appaltanti « possono ricorrere alla procedura di cui al regolamento adottato in attuazione dell'articolo 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124 in caso di ritenuta eccessiva durata del procedimento di cui ai commi 8 e seguenti o quando non siano rispettati i termini fissati nell'accordo di cui al comma 14 ». Tale regolamento, emanato con d.m. 12 settembre 2016, n. 194 (c.d. procedura di *fast track*), reca norme per la semplificazione e l'accelerazione di procedimenti amministrativi riguardanti rilevanti insediamenti produttivi, opere di rilevante impatto sul territorio o l'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di avere positivi effetti sull'economia o sull'occupazione, prevedendo termini di conclusione procedimentale « ridotti in misura non superiore al 50 per cento rispetto a quelli applicabili ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 » (art. 4, lett. *c*, legge n. 124/2015) nonché l'attribuzione « di poteri sostitutivi al Presidente del Consiglio dei ministri o ad un suo delegato » (art. 4, lett. *d*, legge n. 124/2015).

L'innovazione è di rilevante interesse poiché consentirebbe di applicare anche alla procedura di *V.i.Arch.* le norme di semplificazione ed accelerazione (che saranno) concepite per le infrastrutture strategiche o per attività imprenditoriali di rilevante impatto economico-occupazionale, così da evitare di subordinare la realiz-

zazione di tali opere (pubbliche o private) ai tempi indefiniti (perché a torto ritenuti indefinibili *a priori*) della verifica preventiva di interesse archeologico. Purtroppo anche tale formulazione non pare brillare per chiarezza. Come riconosciuto dal Consiglio di Stato in sede di formulazione del parere sullo schema di codice dei contratti pubblici (parere n. 855/2016, cit.), « non sono chiari i rapporti con il comma 13 della disposizione in esame, la quale demanda ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di “individuare” procedimenti semplificati, che bilancino la tutela dell’interesse archeologico con quello sotteso alla realizzazione dell’opera. Inoltre, posto che l’eccessiva durata non può verificarsi in pendenza del termine, di legge o regolamento previsto, la qualificazione soggettiva *ritenuta* andrebbe sostituita con il riferimento al superamento del termine medesimo ».

Al di là di tali rilievi, ciò che maggiormente preoccupa nella formulazione dell’art. 25 è l’ordinaria incertezza ed indefinita lunghezza del procedimento di *V.i.Arch.* per i procedimenti riguardanti appalti diversi da quelli di cui al comma 15 dell’art. 25; per nulla rassicurante è, in tal senso, il comma 13 dello stesso art. 25 che impegna per l’adozione di « linee guida finalizzate ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura di cui al presente articolo, anche mediante individuazione di « procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell’interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell’opera ». Tali esigenze, infatti, avrebbero potuto essere soddisfatte in sede di normativa primaria e non attraverso il rimando ad un regolamento che, ad oggi, tra l’altro, non è ancora stato emanato.

4.6. Fasi ed esiti della verifica preventiva: modifiche e conferme della disciplina. Sul piano sostanziale, l’unica differenza rispetto alla previgente disciplina sta nel fatto che l’attuale articolato normativo non distingue più tra le due tradizionali fasi della procedura di verifica preventiva dell’interesse archeologico: l’art. 25, comma 8, d.lg. n. 50/2016, a differenza del d.lg. n. 163/2006, si limita (intenzionalmente) a prevedere che la procedura di *V.i.Arch.* « si articola in fasi costituenti livelli progressivi di approfondimento dell’indagine archeologica »; in questa procedura, « l’esecuzione della fase successiva dell’indagine è subordinata all’emersione di elementi archeologicamente significativi all’esito della fase precedente ».

