

La verifica preventiva dell'interesse archeologico: inquadramento giuridico

Archaeological assessment in the planning process; the legal framework

CRISTINA VIDETTA

Abstract

Cristina Videtta, professore associato di Diritto Amministrativo, Università di Torino; dal 2005 insegna Diritto dei beni culturali presso l'ateneo torinese e in numerosi corsi di alta formazione in tutta Italia; è inoltre titolare di insegnamenti in Diritto amministrativo, Diritto degli enti locali, Diritto dell'ambiente, Diritto sanitario e Diritto urbanistico. È membro del comitato scientifico della Rivista Giuridica di Urbanistica, con cui collabora stabilmente dal 2016.

cristina.videtta@unito.it

Il saggio descrive e analizza l'art. 25, d.lgs. n. 50/2016 (nuovo Codice dei contratti), che ripropone con alcune significative modifiche la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico contenuta negli artt. 95 e 96 del d.lgs. n. 163/2006, attuativi, a loro volta, dell'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio). La disciplina mira a stabilire un punto di equilibrio tra tutela del patrimonio archeologico e gestione del cd. "rischio archeologico", anche al fine di garantire speditezza e certezza dei tempi di realizzazione dei lavori pubblici. L'Autore evidenzia i principali nodi interpretativi, ricercandone una soluzione soprattutto nella circolare del MiBACT, Direzione generale archeologia, 20 gennaio 2016, n. 1.

This article describes and analyses art. 25, d.lgs. n. 50/2016 (nuovo Codice dei contratti), that introduces some significant changes to the procedure for the verification of archaeological interest contained in the artt. 95 e 96 del d.lgs. n. 163/2006, that were actuated in turn from the dell'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio). The regulation aims to establish a point of equilibrium between the safeguard of the archaeological patrimony and the management of the so-called "archaeological risk". The author highlights the main interpretative problems, looking for a solution above all in the circular of the MiBACT, Direzione generale archeologia, 20 gennaio 2016, n. 1.

1. Alle origini dell'archeologia preventiva

Per inquadrare giuridicamente il tema della verifica preventiva dell'interesse archeologico, occorre prendere le mosse dalla *Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico* (cosiddetta Convenzione di La Valletta), promossa dal Consiglio d'Europa, aperta alla firma nel 1992 e immediatamente sottoscritta dall'Italia (che ha poi autorizzato alla ratifica con l. 29 aprile 2015, n. 57).

La Convenzione si pone quale necessario completamento rispetto ai principi già formulati dalla *Convenzione europea per la salvaguardia del patrimonio archeologico*, firmata a Londra il 6 marzo 1969, a fronte dell'evoluzione delle politiche di pianificazione del territorio nei paesi europei.

In particolare, il Preambolo evidenzia come il patrimonio archeologico europeo sia gravemente minacciato dal moltiplicarsi dei grandi lavori di pianificazione del territorio e dai rischi naturali, dagli scavi clandestini o privi di carattere scientifico, o dall'insufficiente informazione del pubblico; si afferma, conseguentemente, l'importanza di istituire apposite procedure di controllo amministrativo e scientifico, nonché la necessità di valutazioni di salvaguardia

archeologica nelle politiche di assetto urbanistico e rurale e di sviluppo culturale.

La Convenzione, dunque, impegna ogni Stato ad adottare appositi regimi giuridici idonei a fornire adeguata protezione del patrimonio archeologico non solo in occasione di attività archeologiche in senso proprio, ma anche a implementare misure di conservazione cd. integrata del patrimonio archeologico stesso ossia idonee a conciliare e articolare i bisogni dell'archeologia con quelli del riassetto. A tal fine deve essere previsto il coinvolgimento degli archeologi rispetto «alle politiche di assetto volte a porre in atto strategie equilibrate per la protezione, la conservazione e la valorizzazione dei siti che presentano un interesse archeologico» nonché «allo svolgimento delle diverse fasi dei programmi di riassetto»; deve essere inoltre garantita «una consultazione sistematica tra archeologi, urbanisti e specialisti dell'assetto del territorio, al fine di consentire, tra l'altro, la modifica dei piani di assetto suscettibili di alterare il patrimonio archeologico» e «l'attribuzione di tempi e di mezzi sufficienti per effettuare un congruo studio scientifico del sito e relativa pubblicazione dei risultati»; infine, ma non ultimo per importanza «gli studi d'impatto ambientale e le decisioni che ne risultano devono tenere debitamente conto dei siti archeologici e del loro contesto» (art. 5).

