

“La richiesta di chiarimenti nel corso del giudizio di ottemperanza quale strumento di riforma e di correzione dei malfunzionamenti dell’agire amministrativo”.

Campobasso, 8 aprile 2016.

Benché il processo intercetti (per fortuna) una minima frazione delle vicende che quotidianamente vedono coinvolti i cittadini e la pubblica amministrazione, non sembra vi sia alcunché di scorretto nel chiedersi se taluni istituti del processo amministrativo si possano spiegare come preordinati ad una funzione preventiva e/o correttiva della cattiva amministrazione. Ovviamente, dicendo questo non si vuol certo negare che si tratta di una domanda molto meno utile di quella posta da chi ragiona degli accorgimenti che il diritto sostanziale – che invece intercetta necessariamente un po’ tutto - può mettere in campo.

Nemmeno è necessario impegnare le consuete dubbiose questioni sul reale oggetto del processo amministrativo per convenire sul fatto che alcuni istituti del nostro processo si spieghino in maniera più armonica pesando all’intento dell’ordinamento di prevenire e/o reprimere fenomeni di cattiva amministrazione che non ricorrendo alla solita idea, che oramai è divenuta un vero *totem*, della finalità di implementare l’effettività della tutela della situazione soggettiva sostanziale.

Ecco, il c.d. ricorso per chiarimenti sembrerebbe costituire un efficace esempio di questo fenomeno.

Un istituto che (cfr. per tutte Ad. Plen. n. 2/2013) sarebbe *naturaliter* al servizio della parte pubblica soccombente nel giudizio di cognizione, smaniosa di dissipare dubbi sul contenuto reale del giudicato al fine di prevenire la sua violazione nel momento in cui andrà a portarlo ad esecuzione, parrebbe un esempio calzante di strumento processuale concepito per prevenire l’errore della p.a. Del resto, a sufficiente presidio dell’effettività nella tutela della situazione del ricorrente vittorioso c’è il giudizio di ottemperanza nella sua accezione tradizionale¹.

Nel mettere un poco le mani nella materia è difficile dire fino a che punto questa prima impressione possa però venir confermata.

Occorre premettere che la dottrina, ad oggi, sembra rimasta alla superficie del fenomeno². E questo nonostante il fatto che tra gli istituti per certi versi innovativi del codice questo sia forse quello che si presterebbe alle più gravi ed interessanti speculazioni teoriche.

Non si allude solo al fatto che questo intervento del giudice *ex ante* rispetto ad un’attività della pubblica amministrazione dovrebbe piacere moltissimo ai discepoli della scuola di

¹ Non a caso i ricorsi per chiarimenti proposti da privati sono ben rari e di norma riconducibili a fattispecie concrete piuttosto eccentriche. Per qualche esempio: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26.8.2015, n. 3994, ove è il privato a proporre il ricorso *ex art.* 112, comma 5, c.p.a., ma perché soccombente sul capo della condanna alle spese e desideroso di un chiarimento proprio su qual capo, per la distribuzione delle somme a favore dei vincitori; Cons. Stato, 24.2.2015, n. 914, dove è l’impresa che ha ottenuto condanna risarcitoria nella fase di cognizione a ricorrere per chiarimenti, ma più che altro al fine di proporre al giudice un problema che era stato sollevato dal commissario *ad acta* - già insediatosi sulla base della sentenza di cognizione - il quale opinava per l’incidenza, sull’esecuzione della sentenza, di un avviso di conclusione indagini da parte della Procura in relazione a presunte falsificazioni commesse dai responsabili della società per ottenere la condanna dell’ente al risarcimento accordato dal giudice amministrativo. In qualche altro caso lo strumento del ricorso per chiarimenti viene sì utilizzato dalla parte privata, ma perché si trova nella posizione di controinteressato soccombente nella fase di cognizione. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, ord. 29.1.2014, n. 463: il privato che si era visto annullare il permesso di costruire su iniziativa processuale altrui, chiede chiarimenti sull’incidenza nella fase dell’ottemperanza della sospensione cautelare da lui ottenuta in appello avverso l’ordinanza di demolizione che il comune aveva adottato dopo la sentenza di ottemperanza che aveva imposto alla p.a. di procedere alla demolizione.