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 oggetto dei 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. 25, comma 9, d.lg. n. 50/2016). Le determinazioni da assumere a conclusione della procedura di *V.I.Arch.* (art. 25, comma 11) sono differenziate e graduate in funzione dei risultati cui essa è pervenuta (comma 9 del più volte citato art. 25). Non vengono innovati rispetto alla previgente disciplina i possibili esiti della procedura di *V.i.Arch.* che restano sempre 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. In tal caso, si tenga

presente che è sempre possibile che durante le indagini archeologiche, si debba procedere ad interventi di rimozione/demolizione *ex art.* 21 Codice i quali saranno autorizzati dalla Commissione regionale per il patrimonio culturale di cui all'art. 39, comma 2, lett. *d*), d.P.C.M. n. 171/2014; *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. In tal caso, nella relazione archeologica definitiva, « devono essere descritti e documentati i beni rinvenuti, con particolare riferimento al loro stato di conservazione e alla presenza o meno di un complesso con caratteristiche di unitarietà. Dovranno inoltre essere proposte le più opportune prescrizioni di tutela, che, approvate dal Soprintendente, confluiranno nel parere di competenza rilasciato sul progetto » (così MiBAC - Direzione generale Archeologia, circ. n. 1/2012, 35); 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 la cui conservazione non può essere altrimenti assicurata che in forma contestualizzata mediante l'integrale mantenimento in sito »: 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 artt. 12 e 13 del Codice.

Al riguardo, non può evidenziarsi come il possibile sacrificio per l'opera pubblica (sacrificio commisurato all'allungamento di tempi e alla lievitazione dei costi per la sua realizzazione, nonché alla possibile sua non realizzabilità) non appaiono immediatamente bilanciati dal nesso finalistico della procedura di *V.i.Arch.* rispetto alla musealizzazione dell'area. Infatti, in tali casi, « l'azione di tutela incide fortemente sull'opera da realizzare e può determinare varianti, anche sostanziali, del progetto iniziale ovvero, in casi di assoluta incompatibilità dell'opera in progetto con il contesto di interesse archeologico, l'espressione di un parere negativo » alla prosecuzione della realizzazione dell'opera stessa. In tali casi, le determinazioni assunte dal Soprintendente « dovranno essere comunicate alla stazione appaltante o al soggetto proponente, eventualmente indicando agli stessi, ove possibile, soluzioni alternative al progetto originario, ovvero motivando le ragioni della radicale incompatibilità dell'opera divisata con il contesto connotato dalla presenza delle testimonianze archeologiche da conservare in situ » (così MiBAC - Direzione Generale Archeologia, circ. n. 1/2012, 36).

La formulazione dell'attuale art. 25, comma 9, lett. *c*), d.lg. n. 50/2016 (identica a quella dell'art. 96, comma 2, lett. *c*, d.lg. n. 163/2016) differisce da quella analoga ma diversa (« complessi di particolare rilevanza, estensione e valenza storico-archeologica tutelabili integralmente ») che il Governo aveva in un primo momento tentato di introdurre con l'art. 4, d.l. 17 agosto 2005, n. 164, poi decaduto senza essere convertito in legge. La formulazione ancora oggi vigente meglio specifica rispetto a quella inizialmente proposta 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.

Sul piano procedimentale, i sondaggi di scavo (carotaggi o singole trincee esplorative) vengono utilizzati solo come *extrema ratio*, quando appaiono assolutamente indispensabili per verificare lo stato dei luoghi, al fine di ridurre al minimo il consumo archeologico di terreni non ancora sottoposti a scavi; è noto, infatti, che ogni procedura di scavo, per quanto sia finalizzata alla conoscenza e alla tutela dei reperti archeologici sotterranei, implica sempre una distruzione (per quanto minima) della realtà archeologica nascosta nel sottosuolo (A. RICCI, ⁹⁶ *passim*).

Se sono a carico della stazione appaltante le spese della *V.I.Arch.* (art. 25, comma 12, d.lg. n. 50/2016, che ripete l'analoga disposizione dell'art. 28, comma 4, del Codice; identicamente nel previgente art. 96, comma 5, d.lg. n. 163/2006), incluse, inspiegabilmente, quelle relative alla « pubblicazione dei risultati finali delle indagini condotte » (così è scritto testualmente nella circolare n. 1 del 20 gennaio 2016 della Direzione generale Archeologia, § 3.3), 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 territoriale che, dopo la riforma organizzativa ministeriale operata dal combinato disposto del d.P.C.M. n. 171/2014 e del d.m. 23 gennaio 2016, n. 44, si configura quale soprintendente unico, e non più quale soprintendente (necessariamente) archeologo. Le forme di collaborazione e di coordinamento con la stazione appaltante sono regolate da un apposito accordo *ex art.* 15 l. n. 241/1990, 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.

