



# *Ministero dell'Interno*

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

## **RECENTI ORIENTAMENTI IN TEMA DI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI AFFERENTI IL RILASCIO DELLE LICENZE DI POLIZIA**

*(Ed. maggio 2018)*



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

## 1. Istituti di partecipazione.

Come è noto, l'avviso di avvio del procedimento *ex art. 7* della legge n. 241/1990 deve essere effettuato sia per i procedimenti ad impulso di parte (quali quelli concernenti il rilascio delle autorizzazioni di polizia), sia per quelli ad iniziativa d'ufficio.

Premesso che i contenuti della comunicazione sono individuati dall'art. 8 della legge n. 241/1990, vale la pena ricordare che tale adempimento può essere assolto dall'Amministrazione anche con modalità semplificate per i procedimenti ad iniziativa di parte riguardanti:

- (1).l'avvio di attività sottoposte al regime della segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), regime oggi applicabile ad un consistente numero di autorizzazioni di polizia individuate dal D. Lgs. n. 222/2016;
- (2).la concessione di autorizzazioni o licenze (tra cui evidentemente anche quelle di polizia).

L'art. 18-*bis* della legge n. 241/1990 consente, infatti, di effettuare la comunicazione anche con la ricevuta di presentazione della SCIA o della richiesta del provvedimento autorizzatorio, a condizione che in essa siano riportati tutti gli elementi indicati dall'art. 8 della medesima legge n. 241.

L'obbligo di inoltro dell'avviso di inizio del procedimento conosce alcune eccezioni, il cui "catalogo" – oltre alle specifiche categorie di atti cui non si applicano gli istituti di partecipazione (art. 13 della legge n. 241/1990) – comprende due ulteriori fattispecie.

**La prima** riguarda i provvedimenti cautelari che - come specificato dall'art. 7, comma 2, della legge n. 241/1990 - possono essere adottati prima dell'effettuazione dell'avviso di avvio del procedimento.

Nel contesto della legislazione di pubblica sicurezza, ricadono in questa categoria le misure di ritiro cautelare delle armi, delle munizioni e delle sostanze esplodenti applicate dagli ufficiali e agenti di p.s., a mente dell'art. 39, secondo comma, TULPS, nei confronti dei soggetti ritenuti capaci di abusarne, nonché i provvedimenti di sospensione del decreto di nomina a guardia giurata disposti in via interinale dal Questore, ai sensi dell'art. 4 del R.D.L. 12 novembre 1936, n. 2144, in vista dell'adozione della revoca del titolo da parte del Prefetto (Corte di Cass. Sez. lav. 7 settembre 1989, n. 5076).

Considerazioni più articolate sono a farsi relativamente ai provvedimenti di sospensione delle autorizzazioni disposte ai sensi dell'art. 10 del medesimo Testo Unico.

Nel sistema delle licenze di polizia, tali misure inibitorie possono assolvere a due diverse funzioni:

- (1).una di carattere esclusivamente sanzionatorio di accertati abusi del titolo di polizia;
- (2).un'altra di natura per così dire "mista" in cui all'effetto affittivo si unisce anche una preminente finalità cautelare. In quest'ultimo caso il provvedimento risponde all'esigenza "*nell'attesa di approfondimento e certezza dei fatti ... di prevenire la commissione di abusi del titolo*" (si veda in tal senso la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III; 11 ottobre 2013, n. 4983 riguardante un caso di sospensione del decreto di approvazione della nomina a guardia giurata).

**E', quindi, fondamentale che, nell'esercizio delle prerogative di cui al ripetuto art. 10 TULPS, venga posta particolare attenzione alla finalità e quindi alla natura del potere esercitato.**



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

Difatti, nel primo caso, la sospensione costituisce un provvedimento “finale” e conclusivo della serie procedimentale, per cui non può essere invocata la clausola di esenzione dall’obbligo di comunicazione sancita dall’art. 7, comma 2, della legge n. 241/1990.

Di contro, nella seconda ipotesi, la finalità cautelare perseguita dal provvedimento inibitorio, quando debitamente illustrata nella parte motiva dell’atto, può giustificare l’applicazione della cennata clausola derogatoria e quindi l’omissione della comunicazione.

**La seconda** eccezione all’obbligo di comunicazione riguarda i casi in cui sussistono ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento.

La *ratio* della clausola risiede nell’esigenza di evitare che l’assolvimento dell’adempimento in questione possa, in determinate situazioni, compromettere il soddisfacimento dell’interesse pubblico perseguito dall’Amministrazione con il provvedimento finale.

Su questo presupposto, la giurisprudenza ha enunciato il principio generale per cui le esigenze di celerità devono essere desunte da dati obiettivi, riferite alla fattispecie concretamente all’esame dell’amministrazione ed adeguatamente illustrate nella parte motiva del provvedimento finale (si veda in particolare: Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2013 n. 91 e TAR Toscana, 4 marzo 2009, n. 399).

**Questa linea appare, in effetti, la più cautelativa e vantaggiosa, mettendo al riparo l’atto conclusivo del procedimento da possibili censure di invalidità per motivi di natura meramente formale.**

## *Provvedimenti intrinsecamente urgenti*

Nel caso in cui l’impugnativa tenda a censurare la mancata comunicazione di avvio del procedimento, potrà essere verificata la praticabilità di una linea difensiva ispirata, su questo specifico punto, alle pronunce, nelle quali il Giudice Amministrativo ha riconosciuto il carattere intrinsecamente urgente di alcune particolare tipologie di provvedimenti a carattere inibitorio, regolati dalla legislazione di pubblica sicurezza.

