



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

**News a cura dell'Ufficio del massimario
n. 1 del 2 gennaio 2023**

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 6 dicembre 2022, n. 15 – Pres. Frattini, Est. Franconiero

Rogatoria e assistenza giudiziaria in materia penale – Provvedimento ministeriale – *Ne bis in idem* – Motivazione – Necessità

L'atto con cui il Ministero della giustizia provvede sulle richieste di assistenza giudiziaria internazionale, ai sensi dell'art. 723 c.p.p., è un provvedimento amministrativo discrezionale, e come tale sindacabile dal giudice amministrativo sotto il profilo del difetto di motivazione (1).

(1) I.- Con la sentenza in rassegna, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha risposto ad alcuni quesiti inerenti al perimetro della discrezionalità del Ministro della giustizia (e relativa sindacabilità da parte del giudice amministrativo in caso di mancato esercizio del c.d. potere di blocco) nella decisione delle richieste di assistenza giudiziaria dall'estero, in presenza di atti certamente qualificabili come di c.d. alta amministrazione.

Le questioni erano state deferite dalla ordinanza 23 maggio 2022, n. 4029 della III sezione del Consiglio di Stato (oggetto della [News US n. 59 del 20 giugno 2022](#) alla quale si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza, in particolare: al § f) sulla discrezionalità ministeriale su questioni involgenti l'assistenza giudiziaria, al § g) sulle regole in tema di assistenza giudiziaria).

Oggetto dei dubbi interpretativi era la sindacabilità, da parte del giudice amministrativo, del mancato esercizio del potere di blocco da parte del Ministero della giustizia in ordine ad una richiesta di assistenza giudiziaria dall'estero, con il conseguente effetto conformativo per l'autorità amministrativa, laddove la richiesta di assistenza giudiziaria non sembri violare, manifestamente, sia le convenzioni internazionali sia l'art. 723 c.p.p.

Ulteriore questione sottoposto al vaglio dell'a.p. riguardava la possibilità del Ministero della giustizia di esercitare motivatamente il proprio potere di blocco (in base alla Convenzione di Merida o all'art. 723, comma 5, c.p.p.) per violazione del principio del c.d. *ne bis in idem* internazionale e del principio della doppia incriminazione o, invece, tale questione

rientrasse tra le questioni esaminabili dall'autorità giudiziaria in sede di esecuzione, ai sensi dell'art. 724, comma 7, c.p.p.-.

Nella decisione in commento l'adunanza plenaria, con una articolata motivazione ricostruisce la disciplina inerente alle domande di assistenza giudiziaria proveniente da un'autorità straniera dettata dall'art. 723 c.p.p., il quale attribuisce al Ministro della giustizia il potere "di non dare corso alla esecuzione della domanda di assistenza giudiziaria" in una serie di casi da esso previsti.

La medesima decisione si sofferma, inoltre, sui poteri attribuiti all'autorità giudiziaria italiana nella successiva fase di esecuzione della domanda di assistenza giudiziaria, ai sensi dell'art. 724, comma 7, c.p.p.; osservando che, anche in tale sede, è possibile negare l'assistenza giudiziaria richiesta ove venga ravvisata una "ipotesi di contrarietà alla legge e ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano" (cfr. art. 724, comma 7, lett. a). Tra le varie considerazioni svolte, si sottolinea il passaggio in cui l'a.p. osserva che allorché il Ministro nega l'assistenza giudiziaria, per le ragioni di cui all'art. 723, comma 3, c.p.p., pone in essere un atto politico, il quale è sottratto alla giurisdizione del giudice amministrativo, i sensi dell'art. 7 comma 1, ultimo periodo c.p.a. (sulla nozione di atti politici e relativa casistica vedi *infra* punto IV).

La plenaria, conclude la propria disamina, affermando il principio di diritto secondo il quale le determinazioni con cui il Ministero della giustizia provvede sulle richieste di assistenza giudiziaria internazionale, ai sensi dell'art. 723 c.p.p., costituiscono provvedimenti amministrativi discrezionali, come tali sindacabili dal giudice amministrativo sotto il profilo del difetto di motivazione.

In ogni caso, la Plenaria non pare ripudiare, in astratto e in un'ottica sostanzialistica, la tesi sulla motivazione implicita di tali determinazioni, *ob relationem*, alla istruttoria o a precedente atto infraprocedimentale. Tuttavia, nel caso di specie, si è ritenuto di imporre alla amministrazione di motivare sulla richiesta di assistenza giudiziaria, sul presupposto che essa non può essere esaminata *per saltum* (negando spazio in tal modo alla c.d. motivazione postuma).