4.7. Il problema della (in)applicabilità della V.I.Arch. alle opere private di interesse pubblico. Uno dei maggiori problemi che era stato posto dalla previgente disciplina della verifica preventiva dell'interesse archeologico era rappresentato dalla sua applicabilità ai lavori finalizzati alla realizzazione di opere private, sebbene di interesse pubblico e non solo alle opere pubbliche.

Il soppresso art. 95, comma 1, d.lg. n. 163/2006, sottoponeva alla procedura di *V.i.Arch.* unicamente « le opere sottoposte all'applicazione delle disposizioni del presente codice in materia di appalti di lavori pubblici ». Ne derivava, ai sensi della testuale disposizione dell'abrogato codice contratti pubblici, la sottoponibilità dell'archeologia preventiva esclusivamente alle opere pubbliche, con conseguente formale esclusione delle opere private di pubblica utilità che pur potevano, con pari potenziale lesività rispetto a quelle pubbliche, incidere sulla conservazione delle aree di presumibile interesse archeologico: analoga è la potenziale attitudine distruttiva ed analoghe, dunque, sono le esigenze di tutela invocabili nei diversi casi, come ad esempio nella realizzazione di impianti di energia eolica o di grandi

centri commerciali. Vero è che in assenza di una espressa autorizzazione normativa, un'applicazione analogica — e in buona sostanza *contra legem* — della disciplina della archeologia preventiva si sarebbe prestata a comprimere notevolmente il diritto di proprietà dei privati e, dunque, il diritto alla iniziativa privata economica l'esplicazione del quale sarebbe stato condizionato non solo dalla tutela delle aree vincolate ma altresì di quelle potenzialmente vincolabili, ma non ancora individuate.

Anche la giurisprudenza ha confermato siffatta interpretazione: ad esempio, in tema di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, la loro realizzazione è stata riconosciuta come subordinata unicamente al rilascio dell'autorizzazione unica *ex art.* 12, comma 1, del d.lg. n. 387/2003, ai cui fini l'amministrazione dei beni culturali deve pronunciarsi nell'ambito della conferenza di servizi, e non all'archeologia preventiva, trattandosi di opere private che rivestono un interesse generale (TAR Calabria, Catanzaro, I, 4 settembre 2017, n. 1369, FA, 2017, 1934).

Della incoercibilità della procedura di *V.I.Arch.* alle opere private di interesse pubblico era ben consapevole il Ministero dei beni e delle attività culturali che ha espresso tale posizione anche in diverse note interpretative interne (si veda ad esempio il parere dell'Ufficio legislativo del 13 settembre 2010, prot. 16719). In talune fattispecie, però, tra la formale inapplicabilità dell'art. 28 del codice dei beni culturali e la permanente esigenza di tutela del potenziale interesse archeologico di talune aree interessate dalla realizzazione di notevoli interventi di trasformazione, erano comunque state rinvenute equilibrate forme di composizione attraverso lo strumento dell'accordo *ex art.* 11, l. n. 241/1990. Ne costituisce una paradigmatica esemplificazione l'accordo intervenuto tra il Ministero per i beni e le attività culturali e la società Terna s.p.a, proprietaria della Rete elettrica di trasmissione nazionale (RTN), nonché concessionaria delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica nel territorio nazionale. Nonostante la inapplicabilità delle norme del codice dei contratti pubblici per essere esclusa l'attività di produzione dell'energia elettrica dall'applicazione del d.lg. n. 163/2006, *ex art.* 219, comma 1, pur prendendo atto, dunque, della conseguente inapplicabilità anche di quella parte del codice in materia di *V.I.Arch.* (artt. 95 e 96 d.lg. n. 163/2006), nell'aprile del 2011 le parti hanno sottoscritto un protocollo di intesa (il primo nel suo genere) con cui la società Terna — in vista della realizzazione di opere destinate alla produzione e alla trasmissione di energia elettrica — si impegna a consegnare al MiBAC una relazione archeologica sull'area interessata dal progetto che tenga conto anche delle ricognizioni archeologiche di superficie, impegnandosi, quindi, a rispettare le eventuali e successive prescrizioni ministeriali.