² Per qualche notazione sull’ottemperanza di chiarimenti, cfr., G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Milano, 2013, II, 457 ss.; M. ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, 1291 ss.; F. VOLPE, *L’ottemperanza “di chiarimento”. Un istituto inutile o dannoso?*, in *lexitalia.it*.

Nigro. Quale miglior esempio, verrebbe da dire, di un tratto di processo che si fa prolungamento come invero dell'attività amministrativa sostanziale³, ovvero di labilità del confine tra procedimento e processo e, in definitiva, di modello di integrazione tra giurisdizione ed amministrazione?⁴

Abissi teorici veramente terribili si aprirebbero poi sol che si ponga mente al fatto che, a rigore, questo strumento potrebbe essere utilizzato anche per chiedere al giudice amministrativo acclaramenti sul contenuto e sulla portata di un giudicato che proviene da un'altra giurisdizione.

Ma si tratta di questioni che in questa sede possono e debbono esser accantonate.

Va pure osservato che anche le affermazioni di principio della giurisprudenza, quelle che poi si riflettono nelle massime, non dicono molto di utile ai nostri fini.

E così quando si dice che il ricorso per chiarimenti non può essere utilizzato per mascherare uno strumento di critica impugnatoria o revocatoria della sentenza; oppure quando si dice che i quesiti debbono essere relativi ad una esigenza concreta di attuazione di quel giudicato, e non insistere su questioni meramente astratte o ipotetiche. Qualcosa solo di un poco più istruttivo emerge, semmai, dall'affermazione riguardo al fatto che con il chiarimento non si può provocare una funzione consultiva sulla liceità dell'attività amministrativa successiva al giudicato.

Affermazione che però è problematica - come poi la casistica dimostra - giacché ragionando istintivamente vien fatto di dire che se un'iniziativa *ex ante* della p.a. può trovare giustificazione è proprio in relazione alla natura implicita, elastica, condizionata ed incompleta⁵ della regola posta dal giudicato amministrativo, oppure per ottenere lumi sull'esatta portata degli effetti c.d. ripristinatori. E allora il rischio è che affermando che il chiarimento non è che un distillato di ciò che c'è già nel giudicato si finisca per dire una cosa che viene poi subito dopo smentita nell'applicazione pratica.

Ed è proprio dando uno sguardo alla casistica giurisprudenziale, ed in particolare alle pronunce del Consiglio di Stato degli ultimi anni che qualche indicazione utile emerge.

La prima di queste è rappresentata dalla facilità stessa con cui si reperiscono precedenti relativi a questo istituto. Solo in Consiglio di Stato si registrano parecchie decine di decisioni all'anno (probabilmente nell'ordine di quasi un centinaio l'anno) rese su ricorsi per chiarimenti *ex art. 112, comma 5, c.p.a.* Verrebbe ironicamente da dire che i giudici amministrativi rendono con una certa frequenza responsi oscuri, se poi la p.a. - che già notoriamente non è soggetto che si precipita bramoso di dare esecuzione ai giudicati - è costretta così di frequente a richiedere chiarimenti sulla portata del *decisum* da eseguire. Ma appunto si tratta di ironia, perché la realtà nasconde ben altro fenomeno.

In primo luogo va osservato che lo strumento dell'ottemperanza di chiarimenti ricorre abbastanza spesso in relazione a casi di pronunce che impongono prestazioni a carattere patrimoniale⁶. Non sono infrequenti cioè i casi in cui la p.a. chiede chiarimenti in merito, ad esempio, alle modalità di calcolo di somme legate alla necessità di ricostituire la carriera economica del ricorrente vittorioso, oppure legate all'esatta quantificazione di somme legate a condanne risarcitorie e simili.

³ Per usare un'espressione coniata in M. NIGRO, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, 2016.

⁴ Su questo modello in antitesi rispetto al modello della rigida separazione, M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, ora in *Scritti giuridici*, cit., III, 1536.