Nello specifico, per quanto più direttamente interessa in questa sede, l'art. 6 prevede che debbano essere aumentati i mezzi materiali dell'archeologia preventiva «adottando le disposizioni utili affinché in occasione di grandi lavori di riassetto pubblico o privato sia prevista mediante fondi adeguatamente provenienti dal settore pubblico o dal settore privato, la copertura completa del costo di ogni necessaria operazione archeologica connessa a questi lavori»¹.

2. L'art. 28, c. 4, del Codice dei beni culturali e del paesaggio

È stato osservato come, ancorché l'Italia avesse sottoscritto immediatamente la Convenzione (il 16 gennaio 1992), l'autorizzazione alla ratifica è tuttavia intervenuta soltanto con la l. 29 aprile 2015, n. 57, e quest'ultima non avrebbe integrato l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione con specifiche disposizioni sulla verifica preventiva dell'interesse archeologico, giacché al riguardo si era già provveduto a partire dal 2004 con il Codice dei beni culturali e del paesaggio². In effetti, il nuovo Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, aveva introdotto, tra le misure di tutela, una specifica disposizione, l'art. 28, c. 4, ai sensi del quale «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».

Da evidenziare come la formulazione attuale sia frutto della modifica avvenuta con il d.lgs. 156/2006 che ha sostituito

l'espressione originale «opere pubbliche» con quella di «lavori pubblici» sicuramente più ampia in quanto ricomprendente «attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere» (art. 3, c. 1, lett. nn), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici).

Data la collocazione della disposizione in oggetto all'interno del Codice, è innegabile il carattere di misura cautelare preventiva del potere soprintendentizio. E, in effetti, l'ambito elettivo di applicazione della norma è quello delle aree non ancora assoggettate al relativo vincolo, in cui cioè l'interesse culturale non è ancora stato accertato ai sensi degli artt. 12 e 13 ss. del Codice stesso. Se, infatti, l'area fosse già, come si dice, «vincolata», la possibilità di richiedere saggi sarebbe da ritenersi ricompresa nella generale potestà autorizzatoria disciplinata dall'art. 21, avente appunto ad oggetto beni (già) culturali e finalizzata alla previa valutazione dell'impatto di ogni opera e/o lavoro su quelli e della loro compatibilità con le esigenze di tutela.

In particolare, va rimarcato come la norma richieda che si tratti di «aree di interesse archeologico», ossia, secondo quanto chiarito dalla Relazione illustrativa al Codice dei beni culturali e del paesaggio, di «aree che presentino un *obiettivo* interesse archeologico», da intendersi come aree in cui, pur in assenza di un provvedimento di vincolo, vi siano comunque indizi specifici di interesse archeologico, da «stabilirsi», sulla base di una valutazione tecnico-discrezionale da parte del soprintendente; si modifica così in modo sostanziale la prassi di tutela archeologica in uso introducendo il concetto di un interesse di carattere presuntivo o indiziario³, nella ricerca di un bilanciamento tra l'interesse alla tutela dell'interesse culturale (archeologico nello specifico) e quello al perseguimento dell'efficacia dell'azione amministrativa in materia di realizzazione di opere pubbliche. La *ratio* dell'istituto è da rinvenirsi, infatti, come unanimemente è osservato, nella esigenza di «ridurre il rischio che eventuali rinvenimenti archeologici, che intervengano nel corso dell'esecuzione di lavori, rendano necessarie modifiche significative ai lavori in atto o addirittura ne paralizzino il compimento»⁴; per tale ragione, viene richiesto che già in una fase anteriore all'inizio dei lavori, ci si preoccupi di verificare la presenza di giacimenti archeologici nel sottosuolo al fine di evitare che l'esecuzione dei lavori possa arrecarvi un pregiudizio, in modo da consentire alle stazioni appaltanti di apportare le modifiche progettuali adeguate al caso concreto.

La norma, invero, non trovava (e non trova tuttora) ulteriori specificazioni all'interno del Codice stesso, ma poneva comunque le premesse per l'applicazione anche in Italia, come già in molti paesi europei, delle pratiche di archeologia preventiva almeno per quanto riguarda i lavori pubblici. La disposizione trovava poi attuazione nel d.l. 24 aprile 2005, n. 63, conv. In l. 25 giugno 2005, n. 109, quindi nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (artt. 95 e 96), e, da ultimo, nel d.lgs.

8 aprile 2016, n. 50⁵, che si colloca in una linea di sostanziale continuità di disciplina rispetto a quanto previsto in precedenza.

3. La disciplina attuale del Codice dei contratti pubblici: la fase preliminare

La disciplina attuale della verifica preventiva dell'interesse archeologico è affidata al nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, s.m.

In particolare, l'art. 25 del Codice appare come una norma di struttura assai complessa (di ben 16 commi!), che tuttavia, come già rilevato, si pone in linea di continuità rispetto alla disciplina precedente, seppur con alcune modifiche.