Non sempre, tuttavia, gli spazi lasciati dalla normativa potevano essere colmati attraverso una equilibrata composizione dei contrapposti interessi. In altri casi, infatti, la inapplicabilità testuale della disciplina di *V.I.Arch.* ha offerto lo spunto, alla giurisprudenza, per giungere alla conclusione — assai opinabile sul piano del rigore giuridico — dell'applicabilità analogica degli artt. 95 e 96 d.lg. n. 163/2006,

anche alle opere private di interesse pubblico quali, nella specie, la realizzazione di impianti eolici.

Pur nelle scarse applicazioni della normativa in esame, anche in omaggio ad un più generale principio di precauzione di precipua derivazione ambientale, la giurisprudenza si era mostrata più che sensibile alle ragioni del patrimonio culturale fino al punto, però, di negare la lettera della norma che contemplava nella procedura di *V.I.Arch.* unicamente opere pubbliche. In materia di impianti (privati) di energia rinnovabile, ad esempio, TAR Puglia, I, 18 luglio 2009, n. 1890 ha ritenuto comunque applicabile la procedura di *V.I.Arch.* anche ove, pur « in assenza di specifici vincoli, risulti attestata sulla base di documentazione attendibile la presenza di seri “indizi di culturalità”, ossia di elementi di rilevante interesse archeologico. “Indizi” che [...] ben potrebbero emergere, altresì, in base all’azione dei privati, ossia in applicazione del principio dell’azione ambientale di cui all’art. 3-ter del d.lg. n. 152 del 2006 che, come noto codifica in materia i principi della precauzione, dell’azione preventiva, della correzione ». In presenza di tali indizi di culturalità, « deve allora innestarsi un adeguato livello di approfondimento istruttorio — da parte non solo della soprintendenza statale ma anche di altri soggetti territorialmente interessati, in ottemperanza al principio del buon andamento nonché di doverosa e leale collaborazione interistituzionale — diretto a vagliare preliminarmente la eventuale sussistenza dei presupposti richiesti dalla normativa di settore per l’applicazione dei relativi meccanismi di tutela (artt. 28 e 13 del codice BAC) ».

L’interesse del privato costruttore dell’opera privata rimaneva sullo sfondo e meritava considerazione all’unico fine di consentire all’imprenditore « di avere un quadro di certezze più ampio riguardo alle effettive possibilità legali connesse alla realizzazione dell’intervento » (TAR Puglia, I, 18 luglio 2009, n. 1890, cit.).

Il vigente codice dei contratti pubblici di cui al d.lg. n. 50/2016 estende l’applicazione della *V.i.Arch.* a tutte « le opere sottoposte all’applicazione delle disposizioni del presente codice », ivi inclusi, ai sensi dell’art. 1 dello stesso d.lg. n. 50/2016, « c) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici; d) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell’amministrazione aggiudicatrice; e) lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l’esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell’articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell’articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione ».

Nessuna delle formulazioni sopra riportate autorizza ad affermare l’estensibilità dell’istituto in esame anche alle opere private di pubblica utilità (come gli impianti eolici) ulteriori rispetto alle opere di urbanizzazione.

Può, dunque, continuare ad affermarsi, con la giurisprudenza più rigorosa (TAR Sicilia, Catania, I, 16 giugno 2016, n. 1622), che « le opere private di pubblica

utilità, tra le quali rientrano gli impianti eolici, non soggiacciono al regime delle indagini preventive [...] in quanto opere private che rivestono un interesse generale, assimilate alle opere pubbliche — sia a livello normativo che giurisprudenziale — soltanto ai fini dell'applicabilità alle medesime del regime espropriativo delle aree interessate dall'intervento e delle procedure acceleratorie previste per le opere pubbliche ». In tal senso, depongono anche le « linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di cui al [...] d.m. del 10 settembre 2010, che — proprio partendo dall'assunto che dette opere private di pubblica utilità non rientrino nell'ambito applicativo dell'archeologia preventiva — prevedono solo una comunicazione preliminare da parte del proponente l'intervento diretta alla Soprintendenza e volta a verificare la sussistenza di un interesse archeologico attuale ovvero l'esistenza di vincoli in atto ».

