

## LE NOTE A SENTENZA DI ALDO M. SANDULLI\*

Aldo M. Sandulli ha avuto, tra l'altro, il merito e l'umiltà di coltivare, anche da studioso affermatissimo, e con estrema intensità, il genere letterario "note a sentenza". Del resto, si tratta di un genere praticato con continuità proprio dai grandi: come non ricordare – per restare al diritto amministrativo – le tantissime (e spesso ancora preziose) note di Cammeo sulla *Giur.it*, quelle di Guicciardi, di M.S. Giannini, di Cannada Bartoli o – per riferirci al diritto costituzionale (cui pure Aldo M. Sandulli si dedicò con contributi di primo piano, dimostrando in ciò ulteriore affinità con Maestri come Orlando e Romano che ebbero ad eccellere in entrambe le discipline) – a quelle di Mortati, Esposito e Crisafulli sulla *Giur. cost.* Nelle sue note, Aldo M. Sandulli non solo verifica la corretta applicazione al caso concreto dei principi generali, ma anche – e soprattutto – ne costruisce di nuovi. Non si limita cioè al momento della critica, ma traendo spunto dalla realtà, che è sempre più sfrenata dalla fantasia, elabora, spiega e sistema nuove regole dell'azione amministrativa. Il materiale oggetto del severo quanto fertile scrutinio è imponente e variegato: si va dai danni di guerra agli usi civici, dalle requisizioni ai contratti delle pubbliche amministrazioni, dalle cave di marmo di Carrara regolate dalle leggi estensi ai provvedimenti della RSI. Di riflesso, sono tantissimi gli istituti che vengono ad essere rivisitati: si va dalla revoca all'atto politico, dall'incompetenza al silenzio, dalla forma degli atti amministrativi ai beni pubblici, dalla responsabilità a innumerevoli profili di giustizia amministrativa. Si può dire che su tutti questi argomenti gli scritti di Aldo M. Sandulli hanno costituito (e spesso ancora costituiscono) un punto di riferimento per studiosi e operatori: basti pensare agli scritti sul silenzio-inadempimento, sul rapporto tra deliberazione a contrattare e contratto, sui beni demaniali. Ciò che va rimarcato, e che del resto costituisce la ragione della solidità del pensiero sandulliano, è l'attenzio-

---

\* Pubblicato in *Aldo M. Sandulli (1915-1984). Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, Giuffrè, 2004, 657 ss.

ne trasversale e onnicomprensiva al diritto, nel senso della lettura dell'episodio di vita non attraverso l'ottica della specializzazione, cioè della disciplina di settore (che, *ça va sans dire*, è sempre accuratamente tenuta presente e scandagliata fin nei dettagli), bensì nel contesto generale del diritto, visto come fenomeno ontologicamente unitario. Di qui, la continua ricerca di conferme o di spiegazioni nelle leggi amministrative "forti" (non è un caso che la individuazione della normativa di riferimento del silenzio nel TU imp. civili dello Stato, affermata in giurisprudenza, nasce – come è risaputo – dalla dottrina di Sandulli), ma anche nel codice civile, nel codice di procedura civile, nella teoria generale.

Tutto ciò è particolarmente evidente, tra l'altro, nelle note in materia di urbanistica, edilizia, espropriazione. È a tutti noto che Aldo M. Sandulli ha fondato la *Rivista giuridica dell'edilizia* (nel 1958) e che ha contribuito sia con la sua scuola sia in prima persona al successo della Rivista, con saggi e note. Ma molte altre riviste hanno ospitato note del Nostro nella materia in esame, anche dopo il 1958. Tali scritti necessitano una attenzione a sé stante. Intanto per l'importanza della materia. All'epoca – siamo nel periodo della ricostruzione e del c.d. *boom* edilizio – le controversie in materia edilizia erano quelle suscettibili di attirare la maggiore attenzione anche sotto il profilo dogmatico. Così come ora i *leading cases* riguardano di solito servizi pubblici, autorità indipendenti, contratti pubblici, e ai tempi della *belle époque* riguardavano le concessioni di derivazione di acque o le attività connesse al fenomeno della emigrazione (e non si pensi solo al caso *Laurens*: si veda la sentenza del Consiglio di Stato 17 maggio 1907 n. 178, circa i noli per il trasporto di emigranti, in cui la Società di navigazione generale era patrocinata da V.E. Orlando, Giorgio Arcoleo e Errico Presutti, e che ebbe a teorizzare l'obbligo di motivazione in relazione all'indole del provvedimento), nel periodo 1950-1980 sono l'edilizia e l'urbanistica che costituiscono l'*humus* di elaborazione dei principi o di verifica sul campo degli stessi. I grandi Maestri delle generazioni precedenti (e lo stesso Aldo M. Sandulli, nella sua monografia dedicata al *Il procedimento amministrativo*) in un *continuum* dialettico con il Consiglio di Stato avevano individuato la rete dei principi e le garanzie di istituto dell'attività amministrativa. Principi e garanzie che peraltro andavano sotto-