Il quadro normativo di riferimento si completa con la circolare della Direzione generale Archeologia del 2016⁶, che sostanzialmente assorbe quella del 2012 (e che naturalmente deve essere coordinata con le novità apportate dal Codice dei contratti pubblici del 2016 e dal decreto correttivo del 2017), la quale fornisce agli uffici periferici ulteriori indicazioni per la loro attività.

L'art 25 richiama prima di tutto l'art. 28, c. 4, del Codice dei beni culturali, rispetto al quale si pone esplicitamente come disciplina applicativa.

Pare legittimo affermarsi come la disposizione in questione possa essere suddivisa sostanzialmente in due parti (corrispondenti rispettivamente agli artt. 95 e 96, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che in essa sono confluiti): la prima (dal c. 1 al c. 7) regola la fase preliminare, che sfocia nella decisione del soprintendente di ordinare i saggi archeologici e che dettaglia gli oneri della stazione appaltante di trasmissione al soprintendente della documentazione specifica e disciplina l'attività di valutazione del soprintendente, compresa la eventuale richiesta di documentazione integrativa; la seconda (dal c. 8 al c. 16) è invece relativa alla procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico vera e propria. Più in particolare, la circolare ministeriale del 2016 precisa che

la fase prodromica del procedimento si avvia in coincidenza con la elaborazione della progettazione preliminare dell'opera pubblica o di interesse pubblico, e prima della sua approvazione, a seguito della ricezione di detta progettazione, o di uno stralcio di essa (comprensivo, in ogni caso, degli esiti delle indagini geologiche e archeologiche preliminari), comunque sufficiente ai fini archeologici, alla soprintendenza archeologica competente per territorio, ed è finalizzata ad accertare la sussistenza di interesse archeologico nelle aree prescelte per la localizzazione delle opere di che trattasi, ai fini dell'avvio del procedimento vero e proprio di verifica preventiva.

L'apertura della norma prevede che, per le opere rientranti nell'ambito di applicazione del codice, spetti alle stazioni appaltanti trasmettere al soprintendente territorialmente competente, prima dell'approvazione, copia del progetto di fattibilità dell'intervento o di uno stralcio di esso sufficiente

ai fini archeologici, «*ivi compresi gli esiti delle indagini geologiche e archeologiche preliminari, con particolare attenzione ai dati di archivio e bibliografici reperibili*, all'esito delle ricognizioni volte all'osservazione dei terreni, alla lettura della geomorfologia del territorio, nonché, per le opere a rete, alle fotointerpretazioni»; spetta peraltro agli stessi soggetti la raccolta ed elaborazione di 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 archeologia⁷.

La trasmissione della documentazione suindicata non è richiesta per gli interventi che non comportino nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle già impegnate dai manufatti esistenti. Precisa in proposito la citata circolare ministeriale del 2016 che sono tuttavia assoggettate al procedimento di verifica preventiva «*tutte quelle attività di indagine (quali, ad esempio, alcune di quelle utilizzate per le ricerche di risorse geotermiche nel sottosuolo o nei fondali marini) che possano comunque comportare danneggiamento al patrimonio sepolto anche senza l'esecuzione di scavi o movimentazioni di terra*, in ragione dell'impatto che esse potrebbero determinare su beni o contesti di interesse archeologico» (2.4).

Da evidenziare altresì, dal punto di vista dell'ambito di applicazione, che le norme in questione si applicano anche ai settori cd. speciali (gas, elettricità, acqua, energia termica ecc.), come confermato dalla Delibera n. 291/2018 dell'ANAC ove, tra l'altro, si richiama la Circolare n. 1 del 20.1.2016 del MiBACT, con la quale espressamente si ricomprendono nell'ambito di applicazione dell'obbligo di verifica preventiva dell'interesse archeologico delle aree prescelte per la localizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico, tutti gli interventi disciplinati dal Codice dei Contratti (sebbene il riferimento sia al Codice vigente al momento di emanazione della circolare) e distintamente elencati nell'All. 1 alla medesima Circolare, che, per i contratti relativi a settori speciali, indica l'obbligo di assoggettamento per i lavori di importo superiore alla soglia comunitaria e, per le concessioni, i lavori di qualsiasi importo.

Va ancora precisato sul punto, come la norma espressamente estenda l'applicazione della procedura prevista alle

opere sottoposte all'applicazione del presente codice», e dunque anche, ai sensi dell'art. 1, del Codice dei contratti, anche ai «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 dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire o 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.