4.8. L'estensione della V.i.Arch. alle opere dei c.d. settori speciali.

Considerazioni in parte diverse, invece, devono svolgersi per l'applicabilità delle norme in materia di archeologia preventiva alle opere afferenti ai settori c.d. speciali (gas, elettricità, trasporto, ecc.) per le quali la formulazione originaria dell'art. 206 del codice dei contratti pubblici ugualmente, come per le opere private di interesse pubblico, non richiamava gli artt. 95 e 96 in tema di verifica preventiva dell'interesse archeologico.

Nonostante l'omissione normativa, il Ministero per i beni e le attività culturali nel parere dell'Ufficio legislativo del 13 settembre 2011, prima citato, riteneva che ciò dovesse ascriversi a mera svista del legislatore « e non ad una effettiva volontà del legislatore ordinario di escludere l'istituto dell'archeologia preventiva per i lavori afferenti ai settori speciali », essendo quell'istituto nato proprio per tutelare le aree di interesse archeologico in siffatte ipotesi. Ne sarebbe derivata — secondo il MiBAC — la prevalenza della norma generale contenuta nell'art. 28, comma 4, del codice dei beni culturali sull'art. 206 del codice dei contratti pubblici che si sarebbe limitata solo a disciplinare taluni profili applicativi e non a fondare l'istituto che — secondo l'interpretazione governativa — sarebbe continuata ad essere disciplinata dal combinato disposto degli artt. 28, comma 4, d.lg. n. 42/2004 e 95-96 d.lg. n. 163/2006.

Tale interpretazione, se poteva apparire convincente sul piano della *ratio legis* introduttiva dell'istituto dell'archeologia preventiva non spiegava perché, in due casi identici in cui il codice dei contratti pubblici ometteva di richiamare gli artt. 95-96 in materia di archeologia preventiva, nell'un caso si riteneva inapplicabile l'istituto (cioè in materia di opere private di pubblica utilità) mentre nell'altro caso (opere afferenti ai settori c.d. speciali) si concludeva per la soluzione affermativa attraverso un'operazione ermeneutica persuasiva sì, ma *contra legem*.

Di tale opinione era anche la Direzione generale Archeologia dello stesso MiBAC secondo cui « l'originaria esclusione, dal campo di applicazione del procedimento per la verifica preventiva dell'interesse archeologico, dei lavori afferenti ai c.d. settori speciali (gas, energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto ecc.), è stata determinata — da un difetto di coordinamento all'interno del testo legislativo: sarebbe stato altrimenti contraddittorio, infatti, escludere dal procedimento di verifica preventiva proprio quelle tipologie di opere pubbliche o di interesse

pubblico rispetto alle quali sussistono maggiori esigenze di tutela e in riferimento alle quali erano state sperimentate le indagini archeologiche preventive » (MiBAC — Dir. Gen. Archeologia, circ. n. 1/2012, 4).

Si deve all'art. 4, comma 2, lettera *ee*), d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv., con modif., in l. 12 luglio 2011, n. 106, la modifica dell'art. 206, d.lg. n. 163/2006 e l'estensione dell'istituto, che ne è derivata, anche all'area dei contratti pubblici nei c.d. settori speciali per gli interventi di rilevanza comunitaria.

La soluzione normativa, sebbene anticipata in via interpretativa grazie ad una analisi ermeneutica non fondata su un dato normativo testuale, è stata rinvenuta tardivamente solo nel 2011; essa è stata consolidata anche nel vigente art. 114, comma 1, d.lg. n. 50/2016, secondo cui « ai contratti pubblici di cui al presente Capo si applicano le norme che seguono e, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 1 e 58 » e, dunque, anche l'art. 25 in tema di verifica preventiva dell'interesse archeologico.