L’orientamento più consolidato in questo senso è quello che riguarda le misure *ex art. 39 TULPS*.

Il Consiglio di Stato ha, in più occasioni, rilevato che tali provvedimenti, in quanto finalizzati a salvaguardare la collettività dal pericolo dell’uso delle armi, delle munizioni e degli esplosivi da parte di un soggetto che si ritiene capace di abusarne – pericolo di cui occorre comunque dare conto nel provvedimento – hanno di per sé il carattere dell’urgenza qualificata dalla compromissione degli interessi pubblici dell’ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini (Cons. Stato, Sez. III, 14 luglio 2014, n. 3609 e Cons. Stato, Sez. III, 12 giugno 2014, n. 2987).

Merita un cenno anche l’art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, della legge n. 241/1990 che esclude l’annullabilità del provvedimento **non avente natura vincolata**, per omesso avviso dell’avvio del procedimento, qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dell’atto non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato in concreto.



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

La previsione non rappresenta propriamente un'ulteriore ipotesi di esenzione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento.

Il precetto, infatti, ha come destinatario il Giudice, cui viene preclusa la possibilità di annullare il provvedimento per un vizio di natura meramente formale, inidoneo ad incidere sulla sua legittimità sostanziale (Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4421).

## Riquadro n. 1

### ***Casi e presupposti per invocare l'applicazione dell'art. 21-octies della legge n. 241/1990***

L'art. 21-octies della legge n. 241/1990 ha un rilievo soprattutto ai fini dello sviluppo delle linee defensionali a tutela dell'Amministrazione nelle sedi del contenzioso giurisdizionale e giustiziale.

La previsione sancisce un'inversione dell'onere della prova, per effetto del quale incombe sull'amministrazione l'onere di dimostrare che il provvedimento **non avente natura vincolata** non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello effettivamente avuto (**Cons. Stato, Sez. IV, 21.11.2017, n. 5482; Sez. III, 11.7.2014, n. 3590**).

Ciò posto, si richiamano all'attenzione le *regulae iuris*, elaborate dal Giudice Amministrativo, secondo cui:

- (1). la dimostrazione del fatto che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello espresso dall'atto adottato deve formare oggetto di un'espressa eccezione, non essendo tale circostanza rilevabile d'ufficio dal Giudice (Cons. Stato n. 6183/2006);
- (2). il privato non può limitarsi, a pena di inammissibilità del motivo di censura, alla sola doglianza, della mancata comunicazione di avvio del procedimento, dovendo indicare gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione (Cons. Stato, Sez. VI 29 luglio 2008, n. 3786 e Cons. Stato 20 novembre 20 febbraio 2013, n. 1056);

In questo contesto, appare utile rassegnare all'attenzione alcuni spunti anche relativamente al preavviso di provvedimento negativo, disciplinato dall'art. 10-bis della legge n. 241/1990.

L'istituto trova applicazione solo nei procedimenti ad iniziativa di parte, e non anche a quelli che vengono avviati d'ufficio dall'Amministrazione.

Appare utile soffermare l'attenzione su alcuni temi applicativi che potrebbero emergere nel corso di eventuali contenziosi.

In questo senso, preme ricordare che il preavviso del provvedimento viene adottato una volta che, completata l'istruttoria, la deliberazione degli elementi emersi deponga per l'adozione di un provvedimento negativo, dovendosi intendere per tale il rigetto totale dell'istanza o comunque la concessione al richiedente di un "bene della vita" diverso da quello da lui richiesto.



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

Il preavviso *ex art. 10-bis* della legge n. 241/1990 non è, quindi, necessario allorché il provvedimento sia di rigetto parziale dell'istanza ovvero subordini l'esercizio dell'attività all'osservanza di prescrizioni o condizioni imposte - nel rispetto del principio di proporzionalità - a mente dell'art. 9 TULPS.

Ciò posto, si segnalano all'attenzione le indicazioni, desunte dalla più recente giurisprudenza, secondo cui:

- (1). il preavviso di diniego riveste natura endoprocedimentale ed è, pertanto, insuscettibile di formare oggetto di un'autonoma impugnazione da parte dell'interessato (TAR Piemonte, Sez. II, 15 novembre 2013, n. 1200);
- (2). il termine di dieci giorni, entro i quali l'interessato destinatario del preavviso di rigetto può interloquire con l'amministrazione, si calcola secondo le ordinarie regole processuali. Pertanto, ai fini di individuare il *dies a quo* da cui decorre il predetto termine occorre fare riferimento al momento del ricevimento del preavviso da parte dell'interessato; mentre, al fini di stabilire la tempestività o meno delle osservazioni prodotte, occorre fare riferimento al momento della loro spedizione, essendo irrilevante la data in cui l'amministrazione le riceve materialmente (Cons. stato, Sez. VI, 22 maggio 2007, n. 2596);
- (3). il termine di dieci giorni assegnato al privato per la produzione delle memorie non è di natura perentoria. Conseguentemente, qualora le osservazioni del privato pervengano tardivamente - ma in un momento in cui il provvedimento finale non è stato ancora adottato - l'amministrazione è tenuta a prenderle in considerazione (TAR Umbria, Sez. I, 1° settembre 2009, n. 505);
- (4). il preavviso di rigetto assolve alla medesima funzione della comunicazione di avvio del procedimento. Pertanto, in caso di omissione del preavviso, trova applicazione il principio sancito dal richiamato art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, che impone al Giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto qualora l'amministrazione dimostri che il contenuto dispositivo del medesimo atto non poteva avere un contenuto diverso da quello adottato (**TAR Lazio, Roma, sez. III, 3.4.2017, n. 4136; Cons. Stato, sez. IV, 24.3.2016, n. 1215;** n. 5235/2009). In simmetria con gli enunciati giurisprudenziali formati in materia di comunicazione di avvio il procedimento, il Giudice Amministrativo ritiene inammissibile il motivo di censura, con il quale il privato si duole della mera circostanza della mancata comunicazione di avvio del procedimento, senza allegare, o per lo meno, indicare quali ulteriori elementi conoscitivi avrebbe potuto introdurre per contestare le preliminari conclusioni dell'amministrazione (Cons. Stato n. 618/2011).