⁵ Sempre per usare le categorie di M. Nigro, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1530 ss.

⁶ Per qualche esempio: Cons. Stato, 2.12.2015, n. 5464; Cons. Stato, sez. IV, 30.11.2015, n. 5409; Cons. Stato, sez. IV, 26.8.2015, n. 3994; Cons. Stato, sez. III, 10.7.2015, n. 3485; Cons. Stato, sez. IV, 3.3.2015, n. 1036; Cons. Stato, sez. III, 22.12.2014, n. 6325; Cons. Stato, sez. IV, ord., 26.11.2014, n. 5848; Cons. Stato, sez. III, 5.11.2014, n. 5453; Cons. Stato, sez. V, 23.4.2014, n. 2045.

Onestamente di questo fenomeno sono avanzabili più spiegazioni. Non è però ad esso estraneo il fatto che nel processo amministrativo di cognizione, a differenza di ciò che accade nel processo civile, gli obblighi a carattere patrimoniale a carico della p.a. possono uscire di molto imprecisati nel loro concreto ammontare (si pensi alla tecnica dell'art. 35 d.lgs. 80/98, oppure ancora alla natura ripristinatoria della ricostituzione economica delle carriere).

Venendo invece ai casi in cui l'ottemperanza di chiarimenti sembra rispondere ad una esigenza reale, non a caso riscontrata dai giudici, in relazione al problema del riesercizio dell'attività amministrativa, si può notare una cosa interessante.

Ben raramente si tratta di un'oscurità davvero riferibile al contenuto di quella specifica sentenza.

Quasi sempre si tratta di un problema più vasto e di sistema. C'è incertezza sul reale perimetro del giudicato amministrativo come fenomeno più generale, che poi si traduce in perplessità sugli atti concreti e sulle operazioni da adottare in sua attuazione. Molto spesso cioè si tratta di incertezze sulla regola della preclusione da deducibile, oppure sulla regola della conservazione dell'attività non colpita da annullamento, oppure ancora sulla regola delle sopravvenienze.

Qualche esempio varrà a chiarire la ricorrenza di un problema concettuale omogeneo.

Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2785.

In fattispecie di valutazione comparativa per un posto di ricercatore presso il Politecnico di Torino, la sentenza di cognizione del Consiglio di Stato stabilisce che una data pubblicazione del vincitore non rientra nella categoria delle pubblicazioni di cui si è autori o coautori, ma nella categoria di quelle di cui si è curatori e che un contributo personale all'interno di essa nemmeno è un capitolo, ma può essere valutato nella categoria residuale delle altre pubblicazioni. Rimette alla p.a. di rioperare la valutazione, ma siccome i punteggi massimi accordabili per queste altre corrette categorie sono minori rispetto ai punteggi accordabili ed accordati per le categorie errate, afferma anche che se pure la commissione dovesse dare a detto candidato il punteggio massimo relativamente alla pubblicazione incriminata, ne risulterebbe comunque una sottrazione di 5 punti rispetto al punteggio che era stato attribuito, con la conseguenza che la ricorrente lo sopravvanzerà in graduatoria risultando essa vincitrice.

La commissione riconvocata dal Rettore rileva che nella sommatoria dei punteggi attribuiti al concorrente (ex vincitore) ci sarebbe stato un errore materiale nel sommare i punti per le pubblicazioni appartenenti ad una data categoria, con il risultato che traendo la somma giusta dalla scheda di valutazione occorrerebbe aggiungere due punti. La conseguenza è che costui tornerebbe ad essere vincitore in luogo della ricorrente.

Il Rettore dubita della possibilità di questa sorta di autotutela ed il Politecnico agisce per chiarimenti.

Il Consiglio di Stato in questo caso dice che la somma dei punteggi attribuiti alle pubblicazioni diverse da quella incriminata è stata in giudizio assunta come tale e costituirebbe un presupposto logico essenziale della pronuncia giurisdizionale, con la conseguenza che l'errore materiale, riguardando un fatto preesistente il giudizio e non dedotto dal controinteressato, ricade nella regola della preclusione da deducibile con la conseguenza che l'autotutela non potrebbe essere esercitata.