La diretta applicabilità della verifica preventiva dell'interesse archeologico nei settori speciali è stata recentemente riaffermata dall'ANAC con delibera del 6 aprile 2018, n. 291 (nella specie, con riguardo alla società ITALGAS); e da ciò è derivata l'affermazione dell'obbligo in capo all'ente aggiudicatore di affidare le prestazioni relative all'attività di archeologia esecutiva, « a soggetto all'uopo qualificato, previa precisa determinazione della relativa entità ».

4.9. L'elenco di professionisti di cui al d.m. n. 60/2009. Lo strumento operativo della procedura della verifica preventiva dell'interesse archeologico è rappresentato dagli esperti in archeologia in grado di compiere quelle verifiche preventive che rappresentano il centro attraverso cui ruota la procedura di *V.I.Arch.*

Come anticipato, già l'art. 95, comma 2, d.lg. n. 163/2006, recependo l'art. 2-ter d.l. n. 63/2005, prevedeva l'istituzione presso il Ministero per i beni e le attività culturali di un « apposito elenco, reso accessibile a tutti gli interessati, degli istituti archeologici universitari e dei soggetti in possesso della necessaria qualificazione » per la realizzazione delle ricerche e la raccolta della documentazione utili per lo svolgimento della procedura di *V.I.Arch.* (raccolta di dati di archivio e bibliografici, ricognizioni finalizzate all'osservazione dei terreni, lettura della geomorfologia del territorio, foto interpretazioni).

Identicamente prevede, oggi, l'art. 25, comma 2, d.lg. n. 50/2016, che conferma l'istituzione, presso il Ministero dei beni e delle attività culturali, di un « apposito elenco, reso accessibile a tutti gli interessati, degli istituti archeologici universitari e dei soggetti in possesso della necessaria qualificazione ». Almeno sul piano della normativa primaria, dunque, non muta l'assetto rispetto al previgente art. 95, d.lg. n. 163/2006, visto che il nuovo art. 25 si limita a precisare che il decreto ministeriale chiamato a disciplinare le modalità di tenuta di tale elenco garantisca « modalità di partecipazione di tutti i soggetti interessati ».

L'elenco previsto dal d.m. 20 marzo 2009, n. 60 si compone di due sezioni: nella prima sono inserite le strutture universitarie deputate alla ricerca (ossia dipartimenti o istituti archeologici), mentre nella seconda sono inserite le persone fisiche in possesso di requisiti specifici quali la laurea in archeologia unitamente al di-

ploma di specializzazione alternativamente al dottorato di ricerca in archeologia nonché i docenti di ruolo o i ricercatori confermati nei settori scientifico-disciplinari di ambito archeologico.

La giurisprudenza ha chiarito che, attesa la natura di mero accertamento dell'atto di iscrizione nell'elenco degli istituti e dei dipartimenti archeologici universitari, risulta applicabile l'art. 19, comma 1, legge n. 241/1990: infatti, l'esclusione dall'ambito applicativo dell'art. 19 l. n. 241/1990, degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla tutela del patrimonio culturale e paesaggistico si configura come deroga all'obbligo di applicazione generale della dichiarazione di inizio attività (d.i.a.), non certo come divieto di applicarla in casi specifici in cui tale istituto risulti particolarmente indicato, e in cui l'interesse pubblico della tutela dei beni culturali possa venire in alcun modo leso dall'applicazione della d.i.a. (Cons. St., sez. cons. atti norm., 13 marzo 2006, n. 1038, FA CDS, 2006, 1011).

Un punto controverso è rappresentato dal carattere obbligatorio o meno della consultazione di tale elenco. A rigore, la lettera del codice dei contratti sembrerebbe deporre nel senso dell'obbligatoria consultazione dell'elenco per le finalità delle ricerche archeologiche preventive: l'art. 95, comma 1, d.lg. n. 163/2006, stabiliva che « le stazioni appaltanti raccolgono ed elaborano tale documentazione mediante i dipartimenti archeologici delle università, ovvero mediante i soggetti in possesso di diploma di laurea e specializzazione in archeologia o di dottorato di ricerca in archeologia »; il che sembrerebbe obbligare le stazioni appaltanti ad avvalersi dell'elenco degli esperti tenuto centralmente dal Ministero. Viceversa, il regolamento ministeriale attuativo sembrerebbe deporre nel senso della mera facoltatività: infatti, l'art. 1 del d.m. n. 60/2009, nel riferirsi ai soggetti iscritti nelle due sezioni in cui si articola l'elenco, parla di soggetti « qualificati all'attività di raccolta ed elaborazione » e non di soggetti di cui le stazioni appaltanti devono avvalersi per le indagini proprie dell'archeologia preventiva.