posti alla prova di resistenza dei singoli casi concreti, e comunque della legislazione speciale, il che in passato (Cammeo a parte) veniva di solito trascurato. Come pure era necessario misurarne (attraverso una prova all'untempo di resistenza e di elasticità) la rispondenza con la Costituzione. Ed infatti, proprio negli anni Cinquanta e Sessanta, si collocano scritti di vari Autori (penso a note o a saggi di Giannini, di Benvenuti, di Miele, di Amorth, di Nigro) che, pur avendo la loro origine o occasione in questioni di ordine urbanistico-edilizio, hanno fornito contorni precisi e coordinate stabili ad istituti generalissimi quali l'atto complesso ineguale, l'atto amministrativo generale, l'atto endoprocedimentale la autorizzazione, la concessione, la discrezionalità, l'annullamento d'ufficio. Aldo M. Sandulli è stato un protagonista di questa stagione, anzi "il protagonista". Per convincersene, è sufficiente menzionare – per quanto concerne la verifica di costituzionalità degli istituti della legislazione urbanistica – i suoi studi ormai classici sul contenuto essenziale del diritto di proprietà, o quelli in cui contrasta – anticipando la Corte costituzionale – lo "scorporo" tra proprietà e *jus aedificandi* o quelli imperniati sulla effettività della tutela giurisdizionale. Mentre sul piano della costruzione degli istituti amministrativistici è da ricordare lo studio sui piani regolatori di cui analizza partitamente procedure, natura ed effetti (facendo applicazione dei risultati della monografia su *Il procedimento amministrativo*), quelli sulla tutela dei terzi contro gli abusi edilizi, quelli sul silenzio-assenso. La parola d'ordine è la difesa della legalità, che sente come un vero e proprio impegno morale, come si ricava già dal titolo di alcune note<sup>1</sup>, e più volte ne stigmatizza l'assenza rilevando (siamo proprio nel tempo in cui veniva girato *Mani sulla città*), il "dilagare dell'arbitrio degli enti locali e la carenza di interventi repressivi e sostitutivi da parte delle autorità centrali, fenomeno che trova forse nel campo dell'urbanistica e dell'edilizia le sue manifestazioni più vistose"<sup>2</sup>.

Aldo M. Sandulli però non segue gli indirizzi giurisprudenziali

---

<sup>1</sup> V. ad es. *Più legalità per le licenze edilizie, più severità per le costruzioni senza licenza*, in *Riv. giur. edilizia*, 1962, II, 68.

<sup>2</sup> *Repressione di abusi edilizi e interessi di terzi*, in *Giust. civ.*, 1963, II, 38-46.

in ragione della loro convenienza o eticità. Anche se una sentenza risponde ad un principio naturale di giustizia ciò “non esime la dottrina dall’obbligo di vagliare l’esattezza delle affermazioni giurisprudenziali sotto il profilo strettamente tecnico. In un sistema basato sul diritto scritto, il criterio più valido per l’adeguamento del diritto positivo alla realtà sociale dovrebbe essere infatti quello di fare appello all’opera del legislatore, e non quello di plaudire alle manifestazioni di spirito pretorio della giurisprudenza. In un sistema di tal fatta ogni breccia che si apra nel quadro dei principi rischia infatti di avere ripercussioni imprevedibili, e forse inopportune, in campi remoti e bene ordinati”. Si tratta di un monito che spesso viene dimenticato in un periodo di interpretazioni creative e di ricerca del diritto “mite”: ma il diritto è... diritto, né mite né forte, e ciò anche quando fa applicazione di clausole indeterminate.