Ricevuta la documentazione, spetta, a questo punto, al soprintendente la valutazione sulla sussistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione e, in tal caso, richiedere motivatamente la sottoposizione dell'intervento alla procedura prevista dai commi 8 e seguenti; la decisione deve essere presa sulla base della documentazione presentata e di «ulteriori informazioni disponibili», ossia, è da ritenersi, di ulteriori informazioni non necessariamente provenienti dalle allegazioni documentali presentate dalla stazione appaltante.

Per la richiesta, è previsto un termine di trenta giorni dal ricevimento del progetto di fattibilità ovvero dello stralcio di cui al comma 1, a meno che non si tratti di progetti di grandi opere infrastrutturali o a rete in relazione alle quali il termine della richiesta per la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico è di sessanta giorni.

Il termine attualmente previsto è frutto di un ripensamento da parte del nuovo Codice dei contratti rispetto alla disciplina previgente che lo indicava in novanta giorni. Tale riduzione è stata oggetto di perplessità anche da parte dello stesso Consiglio di Stato che, in sede di rilascio del parere sullo schema di decreto legislativo recante Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11 (Cons. St., comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855), ne aveva denunciato l'inadeguatezza «avuto riguardo alla capacità operativa attuale delle Soprintendenze alle belle arti, e al pregio del patrimonio archeologico italiano» e aveva suggerito di prevedere un termine «intermedio» di 45-60 giorni; tale suggerimento tuttavia non è stato ascoltato.

In ogni caso, il termine resta comunque sospeso a fronte di una richiesta di integrazioni e informazioni supplementari (e fino alla presentazione delle stesse) nel caso in cui il soprintendente ritenga che la documentazione trasmessa sia incompleta o che, comunque, vi sia l'esigenza di approfondimenti documentali, nel qual caso, con modalità anche informatiche, richiede appunto integrazioni documentali o convoca il responsabile unico del procedimento per acquisire le necessarie informazioni integrative.

Trattandosi di mera «sospensione» e non di «interruzione», il termine riprenderà a decorrere dal momento della ricezione da parte del soprintendente delle integrazioni richieste. Ne consegue che, acquisite le informazioni, il soprintendente avrà solo il tempo «residuo» per decidere circa l'attivazione della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico. L'ultima parte dell'art. 95, c. 4, d.lgs. 163/2006, stabiliva che «il soprintendente, ricevute le integrazioni e informazioni richieste, ha a disposizione il periodo di tempo non trascorso o comunque almeno 15 giorni per formulare

la richiesta di sottoposizione dell'intervento alla procedura prevista dall'art. 96 [verifica preventiva dell'interesse archeologico]». La disposizione non è tuttavia stata riportata nel nuovo art. 25, con la conseguenza che il soprintendente, come si è detto, avrà solamente il tempo residuo, ancorché eventualmente molto breve, per decidere sull'attivazione della procedura di verifica. In ogni caso, la Circolare del 2016 richiama le soprintendenze alla puntuale osservanza dei termini prescritti, atteso che, in caso di mancata osservanza degli stessi, troverebbe applicazione l'art. 17-bis, c. 3, l. 241/1990 (introdotto dalla l. 124/2015) ossia la produzione del cd. silenzio (assenso) tra amministrazioni (8.6).

In dottrina è stato giustamente rilevato come, ancorché non previsto espressamente, parrebbe opportuno che la richiesta di integrazione documentale ed istruttoria fosse supportata da un'adeguata motivazione, in ossequio al principio di leale collaborazione procedimentale, «quale declinazione del principio generale di buon andamento, per consentire alla stazione appaltante di soddisfare la richiesta in maniera adeguata e alla soprintendenza, a maggior ragione se la stessa è stata presentata a ridosso della scadenza del termine procedimentale, di poter utilmente valutare gli elementi acquisiti prima della scadenza del termine»; in ogni caso

preso atto che le indagini preliminari non consentono di pervenire in nessun caso ad una valutazione certa in grado di escludere a priori un qualche rischio di tipo archeologico, sarà difficile che il soprintendente rinunci a richiedere un approfondimento dell'indagine archeologica essendo a tal fine sufficiente ravvisare un *fumus* di interesse archeologico dell'area ovvero un *minimum* di probabilità di rinvenire nel sito reperti archeologici. Con buona pace per l'intento acceleratorio perseguito dal legislatore, destinato ad avere come unico (probabile) effetto quello di ridurre i (già pochi) casi di arresto della procedura alla fase preliminare⁸.