II.- La vicenda contenziosa che ha condotto al giudizio dinanzi al Consiglio di Stato –in sintesi- muove dall'impugnazione, con distinti ricorsi dinanzi al giudice di primo grado, dei provvedimenti con i quali il Ministro della giustizia ha autorizzato l'esecuzione della richiesta, proveniente dall'autorità giudiziaria indiana, di notifica di una citazione a carico di una società e dei suoi amministratori a comparire per le udienze ivi indicate, in relazione ad un procedimento per il reato di riciclaggio correlato alla fornitura di elicotteri al governo indiano.

I ricorsi sono stati rigettati con sentenza T.a.r. per il Lazio, sez. I, 24 settembre 2021, n. 9900 avverso la quale le parti private hanno interposto appelli (principale e incidentale). Il giudice di prime cure, in particolare, in dissenso rispetto ai precedenti della IV sezione del Consiglio di Stato (v. le sentenze 2 marzo 2020, nn. 1480 e 1481, e 7 maggio 2020, n. 2868, in *Foro it.*, 2020, III, 321, con nota di DE MARZO e n. 2869 in pari data, in www.giustamm.it, 2020, 5), ha escluso che il Ministro della giustizia fosse tenuto ad esternare le ragioni poste a fondamento del provvedimento che ha dato seguito alle richieste di assistenza giudiziaria

del Governo indiano per la successiva fase giurisdizionale *ex art. 724 c.p.p.* ed ha, inoltre, rilevato che nessuna ragione ostativa di ordine sostanziale era ad esse fondatamente opponibile dai ricorrenti (per un approfondimento della questione in fatto si rinvia alla citata News US n. 59 del 2022, § a).

Nell'ambito del relativo giudizio si è innestato il deferimento alla plenaria di cui trattasi.

III. - Il collegio, dopo aver analizzato l'oggetto della controversia e le argomentazioni del giudice *a quo*, ha osservato quanto segue:

- a) alla base delle questioni deferite all'a.p. si pongono i rilievi critici che la III sezione rimettente ha formulato nei confronti dell'orientamento espresso in materia dalla IV Sezione nei sopra citati precedenti, considerati in grado di dare luogo ad un contrasto potenziale di giurisprudenza ai sensi dell'art. 99, comma 1, del c.p.p.-;
- b) preso atto che le determinazioni del Ministero della giustizia impugnate nel contenzioso in esame "non recano, ancora una volta, alcuna motivazione che giustifichi l'accoglimento della richiesta di assistenza giudiziaria da parte dell'India", l'ordinanza chiede nello specifico:
 - b1) se il mancato esercizio del potere di "blocco" sia sindacabile dal giudice amministrativo sotto il profilo del difetto di motivazione, quando sul piano sostanziale la richiesta di assistenza del Governo estero non appaia "manifestamente" in contrasto con il diritto internazionale e interno;
 - b2) di stabilire se il potere di "blocco" previsto dall'art. 723 c.p.p. sia esercitabile sulla base delle questioni di natura penalistica poste nel presente giudizio dai ricorrenti, relative al rispetto del principio del *ne bis in idem* internazionale e alla necessità della doppia incriminazione; o se nell'ambito del procedimento di assistenza giudiziaria le stesse questioni "rientrano più propriamente, se non esclusivamente, tra le questioni esaminabili dall'autorità giudiziaria in sede di esecuzione, ai sensi dell'art. 724, comma 7, c.p.p.", successiva a quella di carattere amministrativo di competenza del Ministero della giustizia oggetto del presente contenzioso;
- c) le questioni deferite attengono dunque alle modalità con cui devono essere esercitati i "Poteri del Ministro della giustizia" (così la rubrica dell'art. 723 c.p.p.), ed in particolare ai presupposti in base ai quali le determinazioni del Ministero sulla richiesta di assistenza giudiziaria internazionale, con la sua trasmissione all'autorità giudiziaria competente, possano superare il sindacato di legittimità devoluto al giudice amministrativo, pur se espresso con atto non motivato. L'ordinanza di rimessione muove dall'incontestato presupposto che i poteri spettanti al Ministro della giustizia sono di natura amministrativa e perciò in linea di principio sono soggetti all'obbligo enunciato in via generale dal sopra citato art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241;
- d) al dato formale dell'assenza di motivazione dei provvedimenti impugnati, la terza Sezione oppone nondimeno una "concezione di matrice sostanziale", incentrata sulla verifica se in concreto il potere stesso sia stato esercitato nel rispetto dei relativi presupposti di legge;