La riprova di questa attenzione al diritto positivo e di questo rispetto della legge, che è nel contempo la base della stabilità della società e della certezza del diritto, è rinvenibile ripercorrendo il pensiero di Aldo M. Sandulli sul rapporto tra diniego illegittimo di licenza edilizia e *ius superveniens*.

I termini del problema sono noti. In caso di contrasto fra situazione soggettiva di “diritto” ad ottenere la licenza edilizia accertata dal giudice e la disciplina giuridica sopravvenuta ostativa alla edificazione, si deve dare la prevalenza alla prima oppure alla seconda? Per dare una risposta al problema sono state date da parte di dottrina e giurisprudenza soluzioni variegate. Chi fa leva sul principio di effettività della tutela giurisdizionale sostiene che il processo deve servire a ricostituire la situazione la cui illegittima lesione ha dato corso alla domanda di giustizia. Chi parte dalla considerazione che il potere normativo e quello di conformazione dell’attività edificatoria dei privati sono esercitati in vista del perseguimento di interessi pubblici, nel senso che è sempre l’attività conformativa che come concede così sopprime il diritto di costruire, conclude nel senso della rigorosa applicazione del *tempus regit actum*: le situazioni soggettive sono cioè sempre cedevoli rispetto al potere pubblico di pianificazione del territorio.

La difficoltà di dare una soluzione al problema che ha nel suo svolgimento due termini antitetici trova riscontro nei difformi

orientamenti della giurisprudenza che, dopo aver privilegiato ora l'una ora l'altra esigenza, si è stabilizzata nell'affermare la prevalenza dell'interesse pubblico sopravvenuto, con taluni temperamenti. Il principale dei quali è la cristallizzazione della disciplina giuridica vigente al momento della notifica della sentenza di primo grado di accoglimento del ricorso (è la nota sentenza dell'Adunanza plenaria 8 gennaio 1986, n. 1).

Un tema di sì grande importanza, sia teorica che pratica, non poteva sfuggire alla vigile attenzione di Aldo M. Sandulli. Il quale in un primo tempo ebbe a sostenere la tesi "garantistica" richiamando l'istituto della "licenza ora per allora", e dunque di applicazione della norma vigente al tempo che doveva essere rilasciato il titolo edificatorio. I due valori da raffrontare sono, in sostanza, non già quello della tutela giurisdizionale e quello della tutela dell'assetto urbanistico; il primo infatti è intangibile, mentre il secondo valore da considerare è quello della protezione dell'iniziativa economica. "Non si ammettesse, dopo il giudicato che abbia dichiarato l'illegittimità del diniego della licenza, l'obbligo dell'Amministrazione di rilasciare quest'ultima 'ora per allora', la pronuncia del giudice rimarrebbe in sostanza un *inutiliter dictum*": tantopiù – sostiene ancora il Nostro ribadendo i suoi strali verso la cattiva amministrazione in materia edilizia ed urbanistica – che tale materia "è di quelle di cui maggiormente abusano oggi le autorità comunali per interessi partitici, se non peggio". Per cui qualora si escludesse la possibilità della licenza "ora per allora" quando ne ricorrano le condizioni, il privato rischierebbe di rimanere assolutamente disarmato di fronte alle frequenti prevaricazioni cui la materia, appunto per tale ragione, si presta: v. *In tema di licenze edilizie "ora per allora"*<sup>3</sup>. Aldo M. Sandulli però, a riprova del suo continuo atteggiamento critico e della sua onestà intellettuale non esitava a rivedere le proprie tesi. Riscontri di un pensiero in continua rimediazione dialettica con legislazione, dottrina e giurisprudenza sono diffusi nelle varie edizioni del Manuale; notissimo è del resto il *revirement* circa la indennizzabilità dei vincoli paesistici. Ed infatti nel saggio *Sopravvenienza dello strumento urbanistico e domande edilizie pre-*

---

<sup>3</sup> In *Giur. it.*, 1972, III, 483 ss.