## 2. Termine del procedimento e strumenti acceleratori dell'istruttoria.

In questo contesto, sembra utile dedicare attenzione alla disciplina del tempo di conclusione dei procedimenti amministrativi finalizzati al rilascio dei titoli di polizia che, in quanto non sottoposti al regime della SCIA, unica o condizionata, continuano a svolgersi secondo il modello tradizionale.

L'art. 2, comma 1, della legge n. 241/1990 fissa in trenta giorni il termine provvedimentale "ordinario", salvo le deroghe stabilite con appositi regolamenti che, per questa Amministrazione, sono individuati dal D.P.C.M. 10 ottobre 2012, n. 214, per i procedimenti di durata non superiore a novanta giorni, e dal D.P.C.M. 21 marzo 2013, n. 58, per i procedimenti di maggiore durata.



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

I termini così individuati hanno natura ordinatoria, nel senso che il loro inutile decorso non “consuma” il potere-dovere dell’amministrazione di provvedere, né dà luogo a forme di silenzio significativo.

Piuttosto, l’effetto derivante dal trascorrere del tempo oltre il limite prestabilito è quello di legittimare il privato a promuovere l’azione per far dichiarare il cd. “silenzio inadempimento” e a richiedere il risarcimento del danno da ritardo in presenza dei presupposti di legge (si veda il riquadro n. 2).

Preme ricordare che il ripetuto art. 2 della legge n. 241 prevede anche strumenti volti a flessibilizzare l’applicazione del binomio obbligo di conclusione del procedimento – adozione dell’atto finale entro il termine prefissato.

Ci si riferisce, innanzitutto, al comma 1, secondo periodo che consente all’Amministrazione di definire le istanze manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate, emanando un provvedimento espresso in forma semplificata, con una motivazione che può risolversi in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.

Il comma 7 prevede, inoltre, una clausola di sospensione del termine del procedimento, nelle ipotesi in cui la sua definizione richieda l’acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati e qualità attestati in documenti che non siano già in possesso dell’amministrazione o che non siano direttamente acquisibili presso altre amministrazioni.

Tale clausola – che costituisce un’ipotesi distinta rispetto alla particolare procedura per l’acquisizione di valutazioni tecniche di cui all’art. 17 della stessa legge n. 241/1990 – può avvenire una sola volta e non può dar luogo a una sospensione del termine procedimentale superiore ai trenta giorni.

Nonostante, il ripetuto art. 2, comma 7, non precisi la veste formale della sospensione, si può ritenere, in assenza di esplicite pronunce di tenore giurisprudenziale, che la soluzione più cautelativa sia quella di comunicare al privato, con un atto *ad hoc*, la durata della sospensione del procedimento e le ragioni che l’hanno resa necessaria.



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

## Riquadro n. 2

### **Contenziosi riguardanti il danno da ritardo**

L'art. 30 del Codice del processo amministrativo (c.p.a.) fissa in 120 giorni il termine per la proposizione della relativa azione di condanna, stabilendo che esso non decorre fino a quando perdura l'inadempimento, cioè fino a quando l'amministrazione non ha adottato il provvedimento, sia pure tardivamente (comma 3, secondo periodo).

Il comma 4 della cennata disposizione contiene una norma di chiusura, in virtù della quale il termine decorre, comunque (cioè che il provvedimento sia stato adottato o meno), dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

Il termine dei 120 giorni – richiamato dai commi 3, secondo periodo, e 4 – è di natura decadenziale, per cui, nell'eventualità di azioni contenziose per danno da ritardo, andrà comunque verificata la sussistenza del requisito della tempestività, fornendo alla Difesa erariale gli elementi utili per sollevare la relativa eccezione di inammissibilità.

Ulteriori considerazioni sono a farsi relativamente agli elementi che devono sussistere perché si possa configurare una responsabilità da ritardo dell'amministrazione.

In proposito, l'art. 30, comma 4, c.p.a., onera l'interessato di provare in giudizio di aver subito un danno ingiusto, conseguente all'inosservanza, dolosa o colposa, del termine di conclusione del procedimento.

Muovendo da questo dato normativo, la giurisprudenza amministrativa si è orientata prevalentemente a ritenere che la sussistenza del danno non può essere desunta, in modo meccanicistico, dal ritardo nel provvedere.