Tale linea interpretativa è stata sposata anche dalla viva prassi ministeriale: nella circolare n. 18 del 24 settembre 2010, la Direzione generale per le antichità del Ministero per i beni e le attività culturali ha precisato che « l'elenco tenuto da questa Direzione non ha carattere obbligatorio, ma è da considerarsi utilmente consultivo ai fini di una migliore e più omogenea possibilità di selezione dei soggetti più qualificati, ai fini della redazione del documento di valutazione archeologica ».

In considerazione delle difficoltà riscontrate nella prassi di disciplinare detto elenco, l'art. 25, comma 2, d.lg. n. 50/2016 — nel richiamare l'art. 216, comma 7, d.lg. n. 50/2016 — conferma la perdurante validità dell'elenco già formato degli istituti archeologici universitari e dei soggetti in possesso della necessaria qualificazione esistente, continuando ad applicarsi i criteri per la sua tenuta adottati con d.m. 20 marzo 2009, n. 60 sotto la vigenza dell'abrogato codice dei contratti pubblici.

Come noto, dopo l'adozione del d.m. 20 marzo 2009, n. 60, è stato istituito presso la Direzione Generale per le Antichità un sito *web* dedicato all'iscrizione in tale elenco nazionale (www.archeologiapreventiva.beniculturali.it), non costituente un albo professionale degli archeologi, mentre alle Soprintendenze è stato lasciato, in

un primo momento, il compito di verificare i requisiti dei soggetti indicati dalle stazioni appaltanti per la redazione dei documenti e delle indagini di verifica preventiva dell'interesse archeologico, secondo quanto previsto dalle circolari della Direzione Generale per le Antichità n. 18 e 19 del 2010.

La fortuna di tale elenco è stata alquanto altalenante: dapprima è stata riconosciuta l'obbligatorietà della consultazione dell'elenco per poter affidare le attività della *V.i.Arch.* (MiBAC - Direzione generale Antichità, circ. 24 settembre 2010, n. 18); successivamente (MiBAC - Direzione generale Antichità, circ. 19 novembre 2010, n. 19), in contraddizione con quanto prima disposto, ne è stato riconosciuto il carattere non obbligatorio venendo configurato come « utilmente consultivo ai fini di una migliore e più omogenea possibilità di selezione dei soggetti più qualificati, ai fini della redazione del documento di valutazione archeologica ». Successivamente, è stato disconosciuto il potere delle Soprintendenze di formare elenchi locali di archeologi, mentre è stato affidato ad esse unicamente il compito di verificare il possesso dei requisiti degli iscritti all'elenco « ma sempre e soltanto con riferimento al già esistente elenco nazionale. Non sono autorizzate a compilare documenti integrativi o sostitutivi degli elenchi nazionali, e meno che mai a predisporre elenchi in cui l'avere già lavorato per la soprintendenza o nel suo territorio sia elemento preferenziale o anche soltanto da evidenziare » (MiBAC - Direzione generale per i beni archeologici, 10 settembre 2012, n. 17). Tuttavia, tale elenco integrativo nazionale, soppresso nella veduta circolare n. 17 del 10 settembre 2012, è stato poi riesumato dalla di poco successiva circolare n. 19 del 3 ottobre 2013 della stessa Direzione generale per le Antichità, nella elementare considerazione della « rilevanza per la funzione ». A seguito, poi, dell'entrata in vigore del d.P.C.M. n. 171/2014 (art. 13, comma 2, lett. t), la competenza in ordine alla tenuta di tale elenco è stata trasferita dalla Direzione generale Archeologia alla Direzione Generale Educazione e Ricerca, a cui fanno ugualmente capo le procedure di iscrizione online (sempre mediante il sito www.archeologiapreventiva.beniculturali.it).