Come si vede nessuna oscurità è imputabile al giudicato di cognizione. Semplicemente vi è incertezza sulla regola del deducibile.

Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2014, n. 3539.

Il privato, escluso da una procedura per il reclutamento ufficiali otteneva sentenza di cognizione che dichiarava illegittima detta esclusione⁷. Intraprende una prima vicenda di

⁷ Nel testo si semplifica volutamente una vicenda molto più complessa. Il privato in realtà aveva fatto istanza di partecipazione a due diversi corsi banditi dal Ministero della Difesa ed era stato escluso da

ottemperanza nella quale ha mal partito perché i giudici, anche d'appello, rilevano che l'intergale copertura dei posti messi a concorso renderebbe l'esecuzione materialmente impossibile alla p.a. Non pago ricorre in revocatoria e stavolta ottiene i favori del Consiglio di Stato, posto che la sentenza revocata aveva data per scontata l'avvenuta integrale copertura dei posti, ma gli atti del giudizio non fornivano dimostrazione di detto rilevante fatto, poiché l'Amministrazione non aveva mai prodotto i provvedimenti di nomina dei vincitori e/o dei nominati o altro atto che attestasse davvero l'intergale copertura dei posti messi a concorso. L'Amministrazione della Difesa, improvvisamente, trova il provvedimento di nomina in ferma prefissata degli interessati, redatto dopo le rinunce ed i relativi ripianamenti del personale, ed agisce dunque per chiarimenti mettendo il Consiglio di Stato di fronte alla seguente alternativa: la p.a., in sede di esecuzione, può far presente al privato che i posti in questione erano già integralmente coperti alla data della sentenza di cognizione, come da provvedimento che (n.d.r. finalmente!) ora si deposita, oppure dovrebbe muovere considerando accertata la mancata copertura dei posti e cioè accertata una circostanza di fatto e documentalmente non conforme alla realtà?

E qui il Consiglio di Stato, con una motivazione di barocco equilibrismo, afferma che il giudicato della sentenza di revocazione sarebbe quello di aver affermato l'assenza di documenti che attestino formalmente e legalmente l'avvenuto inverarsi della circostanza impeditiva della nomina, con la conseguenza in termini pratici che la p.a. "a fronte della accertata assenza documentale in atti idonea a dimostrare la integrale copertura dei posti, avrà l'onere di eventualmente adottare atti che nell'osservanza delle formule sacramentali previste dalle leggi in ordine alla autenticità e veridicità dei fatti e delle dichiarazioni ivi contenute e sotto la responsabilità diretta dell'Organo e/o dirigente della competente struttura ministeriale attestino compiutamente la copertura integrale dei posti per cui è causa alla data della pronuncia recata dalla sentenza" di cognizione. Peccato che nella parte rescissoria la sentenza "da chiarire" avesse determinato l'accoglimento del ricorso in ottemperanza del privato, pure con riserva di nomina di un commissario *ad acta*. Un ricorso in ottemperanza, cioè, con cui il privato chiedeva in buona sostanza di essere riammesso in servizio (e non certo che la p.a. esibisse un documento acclarativo della copertura dei posti).

Ad ogni buon conto è evidente che nemmeno qua vi è oscurità del *decisum* di cognizione da dissipare, che semmai all'oscurità contribuisce proprio la pronuncia resa sull'istanza di chiarimenti.

Semmai è un tipico problema, appunto, che rimonta anch'esso al tema della preclusione da dedotto e deducibile.

Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 206.