Spetta, infatti, all'interessato provare, a norma dell'art. 2697 c.c., l'esistenza degli elementi costitutivi di questa specifica responsabilità; più nello specifico, compete al privato dimostrare il verificarsi di un danno ingiusto, il suo ammontare, il nesso casuale tra il ritardo e l'*eventum damni*, il dolo o la colpa dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638).

A questo riguardo, preme evidenziare che, mentre sul piano oggettivo, l'inosservanza del tempo procedimentale qualifica come ingiusto il danno patito – e dimostrato – dall'interessato, sul piano soggettivo l'elemento psicologico forma oggetto di un onere probatorio più articolato.

Il riscontro della sussistenza di tale elemento non si fonda solo sul dato oggettivo del ritardo nell'adozione del provvedimento: oltre a ciò è, infatti, necessario che il privato dimostri che il ritardo sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente (colpa grave) o ad un'intenzionale volontà di nuocere, in palese ed inescusabile contrasto con i principi sanciti dall'art. 97 Cost. (oltre alla già citata sentenza Cons. Stato, 2638/2014, anche TAR Lazio, Sez. II, n. 5280/2014).



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

### 3. “Soccorso istruttorio”

L'art. 6, comma 1, lett. b), della legge n. 241/1990 prevede che il responsabile del procedimento (ovvero, se non nominato, il dirigente dell'ufficio competente) **“può”** chiedere all'interessato il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete.

La giurisprudenza più recente si è orientata per una lettura sostanzialistica della norma, affermando che la prestazione del “soccorso istruttorio” riveste carattere di doverosità (tra gli “arresti” più recenti: Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 6427; TAR Lazio, Sez. III-bis, 16 luglio 2015, n. 9540).

Questo obbligo di leale collaborazione posto a carico dell'amministrazione è temperato dagli obblighi di “autoresponsabilità” e diligenza che gravano sul privato.

In questo senso – e ferma restando la necessità di procedere ad una valutazione in concreto delle specifiche situazioni – si evidenzia che il dirigente/responsabile del procedimento non è tenuto a prestare il “soccorso istruttorio”, nei casi in cui l'istanza del privato sia priva dei prescritti requisiti di ammissibilità (TAR Puglia, Bari, Sez. II, 19 febbraio 2015, n. 286).

In simili casi, infatti, il procedimento deve essere concluso con la decisione in forma “semplificata”, prevista dall'art. 2-bis della legge n. 241/1990.

### 4. Orientamenti giurisprudenziali in materia di motivazione.

L'analisi dei contenziosi, sviluppatasi sia in sede giurisdizionale che in sede giustiziale, conferma il dato per cui i motivi più ricorrenti dell'impugnativa si concentrano sulla motivazione dei provvedimenti negativi emessi dalle Autorità provinciali di p.s..

Peraltro, i vizi della motivazione rappresentano anche il motivo più frequente di accoglimento delle impugnative proposte dai privati

In considerazione di ciò, preme sottoporre all'attenzione una panoramica generale dei più recenti approdi giurisprudenziali, suscettibili di acquisire rilievo ai fini dell'esercizio dei poteri autorizzatori nelle materie regolate dalla legislazione di pubblica sicurezza.

Come è noto - oltre a contenere l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche alla base del dispositivo (art. 3 della legge n. 241/1990) la parte motiva del provvedimento deve essere articolata in modo da corrispondere a consolidati parametri di creazione pretoria della:

- (1). **congruità**, nel senso che la motivazione deve essere chiara e agevolmente comprensibile in rapporto alla difficoltà intrinseca del provvedimento e delle risultanze emerse dall'istruttoria;
- (2). **sufficienza**, nel senso che la motivazione deve essere integrale e compiuta relativamente a:
  - A. i fatti oggetto della valutazione;
  - B. l'illustrazione degli interessi, pubblici e privati, coinvolti;
  - C. l'istruttoria compiuta, di cui deve essere fornita una sintesi e che costituisce un elemento fondamentale per verificare se sia stato rispettato il divieto di scostamento dalle risultanze istruttorie, previsto dall'art. 6, comma 2, della legge n. 241/1990;
  - D. le norme pertinenti rispetto alla fattispecie all'esame;
  - E. nel caso di provvedimenti discrezionali, la ponderazione degli interessi valutati e bilanciati;
  - F. gli esiti istruttori.



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

Sempre in linea generale, si ritiene di fare cosa utile, richiamando le *regulae iuris* elaborate dal Giudice Amministrativo relativamente alla motivazione *per relationem* di frequente uso nella pratica quotidiana.

L'art. 3, comma 3, della legge n. 241/1990 consente il ricorso a questa tecnica a condizione che l'atto cui viene fatto rinvio sia indicato e reso disponibile all'interessato.

Le condizioni poste dalla norma sono dunque soddisfatte con l'indicazione in modo inequivoco dell'atto "rinvio", senza che sia necessario che lo stesso sia materialmente accluso al provvedimento finale.

E', invece, imprescindibile che l'amministrazione consenta all'interessato di prendere visione, di ottenerne copia secondo la disciplina dell'accesso "legittimato" e di chiederne la produzione in giudizio (TAR Campania, Salerno, Sez. II, 3 aprile 2015, TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 8 aprile 2016, n. 123).

In altri termini, la possibilità di fare ricorso a questa tecnica motivazionale dipenderà da una preliminare verifica in concreto del regime di accessibilità o meno dell'atto rinvio, da effettuarsi, per quanto concerne il settore delle licenze di polizia, alla luce degli artt. 2, 3 e 4 del D.M. 10 maggio 1994, n. 415, declinate nel rispetto dei principi recati dall'art. 24 della legge n. 241/1990.