La cesura tra le due fasi è resa evidente dalla previsione, di cui al c. 5, della possibilità per gli interessati di esperire il ricorso amministrativo (in via gerarchica) avverso la richiesta di sottoposizione dell'intervento alla procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico, per motivi di legittimità e di merito, entro trenta giorni dalla notifica della dichiarazione. In punto competenza a decidere il ricorso, il richiamo all'art. 16 del Codice dei beni culturali e del paesaggio consente di indicare il Direttore generale (direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio), competente in generale sulla decisione di tali ricorsi ai sensi del d.p.c.m. 2 dicembre 2019, n. 169, art 16 c. 2, lett. t). Nel caso in cui la stazione appaltante o il proponente presentino effettivamente ricorso, la prima fase del procedimento di verifica dell'interesse archeologico prenderà avvio solo all'esito del ricorso amministrativo stesso, se negativo per detti ricorrenti (Circolare ministeriale del 2016, p.to 4.6).

Ai sensi del c. 6, qualora il soprintendente non richieda l'attivazione della procedura di verifica preventiva nel termine

previsto, ovvero nel caso in cui tale procedura si concluda con esito negativo, resta comunque possibile l'esecuzione di saggi archeologici a patto che *nuove informazioni* siano successivamente acquisite ovvero qualora, nel corso dei lavori, emergano *nuovi elementi archeologicamente rilevanti*, che inducano a ritenere *probabile* la sussistenza in sito di reperti archeologici. Il termine di 30 giorni assegnato al soprintendente per la richiesta di avvio della procedura di verifica preventiva parrebbe dunque previsto a pena di decadenza e non sarebbe ammesso alcun ripensamento; il rinnovo della valutazione e la conseguente richiesta di sottoposizione alla procedura di cui al comma 8 presuppongono, infatti, l'emersione di dati conoscitivi prima sconosciuti. In proposito, la lettera della norma (che parla espressamente di «*nuovi elementi archeologicamente rilevanti*, che inducano a ritenere *probabile* la sussistenza in sito di reperti archeologici») porta a ritenere che il livello di probabilità che vi sia un effettivo interesse archeologico dell'area richiesto per la nuova richiesta di saggi archeologici sia superiore e ben più consistente rispetto a quanto richiesto nella primissima fase della procedura⁹; si spiegherebbe così la previsione secondo la quale, in tale evenienza, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo procede, contestualmente, alla richiesta di saggi preventivi, alla comunicazione di avvio del procedimento di verifica o di dichiarazione dell'interesse culturale ai sensi degli articoli 12 e 13 del codice dei beni culturali e del paesaggio.

Dal punto di vista del campo di applicazione oggettivo, le norme descritte non trovano applicazione nel caso di "aree archeologiche" e ai "parchi archeologici", entrambi qualificati dall'art. 101, d.lgs. 42/2004, come "luoghi della cultura", e per i quali, come rilevato dalla circolare ministeriale già più volte citata, l'interesse culturale è già stato formalmente accertato nel momento della costituzione dell'area o del parco (2.6). Specifica altresì detta circolare che per questi resterebbe

impregiudicato, con riguardo ai profili che afferiscono alla tutela dell'interesse archeologico (e fatte salve le concomitanti valutazioni eventualmente afferenti la tutela di altri profili di interesse culturale) l'obbligo, a carico della stazione appaltante dell'opera pubblica o del proponente l'opera di interesse pubblico, della trasmissione dei relativi progetti alle Soprintendenze Archeologia competenti per territorio. E resta altresì ferma, per dette soprintendenze, la potestà di esercitare, in relazione a detti progetti, tutti i poteri, autorizzatori e cautelari, previsti dal Codice dei beni culturali e del paesaggio in materia, con particolare riguardo agli artt. 18 s., 20 ss., 28, 146, 150 ss., 155 del medesimo Codice, ivi compresa la facoltà di prescrivere, a spese e cura delle committente dell'opera pubblica o di interesse pubblico, l'esecuzione di ulteriori indagini archeologiche, intese a definire un più completo quadro conoscitivo del contesto vincolato ed assimilabili a quelle previste dall'art. 96, c. 1, lett. a e b.[a] prima fase, integrativa della progettazione preliminare: 1) esecuzione di carotaggi; 2) prospezioni

geofisiche e geochimiche; 3) saggi archeologici tali da assicurare una sufficiente campionatura dell'area interessata dai lavori; b) seconda fase, integrativa della progettazione definitiva ed esecutiva: esecuzione di sondaggi e di scavi, anche in estensione], da eseguirsi preliminarmente ai diversi livelli di progettazione, prima di pronunciarsi in merito alla compatibilità, con detto contesto, delle opere proposte in progetto [2.6],

fermi restando i poteri autorizzatori e cautelari ivi previsti, compresa la facoltà di prescrivere l'esecuzione, a spese del committente dell'opera pubblica, di saggi archeologici.