La sentenza di cognizione, resa dal Tar Veneto in materia di gare d'appalto, forse non dominando in modo esemplare i principi sulla graduazione dei motivi di ricorso, afferma al contempo che l'offerta dell'aggiudicatario doveva essere esclusa per indeterminatezza assoluta, però anche che la gara va travolta in radice e deve essere rinnovata (ad eccezione dell'atto di indizione) perché sono state violate le regole sulla trasparenza nell'apertura dei plichi.

entrambe le procedure per superamento dei limiti di età. Impugnate le due esclusioni con separati ricorsi era stato ammesso al secondo di questi concorsi e lo superava conseguendo la nomina ad ufficiale in ferma prefissata, ma al termine della ferma di mesi 30 non superava un successivo concorso di ammissione all'ulteriore ferma di un anno e veniva dunque congedato. Sovveniva però la sentenza di accoglimento anche dell'impugnazione dell'esclusione dal primo concorso, e poiché le prove di questo concorso erano identiche a quelle del concorso che aveva a suo tempo superato, la pretesa del privato, poi versata in ottemperanza, era quella di essere riammesso in servizio, sostenendo che superando il primo concorso sarebbe stato arruolato come vincitore e mantenuto ancora in servizio poiché il primo corso, in ragione della sopravvenuta normativa di stabilizzazione, non era stato congedato.

Problema: alla rinnovazione della gara potrebbe partecipare l'illegittimo aggiudicatario, rispetto al quale fu accertato il dovere di esclusione?

La p.a. chiede chiarimenti, e a fronte della sentenza di primo grado del Tar che risponde di sì, il Consiglio di Stato opina per la negativa, perché altrimenti vi sarebbe violazione di una parte del giudicato.

Con ogni probabilità qui è il Consiglio di Stato che erra, perché allora rimarrebbe da chiedersi che avvenga quando, come la giurisprudenza oggi ammette, da un giudizio esca che gli unici due concorrenti dovevano essere entrambi esclusi.

Resta il fatto che non è un problema di oscurità del singolo *decisum*, ma un problema appunto sul significato di un accertamento dell'illegittima ammissione ad una prima gara, quando dopo la sentenza la p.a. debba farne un'altra.

Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2015, n. 1998.

Su ricorso di un comune confinante, il Consiglio di Stato con sentenza n. 4507 del 2013 annulla un'autorizzazione per l'apertura di un centro commerciale con superficie di vendita di 14990 mq, rilasciata dal Comune di Castelli Caleppio nel 2009 a seguito di procedura con conferenza di servizi, perché la legge regionale lombarda n. 20/1999 avrebbe previsto la necessità di assoggettare il procedimento se non a VIA quantomeno alla procedura di verifica di assoggettabilità a VIA (c.d. screening). Sennonché, nella totale dimenticanza di questo fatto nel corso del giudizio di cognizione, era sopravvenuta la legge regionale n. 5/2010 che avrebbe escluso da tale assoggettabilità gli interventi per la realizzazione di centri commerciali di superficie inferiore ai 15.000 mq.

Il Comune ricorre dunque al Consiglio di Stato per chiarimenti *ex art.* 112, c. 5 c.p.a., onde sapere, da un canto se l'autorizzazione possa essere riemessa senza la necessità di procedura di verifica di VIA in applicazione della legge del 2010, d'altro canto se si tratti semplicemente di rimettere l'autorizzazione con salvezza di tutti i precedenti atti della conferenza di servizi (ove, a rigore, nel procedimento svoltosi e censurato, avrebbe dovuto essere presa in esame la questione della verifica di assoggettabilità a VIA).

E il Consiglio di Stato qui risponde che l'effetto demolitorio riguarda solo l'atto di autorizzazione commerciale e che pertanto la riedizione dell'attività amministrativa non solo non comporta la necessità di presentare una nuova domanda di autorizzazione, ma che il procedimento deve riprendere dal primo atto non annullato e cioè dall'ultima deliberazione dell'ultima conferenza di servizi (la cui attività, quindi viene fatta salva). Inoltre poiché il principio di insensibilità al mutamento normativo riguarderebbe solo il rapporto irrimediabilmente definito, tale non essendo un assetto legato ad un atto che però è impugnato della nuova norma occorre tenere conto nella riemanazione del provvedimento annullato.

Pertanto dopo qualche anno di tortuosa vicenda, qui per avventura tutto si riduce a riformare l'autorizzazione.