d1) l'ordinanza di rimessione osserva a tal riguardo che nel caso in esame la pur ampia discrezionalità spettante al Ministro della giustizia ai sensi del più volte richiamato art. 723 c.p.p., è nondimeno conformata sul piano dei rapporti di diritto internazionale con gli altri Paesi attraverso appositi accordi, e nel caso di specie con la convenzione dell'Organizzazione delle nazioni unite contro la corruzione, adottata dall'assemblea generale il 31 ottobre 2003 con la risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, e da questo ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116;

d2) su questa base, l'ordinanza ipotizza che, quando sulla richiesta di assistenza giudiziaria internazionale il potere di "blocco" non sia stato esercitato, non necessiterebbe di una motivazione esplicita l'atto ministeriale con cui ad essa viene dato corso con la sua trasmissione all'autorità giudiziaria competente ex art. 724 c.p.p.-. La stessa ordinanza aggiunge, sul versante della tutela giurisdizionale amministrativa, che l'atto ministeriale sarebbe comunque sindacabile, e tuttavia non già sotto il profilo formale della carenza di motivazione, considerato invece decisivo dalla IV sezione del Consiglio di Stato nei precedenti sopra richiamati, ma sul piano sostanziale e "secondo i limiti connaturati al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo su atti di questo genere", attraverso una verifica del "rapporto sottostante alla richiesta di assistenza giudiziaria". Nella descritta direzione, il sindacato giurisdizionale dovrebbe, quindi, superare il dato formale e limitarsi su quello sostanziale ad accertare se, "per la sua palese illegittimità", la richiesta di assistenza rientri *"tra le ipotesi che il Ministero della Giustizia avrebbe dovuto vagliare al fine di esercitare in limine, eventualmente, il proprio potere di blocco, senza trasmetterla all'autorità giudiziaria italiana"*;

d3) l'ordinanza di rimessione richiama, inoltre, una tesi per la quale il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi avrebbe perso i connotati originari di verifica della loro legittimità formale. Con l'enunciazione del principio fondamentale di pienezza e di effettività della stessa (art. 1 c.p.a.), sarebbe posta al centro di sistema di tutela giurisdizionale la fondatezza della pretesa sostanziale azionata in giudizio, di modo che il sindacato giurisdizionale sul potere amministrativo tenderebbe di conseguenza a concentrarsi sui relativi presupposti sostanziali del rapporto che da esso si origina con il privato (in questo senso: Cons. Stato, V, 7 giugno 2022, n. 4661);

d4) ad avviso dell'ordinanza di rimessione, si collocherebbero nella descritta tendenza, tra l'altro:

I) sul piano normativo, l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241;

II) sul piano giurisprudenziale, l'affermarsi della concezione funzionale della motivazione, in luogo di una di carattere meramente strutturale o formale, in forza della quale l'obbligo di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990, può ritenersi violato solo quando nemmeno sulla base degli atti del

procedimento sia possibile ricostruire il percorso logico-giuridico seguito dall'autorità e quindi le ragioni sottostanti alla determinazione finale assunta (vedi a titolo di esempio: Cons. Stato, sez. V, 1 giugno 2022, n. 4487; sez. VII, 16 marzo 2022, n. 1889; sez. VI, 3 agosto 2021, n. 5727; sez. IV, 21 febbraio 2020, n. 1341; sez. V 14 febbraio 2020, n. 1180);