4. La disciplina attuale del Codice dei contratti pubblici: la fase della verifica preventiva dell'interesse archeologico

La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico è dunque richiesta dal soprintendente e si articola in fasi costituenti livelli progressivi di approfondimento dell'indagine archeologica. L'esecuzione della fase successiva dell'indagine è subordinata all'emersione di elementi archeologicamente significativi all'esito della fase precedente. La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico consiste nel compimento delle seguenti indagini e nella redazione dei documenti integrativi del progetto di fattibilità: a) esecuzione di carotaggi; b) prospezioni geofisiche e geochimiche; c) saggi archeologici e, ove necessario, esecuzione di sondaggi e di scavi, anche in estensione tali da assicurare una sufficiente campionatura dell'area interessata dai lavori. Il testo attuale costituisce un "ripensamento" rispetto a quanto contenuto nella disciplina del 2005 e del 2006 in cui la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico era articolata in due fasi costituenti livelli progressivi di approfondimento dell'indagine archeologica: la prima fase, comprendente esecuzione di carotaggi, prospezioni geofisiche e geochimiche e saggi archeologici tali da assicurare una sufficiente campionatura dell'area interessata dai lavori, era configurata come integrativa della progettazione preliminare; la seconda fase, la cui esecuzione, era subordinata all'emersione di elementi archeologicamente significativi all'esito della fase precedente, comprendeva esecuzione di sondaggi e di scavi anche in estensione, era integrativa della progettazione definitiva ed esecutiva. Oggi, la lettera dell'art. 25, c. 8, fa genericamente riferimento ad un'articolazione in "fasi" senza nulla aggiungere, ma specificando che consistono in livelli progressivi di approfondimento, poiché, come già evidenziato, il passaggio alla fase successiva è subordinato all'emersione di elementi archeologicamente significativi all'esito della fase precedente.

La procedura si conclude con la redazione della relazione archeologica definitiva, approvata dal soprintendente di settore territorialmente competente, in un termine predeterminato, evidentemente caso per caso, dal soprintendente stesso «in relazione all'estensione dell'area interessata» (art. 25, c. 9). La norma così disegnata nel 2016 introduce la previsione di un termine per la conclusione della procedura,

precedentemente non contemplato ed è chiaramente finalizzata a garantire la conclusione della procedura in tempi certi (come peraltro emerge dallo stesso parere del Consiglio di Stato n. 855/2016). La determinazione del termine, tuttavia, è rimessa a una valutazione, del tutto unilaterale, del soprintendente che lo deve individuare «in relazione all'area interessata». Certamente un po' riduttiva la previsione normativa nel momento in cui pare indicare l'estensione dell'area interessata come unico parametro di decisione. La stessa previsione di un termine in una fase come questa desta qualche perplessità. Condivisibilmente è stato rilevato come

le indagini da svolgere, infatti, non sono un procedimento amministrativo, ma operazioni, cioè attività materiali i cui tempi dipendono non soltanto dall'estensione dell'area interessata, unico fattore previsto dalla disposizione, bensì anche dalla complessità della stratigrafia, dalle condizioni meteorologiche stagionali, dalla disponibilità del personale necessario, da altre variabili circostanze di fatto e, in larga misura, dalla sollecitudine del responsabile dello svolgimento delle indagini stesse, quindi da comportamenti della stazione appaltante, non della Soprintendenza la quale ha soltanto compiti di direzione della procedura, non di suo diretto svolgimento che oltre tutto avviene con oneri a carico della stazione appaltante¹⁰.

Quanto al contenuto, la relazione *de qua* contiene una descrizione analitica delle indagini eseguite, con i relativi esiti di seguito elencati a) contesti in cui lo scavo stratigrafico esaurisce direttamente l'esigenza di tutela; b) contesti che non evidenziano reperti leggibili come complesso strutturale unitario, con scarso livello di conservazione per i quali sono possibili interventi di reinterro, smontaggio, rimontaggio e musealizzazione, in altra sede rispetto a quella di rinvenimento; c) complessi la cui conservazione non può essere altrimenti assicurata che in forma contestualizzata mediante l'integrale mantenimento in sito.

Nel silenzio della norma, la circolare del 2016 più volte citata, avverte come sia ritenersi che il responsabile della redazione della relazione *de qua* sia il funzionario archeologo responsabile dell'istruttoria, anche in considerazione del fatto che il documento è destinato a contenere proposte per le prescrizioni di tutela di competenza del soprintendente (p.to. 12.1).

Sulle esigenze concretamente emerse, il soprintendente modula il contenuto delle prescrizioni, secondo quanto previsto dal successivo comma 11, ossia, rispettivamente: nelle ipotesi di cui alla lettera a), la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico si considera chiusa con esito negativo e accertata l'insussistenza dell'interesse archeologico nell'area interessata dai lavori; nelle ipotesi di cui al comma 9, lettera b), la soprintendenza determina le misure necessarie ad assicurare la conoscenza, la conservazione e la protezione dei rinvenimenti archeologicamente rilevanti, salve le misure di tutela eventualmente da adottare ai sensi

del codice dei beni culturali e del paesaggio, relativamente a singoli rinvenimenti o al loro contesto.