Come si vede nessun problema di oscurità del *decisum* di cognizione. Semplicemente è un problema di sopravvenienze e di conservazione dell'attività non colpita da annullamento.

Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472.

La sentenza di cognizione, su iniziativa di Italia Nostra Onlus, annulla l'autorizzazione paesaggistica per carenza dell'apparato motivazionale.

L'impresa che aveva realizzato una parte degli interventi, controinteressata soccombente, provoca un giudizio per chiarimenti in cui, anche a seguito di costituzione della p.a., si pongono due temi: posto che le opere o parte di esse sono già state realizzate medio tempore, il divieto di autorizzazione in sanatoria *ex* 146 codice paesaggio può essere un ostacolo alla riedizione dell'attività amministrativa?

E poi, il procedimento da seguire, dovrà essere quello legislativamente previsto nel momento dell'adozione dell'autorizzazione annullata, cioè il regime transitorio ante

31.12.2009, al quale ha fatto più volte riferimento la sentenza, o quello vigente ora al momento del riesercizio del potere autorizzatorio?

E qui il Consiglio di Stato risponde: il divieto di sanatoria non riguarda le opere realizzate sulla base di un autorizzazione paesaggistica esistente, benché poi annullata, non ricorrendo gli estremi per un'applicazione in analogia dell'art. 146 codice paesaggio.

La regola generale secondo la quale la rinnovazione è soggetta alla disciplina vigente al momento dell'adozione del nuovo atto va sottoposta ad un giudizio di compatibilità processuale ed ad un giudizio di compatibilità procedimentale. La nuova normativa non deve quindi porsi in contrasto con quanto accertato dal giudicato né deve porsi in contrasto con le fasi del procedimento amministrativo che si siano già esaurite nel vigore della vecchia disciplina e che non sono incise dalla sentenza di annullamento. Nella fattispecie, il fatto che la nuova disciplina assegni alla sovrintendenza non più un compito di controllo, ma quello di rendere un parere vincolante, non lederebbe alcuno dei due principi di compatibilità.

Anche qui come si vede, non è che si risolve un tema di oscurità del *decisum*, ma semmai appunto il tema delle sopravvenienze normative.

Dopo questa sparsa carrellata di precedenti relativi ad un aspetto dell'utilizzo del ricorso per chiarimenti che meriterebbe ben altro approfondimento, c'è però un dato finale suggerito dalla casistica e che in questa sede non può essere taciuto.

E questo dato è rappresentato dalla ricorrenza, davvero piuttosto frequente, dei casi in cui la p.a. utilizza questo strumento per fini dilatori, cioè per impantanare la vicenda lucrando sulla durata di un altro tratto di processo⁸. In non pochi casi si sente dire al giudice amministrativo: “guarda, non c'è proprio nulla di oscuro e dubbioso c'è solo da eseguire ciò che sta chiaramente già scritto nella sentenza”. Del resto, è una spia interessante dell'approccio “psicologico” della parte pubblica verso questo strumento il fatto stesso che la p.a. in qualche occasione utilizzi l'istanza di chiarimento con lo strumento del ricorso incidentale rispetto ad un ricorso per ottemperanza già incardinato dal cittadino⁹.

Orbene questo fenomeno dell'uso dilatorio del mezzo assume in questa sede un significato pertinente.

Vien fatto di chiedersi, infatti, se siano i migliori strumenti di correzione e/o prevenzione della cattiva amministrazione quelli che contemplan altre attività, altri momenti amministrativi, altre occasioni di strascico processuale.

Alessandro Squazzoni

⁸ Per qualche esempio si leggano: Cons. Stato, sez. V, 22.2.2016, n. 714; Cons. Stato, sez. IV, 12.11.2015, n. 5153; Cons. Stato, sez. IV, ord., 30.7.2015, n. 3757; Cons. Stato, sez. III, 23.3.2015, n. 1544; Cons. Stato, sez. IV, ord., 9.2.2015, n. 668.

⁹ Per un esempio, Cons. Stato, sez. V, 14.3.2016, n. 984.