## 5. Segue: l'ampiezza della motivazione.

L'accertamento dei presupposti prescritti per il rilascio delle autorizzazioni di polizia richiede alle Autorità di p.s. l'esercizio di poteri amministrativi di diversa natura.

Come è noto, all'interno della disciplina delle diverse fattispecie, si possono distinguere tre fasce di requisiti, le prime due sempre ricorrenti, la terza presente in un numero più circoscritto di casi, e cioè:

- (1). **la fascia dei requisiti i cui contenuti sono predeterminati a priori dalla legge senza lasciare alcun margine di scelta all'amministrazione** (*si possono prendere ad esempio le previsioni di cui agli artt. 11, primo comma, 43, primo comma, TULPS, nonché la previsione di all'art. 8, terzo comma, della legge n. 110/1975, concernente l'obbligo di possedere l'attestato della capacità tecnica ai fini del conseguimento di una serie di autorizzazioni in materia di armi e munizioni*).

L'accertamento di tali presupposti costituisce esercizio di attività vincolata, in quanto si esaurisce nella verifica della corrispondenza o meno della situazione fattuale riscontrata allo schema prefissato dalla norma.

Conseguentemente, gli atti di diniego adottati all'esito dell'accertamento dei requisiti appartenenti alla "fascia" in parola possono essere legittimamente motivati in forma attenuata, con l'indicazione delle norme applicate e dei presupposti ai quali ricollegare l'adozione del provvedimento, senza che sia necessario dare luogo ad operazioni di comparazione o di bilanciamento degli interessi coinvolti (Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5116; TAR Umbria 2 febbraio 2009, n. 29);

- (2). **la fascia dei requisiti che sono fissati dalla legge in modo "elastico", in quanto la legge lascia all'amministrazione un ambito di apprezzamento più o meno vasto** (*esemplificativamente, si inscrivono in questa casistica la valutazione del requisito della buona condotta, della rilevanza di talune tipologie di precedenti penali suscettibili di dare*



# Ministero dell'Interno

## DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

*luogo al diniego della licenza, del bisogno di portare l'arma – artt. 11, secondo comma, 43, secondo comma, nonché 138, primo comma n. 5), TULPS).*

Si inserisce in questo “segmento” anche il potere di conformare le modalità di svolgimento dell'attività economica assoggettate al regime di pubblica sicurezza, attraverso l'apposizione di specifiche prescrizioni ai sensi dell'art. 9 TULPS.

In simili ipotesi, la determinazione finale è adottata nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, in virtù della quale le Autorità di p.s. pervengono ad una scelta frutto della ponderazione dell'interesse primario individuato dalla norma attributiva del potere autorizzatorio (tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica) con gli altri interessi coinvolti nella vicenda, siano essi interesse pubblici secondari di volta in volta individuati, ovvero gli specifici interessi dei privati.

A questo riguardo, si segnala che ai fini del bilanciamento dei “valori in gioco” assume un crescente rilievo il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa che consiste nell'individuazione di un equilibrio tra gli obiettivi perseguiti ed i mezzi utilizzati, limitando nella misura più ridotta possibile le ricadute del provvedimento amministrativo sui destinatari.

Sul punto, può essere utile ricordare che la verifica del rispetto di tale principio viene sovente effettuato dal Giudice Amministrativo (TAR Lombardia – Milano, Sez. IV, 8 aprile 2014, n. 928), attraverso tre criteri (i cd. “tre gradini”), e cioè:

- il criterio dell'idoneità, cioè la capacità del provvedimento di raggiungere gli obiettivi che esso si propone;
- il criterio della “necessarietà” del mezzo rispetto al fine perseguito, secondo cui, tra i diversi strumenti astrattamente possibili, va privilegiato quello che, a parità di efficacia, risulti più “mite”;
- il criterio del minor sacrificio possibile per il destinatario.

Ai fini dell'assolvimento dell'obbligo motivazionale, assume, inoltre, rilievo il criterio della logicità, per effetto del quale la parte motiva dell'atto amministrativo deve dimostrare una coerenza interna tra le premesse di diritto e di fatto e le conseguenze che l'amministrazione ne trae.

Preme, inoltre, evidenziare che la giurisprudenza qualifica come ad ampio tasso di discrezionalità alcune fattispecie regolate dal T.U. delle Leggi di P.S..

Si pensi, ad esempio, ai provvedimenti in cui le Autorità di p.s. dispongono la chiusura di esercizi pubblici a mente dell'art. 100 TULPS (Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2007, n. 1563 e TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 19 luglio 2016, n. 374).

In tali casi, occorrerà tenere presente che al più esteso margine di discrezionalità conferito dalla norma deve corrispondere un onere di motivare in termini di maggiore incisività ed approfondimento.

La motivazione si atteggia diversamente con riguardo ai provvedimenti nei quali l'Amministrazione è chiamata ad effettuare un giudizio prognostico sull'affidabilità del soggetto di non abusare delle armi (artt. 39 e 43, secondo comma, TULPS). Anche in questo caso, il provvedimento la valutazione è effettuata in esercizio di un'ampia discrezionalità amministrativa.



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

Occorre, però, considerare che in questo caso si controverte della possibilità o meno di derogare al divieto legislativamente stabilito di portare armi fuori dall'abitazione, deroga che assume un carattere straordinario.