In tal caso, laddove occorra effettivamente procedere a smontaggio, rimontaggio e musealizzazione, in altra sede rispetto a quella di rinvenimento, il relativo provvedimento autorizzativo è di competenza della Commissione regionale per il patrimonio culturale, ai sensi dell'art. 47, c. 2, lett. d), dpcm 169/2919.

Infine nel caso di cui alla lettera c), ossia ove siamo emersi complessi non altrimenti tutelabili se con l'integrale mantenimento in sito, le prescrizioni sono incluse nei provvedimenti di assoggettamento a tutela dell'area interessata dai rinvenimenti e il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo avvia il procedimento di dichiarazione di cui agli articoli 12 e 13 del predetto codice dei beni culturali e del paesaggio, la cui scansione seguirà le regole generali previste dalle norme richiamate, ivi compresa la competenza ad adottare il provvedimento finale in capo alla Commissione Regionale per il Patrimonio culturale; a fronte dell'eventuale esito positivo del provvedimento di individuazione, conseguirà naturalmente l'applicazione integrale delle misure di tutela (e valorizzazione) contenute in via generale nel Codice del 2004. Dal punto di vista contenutistico, le prescrizioni di tutela sono evidentemente destinate a impattare fortemente sull'opera da realizzare e possono essere determinate anche varianti rispetto al progetto iniziale ovvero l'espressione di un parere negativo laddove si ravvisi l'assoluta incompatibilità dell'opera con le esigenze di tutela emerse. In tal caso, le determinazioni della soprintendenza potranno contenere l'indicazione di eventuali soluzioni alternative al progetto originario.

Oltre ai procedimenti di dichiarazione/verifica dell'interesse culturale, resta salva la facoltà della soprintendenza di avviare altresì procedimenti di tutela indiretta ai sensi dell'art. 45 ss. del Codice dei beni culturali e del paesaggio al fine di prescrivere distanze, misure e altre norme atte a evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente o di decoro. Anche in questo caso, l'adozione del provvedimento finale è di competenza della Commissione regionale per il patrimonio culturale (art. 47, c. 2, lett. c).

La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico è condotta sotto la direzione della soprintendenza archeologica territorialmente competente. Gli oneri sono a carico della stazione appaltante.

5. La disciplina attuale del Codice dei contratti pubblici: semplificazioni

Ai sensi dell'art. 25, c. 14, per gli interventi soggetti alla procedura di cui si tratta, il soprintendente, entro trenta giorni dalla richiesta di cui al comma 3, stipula 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.

Nell'accordo le amministrazioni possono graduare la complessità della procedura, in ragione della tipologia e dell'entità dei lavori da eseguire, anche riducendo le fasi e i contenuti del procedimento. L'accordo disciplina, altresì, le forme di documentazione e di divulgazione dei risultati dell'indagine, mediante l'informatizzazione dei dati raccolti, la produzione di forme di edizioni scientifiche e didattiche, eventuali ricostruzioni virtuali volte alla comprensione funzionale dei complessi antichi, eventuali mostre ed esposizioni finalizzate alla diffusione e alla pubblicizzazione delle indagini svolte.

In dottrina si è rilevato che, nonostante la disposizione sia secca nella sua formulazione testuale, «appare ragionevole interpretarla nel senso che l'accordo vada stipulato solo ove in concreto si renda opportuno e che quindi esso non abbia carattere necessario»¹¹; se così è, allora, spetterà al soprintendente decidere circa l'opportunità di addivenire effettivamente a un accordo. Inoltre, la medesima dottrina ha evidenziato come «questa previsione va interpretata alla luce del sistema complessivo che non contempla la possibilità di un vero scambio di prestazioni tra le parti: le clausole dell'accordo sono quindi rimesse al prudente giudizio del Soprintendente e l'accordo si configura nella sostanza come adesione, sia pure contrattata, della stazione appaltante allo schema di accordo da lui predisposto»¹². Ai sensi del d.p.c.m. n.169/2019, art 40, c. 2, lett v) il soggetto competente alla stipula di tali accordi è il segretario regionale su proposta del soprintendente di settore.