III) sul versante opposto, sempre sul piano giurisprudenziale, l'eccezione al generale divieto di integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento impugnato, quando gli atti del procedimento offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione conclusiva adottata dall'amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2021, n. 4889; sez. III, 10 maggio 2021, n. 3654; sez. VI, 27 marzo 2021, n. 3385, in *Foro it.* 2021, III, 377, in *Guida al dir.* 2021, fasc. 20, 90, con nota di URBANO nonché in *Dir. e processo amm.*, 2022, 188 (m), con nota di BERTI; sez. VI, 24 marzo 2021, n. 2502; sez. II, 15 giugno 2020, n. 3853, in *Foro It. Rep.*, 2020, *Atto amministrativo*, n.° 263);

d5) nel supporre che la mancanza di motivazione non dia automaticamente luogo all'illegittimità degli atti con cui il Ministero della giustizia ha dato corso alle richieste di assistenza giudiziaria del governo indiano, l'ordinanza di rimessione dichiara di volersi collocare nella descritta tendenza, volta a privilegiare gli aspetti sostanziali del potere amministrativo esercitato rispetto ai profili di ordine formale insiti nella sua manifestazione concreta;

d6) in questa prospettiva l'ordinanza richiama l'orientamento per il quale la motivazione mancante del provvedimento potrebbe, quindi, essere riqualificata come motivazione implicita, quando la determinazione amministrativa sia comunque conforme ai presupposti sostanziali stabiliti dalla legge per l'esercizio del potere;

e) la risposta al primo quesito formulato nell'ordinanza di rimessione richiede tuttavia di prendere posizione sulla fattispecie oggetto di giudizio, laddove si afferma che nel dare corso alle richieste di assistenza giudiziaria del governo indiano nei confronti delle parti ricorrenti il Ministero della giustizia non avrebbe violato le convenzioni internazionali e l'art. 723 c.p.p., che ad esse fa rinvio e prevede autonomamente i presupposti per opporre il veto alla richiesta del governo estero;

g) nella misura in cui per questa parte l'ordinanza di rimessione rileva che il Ministro della giustizia non avrebbe violato i presupposti di carattere sostanziale del potere di blocco, essa non è condivisibile, per le ragioni di seguito esposte:

g1) deve al riguardo premettersi che l'art. 723 c.p.p. attribuisce al Ministro della giustizia il potere "di non dare corso alla esecuzione della domanda di assistenza giudiziaria" in una serie di casi da esso previsti.

g2) va inoltre considerata l'ipotesi di contrarietà alla legge e ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano prevista anche per la successiva fase giurisdizionale dall'art. 724 c.p.p., il cui comma 7, lett. a), prevede che l'esecuzione della domanda di assistenza giudiziaria è negata

“se gli atti richiesti sono vietati dalla legge o sono contrari a principi dell’ordinamento giuridico dello Stato”. Tale disposizione comporta, in questa fase, un sindacato di maggiore intensità sulle richieste di assistenza giudiziaria internazionale rispetto a quello devoluto al Ministro della giustizia *ex art. 723, comma 5, c.p.p.-.*

Esclusa l’*“evidenza”* sulla cui base deve essere esercitato il potere ministeriale, l’art. 724 c.p.p. non richiede infatti una contrarietà *“espressa”* dell’atto alla legge, né che i principi dell’ordinamento giuridico in ipotesi violati siano qualificabili come *“fondamentali”*;

g3) da questa differente modulazione dei presupposti ostativi all’assistenza giudiziaria internazionale, l’ordinanza di rimessione trae quindi la conseguenza che la sede propria in cui esaminare le questioni sollevate nel presente giudizio dai ricorrenti sulla legittimità delle richieste del governo indiano sarebbe la fase giurisdizionale *ex art. 724 c.p.p.*, e non già quella amministrativa di competenza del Ministro della giustizia;

h) la tesi si risolve tuttavia in una sottovalutazione dei poteri a quest’ultimo attribuiti dall’art. 723 c.p.p. il quale, anche dopo la riformulazione ad opera del d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 (Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere), che ha rafforzato la cooperazione internazionale in materia giudiziaria, ha mantenuto in capo al Ministro della giustizia un ampio potere di apprezzamento, esercitabile sulla base dei presupposti previsti dai sopra richiamati commi 2, 3 e 5 della medesima disposizione;

h1) come, inoltre, adombra l’ordinanza di rimessione, con specifico riguardo al caso di *“pericolo per la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato”*, previsto dal comma 3, la valutazione demandata al Ministro si pone ad un livello di carattere politico, direttamente attinente ai rapporti di diritto internazionale con gli Stati esteri, in funzione della salvaguardia di preminenti interessi nazionali, in ipotesi vulnerati dalla pretesa del Paese estero di sottoporre alla propria giurisdizione penale un cittadino italiano;

h2) nel loro complesso i descritti presupposti sono riconducibili al principio di sovranità statale, che informa i rapporti internazionali pur se ispirati ad obiettivi di cooperazione in funzione di reciproci interessi. Quindi, secondo un processo ascendente che informa la produzione di diritti internazionale, il principio di sovranità è stato poi riaffermato nella convenzione ONU sulla corruzione, sopra richiamata. In particolare all’art. 46, comma 21, come ricorda l’ordinanza di rimessione, prevede che l’assistenza giudiziaria tra i Paesi firmatari *“può essere rifiutata”*, tra l’altro:

- quando *“lo Stato Parte richiesto valuta che l’esecuzione della richiesta può recare pregiudizio alla propria sovranità, sicurezza, ordine pubblico o altri interessi fondamentali”* (lettera b);

- inoltre nei casi in cui *“in relazione a reati similari, il diritto interno vieta alle autorità dello Stato Parte richiesto di eseguire le azioni richieste qualora tali reati*

siano oggetto di indagini, azione penale o procedimenti giudiziari nell'ambito delle competenze di tali autorità" (lettera c);

- ed ancora se l'accoglimento della richiesta sia "contrario all'ordinamento giuridico relativo all'assistenza giudiziaria reciproca dello Stato Parte richiesto" (lettera d);

h2) mentre nella sostanza, le predette lettere b) e d) riproducono le disposizioni di cui ai commi 3 e 5 dell'art. 723 c.p.p.; la lettera c) della convenzione in esame riafferma sul piano dei rapporti internazionali la causa di improcedibilità dell'azione penale prevista sul piano interno dall'art. 649 c.p.p., che può a sua volta essere ricondotta al principio fondamentale dell'ordinamento giuridico penale interno, riassunto nel brocardo del *ne bis in idem*;

h3) con specifico riguardo al suo aspetto processuale il divieto del *ne bis in idem* è declinato nel senso di *idem factum*, per cui l'improcedibilità della nuova azione penale rispetto al giudicato assolutorio si riferisce al fatto storico, e non già al titolo astratto di reato (in questi termini, ancora di recente: Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2022, n. 663, in *Foro It. Rep*, 2022, *Cosa giudicata penale*, n.º; in precedenza: Cass. pen., sez. un., 28 settembre 2005, n. 34655);

h4) ciò nondimeno, malgrado le considerazioni di ordine sostanziale ora svolte, ai sensi dell'art. 46, comma 23, della convenzione ONU, una motivazione è richiesta solo in caso di esercizio del potere di "blocco" sulla richiesta di assistenza giudiziaria internazionale. L'assenza di motivazione della determinazione conforme alla richiesta dello Stato estero non si riflette, dunque, sulla conformità rispetto al diritto internazionale pattizio;

i) diverse possono tuttavia essere le conseguenze sul diverso piano del diritto interno, nella misura in cui l'atto ministeriale è soggetto alle regole generali della legge n. 241 del 1990, come riconosce l'ordinanza di rimessione;

i1) è decisivo considerare al riguardo che il Ministero esercita un potere discrezionale, in forza del quale è tenuto a valutare tutti i profili presi in considerazione dall'art. 723 c.p.p.-. La relativa motivazione deve essere contenuta nell'atto di accoglimento della richiesta formulata dallo Stato estero o va desunta *per relationem* da un precedente atto infraprocedimentale;

i2) questa ipotesi non è tuttavia quella del caso oggetto del presente giudizio. Le parti ricorrenti hanno diffusamente esposto le ragioni in base alle quali, per un verso, il giudicato assolutorio reso all'esito del giudizio svoltosi in Italia nei confronti delle persone fisiche ricorrenti, con la costituzione di parte civile del Governo straniero richiedente, potrebbe comportare una violazione del principio del *ne bis in idem*; e per altro verso potrebbe essere posta in discussione la sovranità statale, nella misura in cui, in violazione del sopra richiamato art. 649 c.p.p. le medesime persone, già assolte (in Italia), verrebbero nuovamente sottoposte ad un giudizio per i medesimi fatti, davanti all'autorità giudiziaria penale estera, con

contemporanea negazione del valore delle decisioni assunte da quella italiana;

i3) le stesse questioni riguardano altro soggetto la cui posizione è stata archiviata in sede di indagini preliminari, per cui nella medesima direzione sono state argomentate le ragioni di una possibile violazione della necessità della “doppia incriminazione” con riguardo all’imputazione di riciclaggio formulata dall’autorità giudiziaria indiana, perché rivolta ai concorrenti nel reato di corruzione presupposta, in violazione dell’incompatibilità sancita invece dal diritto penale interno (art. 648-*bis* c.p.);