Sulla base di questa constatazione, la giurisprudenza ha chiarito che la motivazione del provvedimento può non essere particolarmente estesa, purché la stessa non “*si estrinsechi in valutazioni irrazionali o arbitrarie*” (Cons. Stato, Sez. III, 24 settembre 2013, n. 4684).

- (3) **la fascia dei requisiti che vengono accertati sulla base di regole tecniche, tratte cioè da discipline scientifiche, cui la norma giuridica attribuisce rilevanza in via diretta o indiretta.** (Si pensi ai requisiti di solidità e sicurezza dei luoghi adibiti a pubblici spettacoli e trattenimento accertati, attraverso le verifiche effettuate dalle Commissioni provinciali e comunali di cui agli artt. 141-bis e 142 del R.D. n. 635/1940, ovvero all'accertamento dei requisiti di idoneità alla fabbricazione e accensione di fuochi d'artificio, verificati dalla Commissione di cui all'art. 101 del medesimo R.D. n. 635/1940).

In simili fattispecie, viene all'evidenza una valutazione frutto di discrezionalità tecnica (cioè di giudizi di natura scientifica) che, sebbene non pienamente sindacabile dal Giudice nel merito, deve comunque, a pena di invalidità, essere conforme a criteri di logicità ed all'assenza di vizi di travisamento dei fatti.

## 6. I provvedimenti emanati nell'esercizio del potere di autotutela.

La riforma del procedimento amministrativo operata dalla legge n. 124/2015 e dai discendenti provvedimenti attuativi ha significativamente inciso anche sulla disciplina dei poteri di autotutela, contenuta negli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241/1990.

Alla luce di ciò, si ritiene utile richiamare all'attenzione alcuni principi-cardine della materia che, quando correttamente osservati, consentono di preservare l'Amministrazione da possibili esiti negativi del contenzioso.

Preme, innanzitutto, evidenziare che l'adozione di atti di annullamento d'ufficio o di revoca deve avvenire nel rispetto dei principi generali stabiliti dalla legge n. 241/1990, a cominciare dall'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento (Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 2011, n. 3120), nonché la regola del *contrarius actus*.

Tale regola impone, a pena di annullabilità, di seguire le medesime modalità e forme procedurali con cui è stato adottato il provvedimento oggetto di autotutela (*ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 27 febbraio 2012, n. 1081).

Ciò posto, si può ricordare che - con l'**annullamento d'ufficio** *ex art. 21-nonies* - viene disposto il ritiro, con efficacia retroattiva, di un atto inficiato *ab origine* dalla presenza di uno o più vizi di legittimità (c.d. invalidità originaria).

Nella scheda in Appendice 1 al presente Allegato, sono elencati i presupposti indispensabili per il legittimo esercizio del potere di annullamento d'ufficio, come individuati dalla giurisprudenza venutasi a formare nel tempo.

Con la **revoca**, regolata dall'art. 21-*quinquies*, viene invece disposto il ritiro, con efficacia non retroattiva, di un provvedimento inficiato vizi di merito in base ad una nuova valutazione degli interessi pubblici in gioco.

In sostanza, questo istituto può essere azionato solo per ragioni di opportunità, così indicate dalla norma:



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

- (1). sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, suscettibili di rendere non più opportuna la perdurante efficacia del provvedimento;
- (2). mutamento della situazione di fatto sottesa all'emanazione dell'atto revocando, tale da giustificare la complessiva revisione della precedente determinazione, e sempre qualora detto mutamento "*non [fosse] prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento*" (art. 21 *quinquies*, 1° comma; c.d. revoca per sopravvenienza);
- (3). rivalutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. revoca per *ius poenitendi*, cui non si può dar luogo in relazione a provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici).

Si evidenzia che l'esercizio del potere di revoca comporta un obbligo generale di indennizzo in favore dei soggetti che abbiano subito un pregiudizio dall'atto di revoca.

Non è comunque illegittimo il provvedimento di revoca che non indichi la forma di ristoro indennitario. La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che una simile omissione legittima il privato soltanto ad azionare la propria pretesa patrimoniale dinnanzi al Giudice Amministrativo (Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2017, n. 1100).

Si evidenzia che, la giurisprudenza esclude che possano essere annullati *ex officio* o revocati i provvedimenti con cui sono decisi i ricorsi gerarchici, attesa la loro funzione giustiziale (Cons. St., Sez. VI, 16 luglio 2012, n. 4150; Cons. St., Sez. IV, 25 maggio 2005, n. 2675; Cons. St., Ad. gen., 10 giugno 1999, n. 8/1999).

### **Riquadro n. 3**

#### ***Ritiro del provvedimento in corso di giudizio***

Ai fini dell'elaborazione delle linee defensionali, si ricorda che l'adozione di provvedimenti di autotutela in corso di giudizio non determina automaticamente la cessazione della materia del contendere, ai sensi dell'art. 34, comma 5, c.p.a.. Il ricorso resta procedibile, infatti, nei casi in cui, anche dopo l'eliminazione dell'atto lesivo, residui un interesse alla decisione del ricorso.