Le stazioni appaltanti, in caso 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 cui all'articolo 21, 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. Si tratta della procedura prevista dal d.p.r. 12 settembre 2016, n. 194, *Regolamento recante le norme per la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi, a norma dell'art. 4, della legge 7 agosto 2015 n. 124*, che consente di ottenere una riduzione dei termini procedurali in una misura che comunque non può essere superiore al 50%, tenuto, però, conto «della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento» (art. 3, dpr 194/2016), nonché di attivare il potere sostitutivo del Presidente del Consiglio dei Ministri in caso di inutile decorso dei termini stessi (art. 4).

Con 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, entro il 31 dicembre 2017, sono adottate linee

guida finalizzate ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura di cui al presente articolo. Con il medesimo decreto sono individuati procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera. Non risulta a oggi che le linee guida siano state effettivamente adottate. In ogni caso, il termine non è perentorio, né la mancata adozione di linee guida impedisce l'applicazione della normativa descritta.

6. I soggetti abilitati alle operazioni di archeologia preventiva

Ai sensi dell'art. 25, c. 1, 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.

Stabilisce l'art. 216, c. 7, del Codice dei contratti che «fino alla data di entrata in vigore del decreto previsto dall'articolo 25, comma 2, resta valido l'elenco degli istituti archeologici universitari e dei soggetti in possesso della necessaria qualificazione esistente e continuano ad applicarsi i criteri per la sua tenuta adottati con decreto ministeriale 20 marzo 2009, n. 60, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 15 giugno 2009, n. 136».

Specifica la circolare del 2016, come l'elenco in questione non sia assimilabile a un albo professionale e non interferisca con altre attività professionali comunque afferenti alla materia dei beni culturali, rimesse alla competenza degli specifici esperti di settore. Peraltro, l'iscrizione a detto elenco non costituirebbe condizione dirimente ai fini dell'affidamento dell'incarico di eseguire le prestazioni professionali in questione, ma per poter esserne affidatari occorre comunque essere in possesso dei requisiti prescritti per l'iscrizione all'elenco stesso.

Note

¹ Si fa riferimento al testo della *Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico*, La Valletta, 16 gennaio 1992, nella traduzione pubblicata in Gazzetta Ufficiale, all'atto della ratifica della stessa avvenuto con l. 29 aprile 2015, n. 57 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/05/12/15G00069/sg>).

² Alberto Roccella, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico nella normativa vigente*, in «Rivista Trimestrale degli Appalti», 2019, p. 790.

³ Così Luigi Malnati, Maria Grazia Fichera, Sonia Martone, *La tutela del patrimonio archeologico italiano: i limiti dell'attuale normativa e nuove proposte di integrazione al Codice*, in www.aedon.mulino.it, n. 3/2015.

⁴ Così Girolamo Sciuillo, *Tutela*, in Carla Barbati, Marco Cammelli, Lorenzo Casini, Giuseppe Piperata, Girolamo Sciuillo, *Diritto del patrimonio culturale*, il Mulino, Bologna 2020, pag. 156; v. anche Paolo Carpentieri, *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, in «Urbanistica e appalti», 2016, p. 1014.

⁵ Invero, la verifica preventiva dell'interesse archeologico trova il suo precedente nell'art. 18, del regolamento n. 554/1999,

di attuazione della l. quadro in materia di lavori pubblici, n. 109/1994 che ricomprendeva espressamente tra i documenti componenti il progetto preliminare anche «le indagini geologiche, idrogeologiche e *archeologiche preliminari*».

⁶ Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, Direzione generale archeologia, circolare 20 gennaio 2016, n. 1, Disciplina del procedimento di cui all'art. 28, comma 4, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, e agli artt. 95 e 96, d.lgs. 14 aprile 2006, n. 163, per la verifica preventiva dell'interesse archeologico, sia in sede di progetto preliminare che in sede di progetto definitivo ed esecutivo, delle aree prescelte per la localizzazione delle opere pubbliche o di interesse pubblico di cui all'annesso Allegato 1.

⁷ L'art. 25, c. 2, specifica che «2. Presso il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo è istituito un apposito elenco, reso accessibile a tutti gli interessati, degli istituti archeologici universitari e dei soggetti in possesso della necessaria qualificazione.

Con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, sentita una rappresentanza dei dipartimenti archeologici universitari, si provvede a disciplinare i criteri per la tenuta di detto elenco, comunque prevedendo modalità di partecipazione di tutti i soggetti interessati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 7».

⁸ Antonella Sau, *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità*, in www.aedon.mulino.it, n. 1/2017.

⁹ Così anche Paolo Carpentieri, *Le garanzie e la verifica della progettazione. La verifica preventiva dell'interesse archeologico*, in Maria Alessandra Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano 2008, III, p. 2395.

¹⁰ Alberto Roccella, *La verifica preventiva...* cit., p. 802.

¹¹ Ibidem, p. 804.

¹² Ibidem, p. 805.