j) sulle predette questioni non si riscontra nei provvedimenti impugnati alcuna presa di posizione sul piano motivazionale. In ragione della loro complessità e non univocità di soluzioni, e in considerazione dell’ampio spessore del potere discrezionale di cui è titolare il Ministero, non sono inoltre ravvisabili in questa sede i presupposti per una sua ricostruzione in via implicita;

j1) al medesimo riguardo non è possibile postulare una rilevanza esclusiva delle medesime questioni nella fase giurisdizionale *ex art. 724 c.p.p.*, come prospetta l’ordinanza di rimessione. Infatti, in quest’ultima non sono innanzitutto valutabili profili di pericolo per la sovranità nazionale, demandati in via esclusiva all’autorità ministeriale, mentre l’art. 723, comma 5, c.p.p. attribuisce a quest’ultimo il potere di verificare se la richiesta di assistenza giudiziaria internazionale non sia evidentemente contraria alla legge o ai principi fondamentali dell’ordinamento giuridico italiano;

j2) in secondo luogo, il differente grado di cognizione spettante in ordine ai presupposti in questione al Ministro della giustizia rispetto all’autorità giurisdizionale (vedi *supra* § i), non impedisce al Ministro della giustizia di vagliare la richiesta in conformità al principio del *ne bis in idem* sancito dall’art. 649 c.p.p. o alla necessità della doppia incriminazione con specifico riguardo all’imputazione di riciclaggio formulata dall’autorità giudiziaria indiana, sotto il profilo della sua conformità all’art. 648-*bis* c.p.p.-;

j3) in entrambi i casi vengono, infatti, in rilievo possibili violazioni espresse della legge interna o di contrasto con principi fondamentali dell’ordinamento giuridico, astrattamente riconducibili all’ipotesi di “blocco” della richiesta di assistenza prevista dall’art. 723, comma 5, c.p.p., come finora rilevato;

k) la carenza motivazionale degli atti ministeriali impugnati nel presente giudizio è ulteriormente comprovata dalle articolate discussioni sorte tra le parti sulla sussistenza dei presupposti per l’accoglimento della richiesta del governo della repubblica dell’India. Al riguardo, il relativo esame non può essere effettuato *per saltum* in questa sede, ma è il Ministero a dovere esercitare la sua discrezionalità;

l) può pertanto essere data risposta al primo quesito formulato nell’ordinanza di rimessione nel senso che il difetto di motivazione esplicita degli atti con cui è stato dato seguito alle richieste di assistenza giudiziaria internazionale è sindacabile, sotto il profilo del difetto di motivazione, poiché come nel caso di

specie, si è in presenza di un provvedimento discrezionale, che va adeguatamente motivato;

m) resta conseguentemente assorbito il secondo quesito, concernente l'ambito di cognizione devoluto alla autorità giudiziaria;

n) in applicazione del principio di diritto ora espresso, è inoltre possibile pronunciarsi nel merito degli appelli, principale e incidentale, senza dare luogo alla restituzione alla Sezione rimettente ex art. 99, comma 4, c.p.p. con il loro accoglimento;

n1) per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, e in accoglimento dell'appello, vanno annullati gli atti impugnati, per l'insuperabile carenza di motivazione da cui gli stessi sono affetti;

n2) il Ministero dovrà dunque motivatamente pronunciarsi sulla richiesta formulata dal governo della repubblica dell'India;

IV. – Per completezza si osserva quanto segue:

o) sulla nozione di atto politico e relativa casistica v.:

o1) Corte cost., 10 marzo 2016, n. 52 (in *Foro it.* 2016, I, 1940, con note di AMOROSO e TRAVI; in *Giur. costit.* 2016, 537, con nota di CARLASSARE, CROCE; in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica* 2016, 766, con nota di TOSCANO, in *Giornale dir. amm.* 2017, 68 (m), con nota di BONOMI), la quale ha ritenuto la natura di atto politico dell'atto con cui il governo aveva negato l'avvio delle trattative per l'intesa prevista dall'art. 8, 3° comma, Cost. con una confessione religiosa diversa dalla cattolica, osservando che *“non spettava alla Corte di cassazione affermare la sindacabilità in sede giurisdizionale della delibera con cui il consiglio dei ministri ha negato all'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, 3° comma, Cost. e, conseguentemente, deve essere annullata la sentenza della Corte di cassazione, sez. un. civ., 28 giugno 2013, n. 16305”*.