In sintesi, si evidenzia che, **nel caso di annullamento d'ufficio**:

- (1). se insieme all'impugnazione del provvedimento lesivo, è stata proposta anche la domanda risarcitoria, occorre distinguere a seconda che il privato lamenti la lesione di:
  - un interesse pretensivo (es. diniego di una autorizzazione), nel qual caso la domanda di annullamento del provvedimento impugnato è improcedibile, mentre la domanda risarcitoria resta procedibile;
  - un interesse oppositivo (ricorso avverso annullamento o revoca di licenze), nel qual caso diventano improcedibili, tanto la domanda di annullamento quanto quella risarcitoria (a condizione che l'atto lesivo non abbia ancora avuto esecuzione);
- (2). se l'autorità giudiziaria è stata adita al solo fine di demolire l'atto impugnato, il ricorso diventa improcedibile, fermo restando il disposto dell'art. 34, comma 3, c.p.a., che impone al Giudice di dichiarare comunque l'illegittimità dell'atto (rimosso) qualora ritenga che sussistono spazi per proporre l'azione di condanna.

**Nel caso di revoca**, invece, non comportando la stessa l'accertamento dell'illegittimità dell'atto rimosso, la permanenza dell'interesse del ricorrente ad una pronuncia giurisdizionale andrà valutata caso per caso, con la conseguenza che nel corpo delle memorie defensionali andrà dato anche adeguatamente atto delle ragioni, giuridiche e fattuali, a sostegno della tesi della caducazione del ricorso.



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

## 7. Atto confermativo.

Nella pratica quotidiana non è infrequente il caso in cui formino oggetto di impugnazione atti, con i quali l'Amministrazione conferma provvedimenti in precedenza impugnati, di cui l'interessato aveva sollecitato il riesame.

Al fine di consentire di sviluppare al meglio le linee defensionali, preme ricordare che l'atto di conferma, **quando viene adottato previo svolgimento di una nuova istruttoria e, comunque, di una nuova valutazione degli interessi in gioco, costituisce un nuovo provvedimento, autonomamente lesivo, che assorbe e sostituisce integralmente il precedente; con la conseguenza che esso deve essere necessariamente impugnato anche in caso di avvenuta impugnativa del precedente provvedimento, pena l'inammissibilità del ricorso proposto avverso quest'ultimo, per sopravvenuta carenza di interesse** (Cons. Stato. Sez. V, 1.8.2015, n. 3785; Cons. Stato, sez. IV, 22.9.2014, n. 4742).

Non sussiste, invece, l'onere di autonoma impugnazione, quando il secondo provvedimento sia meramente confermativo del precedente, vale a dire quando esso sia stato adottato senza una ripetizione dell'istruttoria e una nuova ponderazione di interessi e senza una nuova motivazione (Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5196). In tal caso, pertanto, occorrerà prospettare nei rapporti e nelle controdeduzioni defensionali la possibilità di sollevare l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

## 8. L'indicazione dei mezzi di impugnazione.

L'art. 3, comma 4, legge n. 241/1990 stabilisce che il provvedimento deve contenere l'indicazione dei termini e dell'Autorità alla quale è possibile presentare ricorso.

Il mancato rispetto della prescrizione *de qua* non determina l'illegittimità dell'atto, costituendo una mera irregolarità.

Esso, tuttavia, può essere ritenuto come causa di un errore scusabile del privato, determinando il Giudice Amministrativo a rimettere in termini l'interessato per consentirgli di esercitare validamente l'azione impugnatoria. (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2014, n. 422; Sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2155; Sez. III, 28 marzo 2012, n. 1860; Sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531; Cass., S.U., 6 agosto 1998, n. 7712).

A questo riguardo, si evidenzia che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto la scusabilità dell'errore *in re ipsa* nel caso in cui l'amministrazione indichi un termine inesatto e/o un giudice privo di giurisdizione e l'interessato, seguendo tale erronea indicazione, impugni l'atto nel termine e davanti al giudice indicati nel provvedimento (Cass. S.U., 21 gennaio 2010, n. 969).

Si raccomanda, quindi, di porre la massima attenzione nell'adempimento del dettato dell'art. 3, comma 4, della legge n. 241/1990, al fine di evitare che indicazioni incomplete o non esatte possano pregiudicare la definitiva stabilizzazione degli effetti del provvedimento.

## 9. Esecuzione del giudicato.

Si ritiene, altresì, utile fornire alcune indicazioni circa le modalità di corretta esecuzione del giudicato, la cui violazione o elusione determina, a mente dell'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990, la nullità del provvedimento.



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

In questo senso, preme sottolineare che la decisione del Giudice Amministrativo non si limita a stabilire la sorte del provvedimento (annullamento o meno), ma attraverso la parte motiva, stabilisce anche la *norma agendi*, cioè le modalità corrette secondo le quali l'Autorità dovrà rideterminarsi in ordine ad un dato rapporto.

Peraltro, tale *norma agendi* si rinviene, non di rado, non solo nelle sentenze sfavorevoli di annullamento, ma anche in quelle favorevoli che confermano il provvedimento impugnato (Cons. St., Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1669).

Si raccomanda, quindi, che, una volta formatosi il giudicato su un determinato rapporto, venga riservata la massima attenzione nell'individuare le eventuali indicazioni formulate dal Giudice ai fini della "riedizione del potere", in modo da assicurare l'esatto adempimento della sentenza, evitando l'instaurarsi di contenziosi di ottemperanza che potrebbero portare anche a conseguenze risarcitorie.

Analoga attenzione dovrà essere prestata anche con riguardo alle ordinanze in sede cautelare che, a mente dell'art. 55 c.p.a. non si limitano a sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato, ma rinviando gli atti all'amministrazione, sollecitandone il riesame (c.d. *remand*).