*termesse*<sup>4</sup>, rivedendo espressamente il proprio precedente avviso, rileva che i due interessi in conflitto, quello del privato a costruire e quello dell'Amministrazione a salvaguardare la realizzabilità del programma urbanistico (il quale, per natura, rappresenta un tutto armonico e non può subire occasionali e sporadiche alterazioni) sono inconciliabili: e l'ordinamento considera preminente, in via di principio, il secondo, di fronte al quale ogni diritto o interesse privato recede.

Né a far prevalere il primo può essere validamente invocato, nell'ipotesi in discussione, il fatto che l'Amministrazione era tenuta a provvedere (e illegittimamente non provvedette) in un tempo in cui nessuna antitesi sussisteva (coincidendo allora l'interesse privato con quello pubblico canonizzato nelle prescrizioni urbanistiche all'epoca operanti), e che addirittura si sia formato, in tali sensi, un giudicato. Una volta intervenuto il nuovo strumento urbanistico, è esso a esprimere l'interesse preminente, con il quale qualsiasi interesse privato deve misurarsi. Ci troviamo cioè in presenza di una di quelle ipotesi "in cui lo *jus superveniens* rende impossibile la realizzazione del *summum jus*".

Ma la tutela del privato e la effettività della tutela giurisdizionale? Rendendosi conto della *summa iniuria* di tale conclusione dettata – a mio avviso – anche da una visione razionalista dell'urbanistica, sintesi di scelte coordinate e integrate e come tali non emendabili, Aldo M. Sandulli pur a fronte di una giurisprudenza "pietrificata" contraria alla risarcibilità degli interessi legittimi, cerca egualmente di percorrere la strada del risarcimento patrimoniale, potendosi ravvisare, a seconda delle circostanze il reato di abuso di ufficio o quello di omissione di atti d'ufficio secondo gli artt. 323 e 328 c.p. nel testo allora vigente. Del resto un brevissimo spunto in tal senso era rinvenibile già nella nota *Autorizzazione a costruire e "jus superveniens"*<sup>5</sup>, dove lascia intendere che è proponibile l'azione di risarcimento danni ove, prima del venire meno della normativa originaria, l'interessato abbia provocato l'espresso o implicito rifiuto dell'amministrazione.

È chiaro che si trattava di una *extrema ratio*, e per di più di

---

<sup>4</sup> In *Riv. giur. edilizia*, 1978, II, 190.

<sup>5</sup> In *Riv. giur. edilizia*, 1967, II, 3-9.

difficile percorribilità (occorrendo la dimostrazione del dolo dell'agente). Successivamente però, nel suo intervento alla tavola rotonda su *La responsabilità per lesioni di interesse legittimo*<sup>6</sup>, il Nostro enunciava la tesi della risarcibilità senza collegarla a comportamenti delittuosi. In ogni caso, già nel 1978 emergeva l'intuizione verso una soluzione che oggi, dopo la sentenza Cass. n. 500/1999 e l'art. 7, legge n. 205/2000, appare come la più ragionevole, in quanto in grado di contemperare i contrapposti interessi, senza ricorrere a quel "pasticciaccio" della sentenza dell'Ad. plen. 1/1986 che in definitiva lascia la decisione sul conflitto tra i due valori alla durata (aleatoria) del processo: così che la giustizia più è lenta più produce effetti sacrificativi delle situazioni soggettive pur degne di tutela. D'altra parte, è una soluzione che ha una forte base nell'art. 2933, 2° comma c.c. (sostituzione dell'esecuzione in forma specifica con il risarcimento danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale) e nell'art. 2058, 2° comma c.c. ai sensi del quale il risarcimento può avvenire per equivalente in luogo della reintegrazione in forma specifica se quest'ultima è eccessivamente onerosa per il debitore. Segni in tal senso sono rinvenibili nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato: sono sicuro che, in via diretta o mediata "per li rami" del nostro pensiero giuridico, tale indirizzo – che riteniamo essere in via di affermazione – ha la sua radice anche nei testi di Aldo M. Sandulli.

---

<sup>6</sup> In *Foro amm.*, 1982, 1686.