In ogni caso l'elenco, che non costituisce un albo professionale, non preclude (a chi non sia in possesso dei relativi requisiti) la possibilità di effettuare le altre attività professionali in ambito archeologico, quali scavo, stima di beni immobili e mobili, ricognizioni e catalogazioni

5. Archeologia preventiva e professione di archeologo. La formazione dell'elenco degli archeologi qualificati allo svolgimento delle indagini archeologiche preventive s'intreccia con la più ampia problematica dell'assenza di albi professionali o di semplici elenchi di professionisti accreditati per lo svolgimento di attività aventi ad oggetto beni culturali

E ciò nonostante la virtuale istituzione, presso il Ministero per i beni e le attività culturali, di « elenchi nazionali di archeologi, archivisti, bibliotecari, demotnoantropologi, antropologi fisici, esperti di diagnostica e di scienze e tecnologia applicate ai beni culturali e storici dell'arte », come prescritto dall'art. 2, l. 22 luglio

2014, n. 110 recante *Norme in materia di professionisti dei beni culturali, e istituzione di elenchi nazionali dei suddetti professionisti*.

Infatti, stante la mancata emanazione, nonostante l'inutile spirare del termine di sei mesi fissato dall'entrata in vigore della legge n. 110/2014, del decreto ministeriale destinato a disciplinare i requisiti di iscrizione in tali elenchi, gli unici elenchi ad oggi validi sono solo quelli degli archeologi chiamati a svolgere le attività collegate alla *V.i.Arch.*

Proprio nell'assenza di un albo della professione di archeologo ovvero degli elenchi voluti dall'art. 2, legge n. 111/2014, l'elenco di cui all'art. 25, d.lg. n. 50/2016, assume una portata espansiva che fuoriesce dal limitato ambito dell'archeologia preventiva. Infatti, come osservato dalla sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato nel parere del 13 marzo 2006, n. 1038 (FA CDS, 2006, 1011), « pur se l'iscrizione a tale elenco ha natura di mero accertamento (e non di ammissione), con effetti solo dichiarativi (e non costitutivi abilitanti), l'elenco stesso costituirà una raccolta completa — di fatto, l'unica esistente e certamente l'unica prevista dal nostro ordinamento, come confermano le difficoltà incontrate per redigerla — degli istituti e dei soggetti con una particolare qualificazione nel campo dell'archeologia. Tale raccolta — in assenza, si ripete, di una disciplina giuridica della professione di archeologo e di un suo albo professionale — si profila idonea a costituire una sorta di “albo di fatto”, che assumerà certamente rilevanza nel mondo professionale degli archeologi e avrà probabilmente un ruolo per l'esercizio di altre attività professionali, pur se estranee a quelle di cui al decreto in oggetto (si pensi, ad esempio, al rilievo che può avere, di fronte ad un committente, la presenza o meno, nel curriculum di un archeologo, del proprio nome nell'unico elenco ufficiale esistente “degli istituti archeologici universitari e dei soggetti in possesso della necessaria qualificazione”, elenco che viene redatto ed è custodito dal soggetto pubblico più autorevole nel settore: la direzione generale per i beni archeologici del Ministero per i beni e le attività culturali) » (Cons. St., sez. cons. atti norm., parere n. 1038/2006, cit.).

A parte la curiosa tendenza per cui, paradossalmente, da un lato, in nome della libertà si cerca di sopprimere gli esistenti albi professionali, mentre dall'altro, al fine di un migliore accreditamento professionale, si cerca di proporre l'istituzione di nuovi andando così a comprimere i residui spazi di autonomia lasciati proprio dall'assenza di albi professionali che condizionano l'esplicazione professionale di coloro che si trovano al di fuori dello specifico circuito professionale, le considerazioni sopra svolte dal Consiglio intorno al carattere meramente dichiarativo e non costitutivo-abilitativo dell'elenco potrebbero ulteriormente corroborare la tesi della natura facoltativa e non obbligatoria anche della consultazione dell'elenco dei soggetti lì iscritti (anche se, proprio la completezza dell'elenco degli iscritti potrebbe suggerire alle stazioni appaltanti di attingere esclusivamente da lì i professionisti deputati a svolgere le ricerche della *V.I.Arch.*).