Nella nota di commento sopra citata di TRAVI, *“Avvio della procedura per un'intesa con una confessione acattolica e tutela giurisdizionale”*, l'autore osserva che la Corte costituzionale ha affermato il principio secondo cui una confessione religiosa non può vantare *“una pretesa giustiziabile”* all'avvio di trattative per l'intesa prevista dall'art. 8, 3° comma, Cost.-. L'avvio di trattative, infatti, è rimesso a una discrezionalità politica del governo, sindacabile in quanto tale solo in una sede politica.

Gli argomenti che la Corte invoca a sostegno della propria conclusione sono rappresentati dalla bilateralità dell'intesa (rispetto alla cui previsione sarebbe *“dissonante”* riconoscere un obbligo di avviare la trattativa), dalla difficoltà di conciliare l'insussistenza di un diritto all'intesa (in esito alle trattative) con un diritto all'avvio delle trattative, dall'importanza politica dell'oggetto della trattativa.

Le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale, però, sottolinea l'autore attengono specificamente alle intese con le confessioni religiose previste

dall'art. 8, 3° comma, Cost. e perciò non sono suscettibili di generalizzazione.

In ogni caso la consulta, richiamando la propria giurisprudenza precedente, ha osservato che *“le intese sono volte a riconoscere le esigenze specifiche di ciascuna delle confessioni religiose, ovvero a concedere loro particolari vantaggi o eventualmente a imporre loro particolari limitazioni, ovvero ancora a dare rilevanza, nell'ordinamento, a specifici atti propri della confessione religiosa”*. Nel richiamare il contesto di laicità positiva cui si ispira il nostro ordinamento costituzionale rispetto al fenomeno religioso, in cui tali profili non appaiono certo marginali (si pensi al beneficio dell'otto per mille), l'autore manifesta la propria perplessità circa la subordinazione delle intese ad una discrezionalità *“politica”* (vale a dire ad una discrezionalità che si caratterizza proprio per una ampiezza tendenzialmente illimitata), osservando che il pericolo di condotte discriminatorie risulta reale.

Certamente, nel caso in esame, l'intesa, per produrre effetti, deve essere recepita in un atto legislativo, tuttavia, anche a prescindere da ogni considerazione sul ruolo che assume l'atto legislativo nel procedimento previsto dall'art. 8, 3° comma, Cost., l'autore ha osservato che una discrezionalità politica potrebbe configurarsi rispetto all'esercizio del potere di iniziativa legislativa, e non anche a monte, ai fini dell'avvio della trattativa per l'intesa.

Non vi è dubbio, inoltre, che l'oggetto della trattativa, nel caso previsto dall'art. 8, 3° comma, Cost., abbia anche un'importanza politica.

Secondo Travi, in ogni caso l'importanza politica di un atto non è ragione per escludere la sua giustiziabilità: come osservato dagli autori, che hanno sostenuto l'esigenza di elaborare con attenzione la categoria dell'atto politico (ossia di un atto che ammette come unica condizione l'osservanza della regola della competenza) e di distinguerla con chiarezza rispetto all'ambito degli atti con una ragione *“politica”*.

In tal senso richiama:

- SIGISMONDI, *La nozione di atto politico: un concetto in evoluzione* (in *Foro it.*, 2013, I, 2436, nota a Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16305, censurata dalla Corte costituzionale con la sentenza in commento, per il quale vedi *infra* punto o2);

- TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329, con riferimenti, anche di ordine storico e di diritto comparato;

- SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 72, secondo cui in gioco era, a ben vedere, il significato dell'art. 113 Cost., e che tale articolo considera come valore generale e prevalente la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi;

- CHELLI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961;

o2) Cass. civ., sent. un., 28 giugno 2013, n. 16305 (in *Foro it.* 2013, I, 2432, con nota di SIGISMONDI, *La nozione di atto politico: un concetto in evoluzione*, cui

si rinvia per una ampia casistica sugli atti politici; nonché in *Dir. eccles.* 2014, 329, con nota di LATTUNEDDU) oggetto della decisione sopra richiamata, aveva invece ritenuto che *“l'atto con cui il governo si rifiuta di avviare le trattative per l'intesa prevista dall'art. 8, 3° comma, Cost. con una confessione religiosa diversa dalla cattolica non ha natura politica ed è pertanto sindacabile dal giudice amministrativo”*.