**Da ultimo, preme rammentare che possono formare oggetto del ricorso per ottemperanza anche i decreti di accoglimento di ricorsi straordinari al Capo dello Stato ai sensi dell'art. 112, comma 2, c.p.a., nell'interpretazione formulata dal Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 18 del 2012, secondo cui** "La questione dell'ammissibilità, ai sensi dell'art. 112 co. 2, cod. proc. amm., del ricorso per ottemperanza dei decreti di accoglimento di ricorsi straordinari al Capo dello Stato, adottati a seguito del parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, è già stata delibata e risolta in senso positivo sia dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (SS.UU. n. 2065 del 28/1/2011 e successive decisioni) sia della successiva giurisprudenza amministrativa (VI Sez. n. 3513 del 10/6/2011 ed altre). Nella citata decisione della Suprema Corte, in particolare, si è identificata e qualificata la natura giuridica del decreto del Presidente della Repubblica reso a seguito di ricorso straordinario al Capo dello Stato, su parere vincolante del Consiglio di Stato, quale provvedimento esecutivo del giudice amministrativo (ex art. 112, comma 2 lett. B) cod. proc. amm., prevedendo che il ricorso per ottemperanza si propone, ex art. 113 co. 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il **giudice che ha emesso il provvedimento della cui esecuzione si tratta**".



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

Appendice I all'Allegato A

## **Presupposti necessari per il corretto esercizio del potere di annullamento d'ufficio** (art. 21-nonies della legge n. 241/1990)

- (1). provvedimento illegittimo *ab origine* (Cons. Stato, Sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 6234)
- (2). adeguata istruttoria;
- (3). rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale;
- (4). obbligo della motivazione;
- (5). presenza di concrete ragioni di pubblico interesse - di cui si deve dar conto nella parte motivazionale del provvedimento stesso e che non possono coincidere con la mera esigenza di ripristino della legalità -, atteso che l'interesse pubblico alla rimozione deve essere comparato e bilanciato con altri interessi di rango pubblico militanti alla stabilità delle relazioni giuridiche, anche se basate su provvedimenti illegittimi (Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2009, n. 4812);
- (6). valutazione dell'affidamento dei privati destinatari del provvedimento da annullare, con particolare riferimento al tempo trascorso dalla sua emanazione;
- (7). adozione dell'annullamento d'ufficio entro i limiti temporali stabiliti dall'art. 21-nonies, comma 1, della legge n. 241/1990).

La norma stabilisce, in linea generale, che l'annullamento deve essere disposto entro un termine ragionevole, condizione questa che va apprezzata in relazione al caso concreto, tenendo in debito conto il grado di complessità degli interessi coinvolti (Cons. Stato, Sez. IV, 27 febbraio 2012, n. 1081).

Un termine preciso, di natura perentoria – determinato in diciotto mesi - è stato invece espressamente previsto nell'ipotesi di annullamento di provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici (dell'art. 21 nonies, comma 1).

Tale previsione – che trova applicazione anche ad attività economiche disciplinate dal T.U. delle Leggi di P.S. e sottoposte al regime della SCIA (art. 2, comma 4, D. Lgs. 222/2016) – appare meritevole di un chiarimento.

Secondo recenti “arresti” del Giudice Amministrativo, il termine dei diciotto mesi costituisce il termine massimo entro il quale può essere esercitato il potere d'annullamento di ufficio.

All'interno di questo arco temporale, l'Amministrazione è tenuta a determinarsi in un tempo che sia ragionevole in rapporto alle circostanze concrete, a pena di illegittimità dell'atto di annullamento (Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 250 e TAR Campania, Napoli, Sez. II, 20 febbraio 2017 n. 1033).



# Ministero dell'Interno

DIPARTIMENTO DELLA PUBBLICA SICUREZZA

Allegato B

## Schema dell'ordine di trattazione degli argomenti da seguire ai fini della redazione della parte in diritto delle controdeduzioni defensionali

N.	Questioni	Ordine degli argomenti
1.	Questioni pregiudiziali relative ai presupposti processuali	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Giurisdizione;</li> <li>2. Competenza;</li> <li>3. Ricevibilità (rispetto del termine per proporre l'azione).</li> </ol>
2	Questioni riguardanti le condizioni dell'azione	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Legittimazione (alla causa e al processo)</li> <li>2. Interesse a ricorrere</li> </ol>
3	Censure di merito	Esame di ogni singolo motivo di censure secondo l'ordine degli argomenti illustrati nel ricorso.
4	Esame dell'eventuale domanda risarcitoria	Controdeduzioni riguardanti gli elementi costitutivi della lesione asserita dalla controparte (ingiustizia del danno; colpa dell'Amministrazione).
5	Esame dell'eventuale istanza di tutela cautelare	<p>Controdeduzioni riguardanti i presupposti per la concessione della tutela cautelare, riguardanti:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- il presupposto dell'estrema gravità ed urgenza, ove sia richiesta la tutela cautelare nella forma dell'ordinanza cautelare del Presidente del TAR (art. 56 c.p.a.);</li> <li>- i presupposti di un pregiudizio grave o irreparabile e del <i>fumus boni iuris</i>, qualora sia richiesta la tutela cautelare nella forma dell'ordinanza collegiale (art. 55 c.p.a.).</li> </ul>