Nella nota l'autore osserva che la Corte di cassazione prende posizione sul problema dell'individuazione dei caratteri dell'atto politico e del conseguente limite al sindacato del giudice amministrativo. Nel caso specifico l'unione degli atei e degli agnostici razionalisti aveva promosso presso il governo italiano l'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione delle intese previste dall'art. 8, 3° comma, Cost. L'istanza aveva avuto un primo riscontro negativo da parte del sottosegretario di Stato alla presidenza del consiglio dei ministri, ma il diniego era stato annullato per incompetenza in sede di ricorso straordinario al presidente della Repubblica (su cui v. il parere reso da Cons. Stato, sez. I, 29 ottobre 1997, n. 3048/96, in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 1998, 850).

In seguito, un secondo provvedimento negativo della Presidenza del Consiglio dei ministri era stato impugnato davanti al T.a.r. per il Lazio, che con sentenza sez. I, 31 dicembre 2008, n. 12539 (in *Rass. avv. Stato*, 2008, fasc. 4, 324, con nota di PALATIELLO, *Il concetto di atto politico non “giustiziabile”*) aveva dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione per la natura politica dell'atto in questione. Contro tale sentenza era stato quindi proposto appello dall'unione degli atei e degli agnostici razionalisti, all'esito del quale Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083 (in *Foro it.*, 2012, III, 632) aveva escluso il carattere politico dell'atto di diniego e annullato con rinvio la sentenza di primo grado. La pronuncia d'appello è stata, infine, impugnata con ricorso per cassazione, sul presupposto della natura politica del provvedimento assunto dalla presidenza del consiglio dei ministri che avrebbe determinato l'insindacabilità dell'atto ai sensi dell'art. 7, 1° comma, c.p.p. e conseguentemente l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, ricorso deciso dalla sentenza in epigrafe.

Per escludere la natura politica dell'atto con cui il governo si è rifiutato di aprire le trattative finalizzate all'intesa prevista dall'art. 8, 3° comma, Cost., la Corte di cassazione ha richiamato l'indirizzo interpretativo proposto da Corte cost. 5 aprile 2012, n. 81 (in *Foro it.*, I, 1285), secondo cui *“nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate”*.

La sentenza, osserva l'autore, sembra quindi aderire all'indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Foro it.*, 2013, III, 70, con nota dello stesso SIGISMONDI) secondo cui

l'insindacabilità dell'atto politico, caratterizzato da una libertà nel fine incondizionata, conseguirebbe in ultima analisi all'impossibilità di individuare un parametro giuridico sulla base del quale svolgere il sindacato giurisdizionale. Correlativamente, in presenza di norme o principî che indirizzino l'azione di governo, verrebbero meno sia la libertà del fine, sia l'insindacabilità e il carattere politico dell'atto oggetto di valutazione.

Tale orientamento, secondo SIGISMONDI, si discosta in modo significativo dall'impostazione tradizionale (seguita anche da Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083, cit., che era giunto alle stesse conclusioni, negando il carattere politico dell'atto impugnato) che individuava l'atto politico sulla base del requisito soggettivo della provenienza dell'atto dall'autorità cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica e del requisito oggettivo rappresentato dal fatto che si doveva trattare di atti emanati nell'esercizio del potere politico.

Rispetto all'impostazione tradizionale, il nuovo orientamento della Cassazione comporta una inversione logica del percorso argomentativo: mentre nell'impostazione tradizionale il carattere politico dell'atto era definito in via interpretativa sulla base della sussistenza dei due requisiti ricordati (soggettivo e oggettivo) e da tale carattere era desunta l'insindacabilità dell'atto, secondo l'orientamento più recente l'insindacabilità dipende dall'impossibilità di individuare un parametro giuridico (sia norme di legge, sia principî dell'ordinamento) sulla base del quale svolgere il sindacato giurisdizionale e il carattere politico dell'atto si presenta, quindi, come una conseguenza.

L'autore osserva, inoltre, che la decisione del caso specifico si segnala anche per il fatto che i parametri giuridici in presenza dei quali si è potuta escludere l'insindacabilità dell'atto non sono stati desunti solo dall'ordinamento interno (e in particolare dai principî costituzionali in materia di libertà religiosa), ma anche dai principî affermati in materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.