

ORIENTAMENTI

GENNARO GAETA

Conflitto di competenza, accertamenti svolti dalla Cassazione e potere di determinare un giudice diverso dai confliggenti

In tema di conflitto di competenza può accadere che, all'esito dell'accertamento incidentale della Cassazione, risulti che nessuno dei giudici in conflitto sia competente in applicazione dei criteri di legge e, dunque, potrebbe essere necessario risolvere la questione a favore di un giudicante diverso da quelli che hanno generato il conflitto. Lo scritto analizza le peculiarità di questa ipotesi e propone una soluzione in linea con la concezione forte della legalità dei presupposti processuali, di recente ribadita dalle Corti europee.

Conflict of competence and power to determine, after the judgment of the Supreme Court, a judge other than those who promoted the conflict.

As far as the conflict of competence is concerned, it may happen that no one of the judges in conflict is competent and it's necessary that the Supreme Court sets the competence of a different judge. The paper analyses the peculiarities of that situation and proposes a solution in line with the strong conception of the rule of law, recently reaffirmed by the European Courts.

SOMMARIO. 1. Legalità ed efficienza nella rete dei controlli sull'investitura. 2. Il funzionamento dei conflitti di competenza. 3. L'accertamento incidentale in Cassazione di una competenza ulteriore. 4. I vincoli sul giudice idoneo che provengono dal piano sovranazionale. 5. Conclusioni.

1. *Legalità ed efficienza nella rete dei controlli sull'investitura.* In seno ai meccanismi di controllo della competenza nel procedimento si annidano esigenze differenti e potenzialmente contrastanti, che la disciplina positiva cerca di coniugare bilanciando legalità e razionalità dello svolgimento della vicenda processuale.

Il primo giudice della competenza è, notoriamente, il giudice stesso.

Questa peculiare norma potrebbe sembrare ricca di contraddizioni, poiché individua nel giudice il soggetto passivo della disciplina generale di distribuzione della competenza e, allo stesso tempo, gli permette di decidere della regolare investitura di sé stesso. Nel nostro sistema, infatti, l'assenza di un organo deputato alla distribuzione in via preventiva degli affari penali con funzione di assegnazione della competenza porta ad un sindacato diffuso assai particolare, nel quale ciascuno dispone del potere/dovere di valutare, prima di ogni eventuale eccezione di parte, la regolarità della propria costituzione in giudizio.

Ciò potrebbe indurre a ritenere che attribuire il privilegio di auto-decidere sull'esistenza di un requisito per l'esercizio della funzione nel caso concreto determini un cortocircuito logico, offrendo al decisore la possibilità di statuire sulla sua stessa competenza e, dunque, gettando la premessa per la proliferazione dei conflitti.

A ben guardare, però, l'assetto vigente rappresenta una scelta coerente col principio di sottoposizione esclusiva del giudice alla legge, di cui all'art. 101, co. 2, Cost. Si tratta di una relazione di subordinazione esclusiva che, pur presidiando dall'esterno le prerogative di indipendenza del magistrato, nel processo attua il principio di legalità e assicura che, quando esercita la funzione nella vicenda concreta, il giudicante adotti esclusivamente i parametri di azione e di giudizio del diritto positivo.

In questa prospettiva, si vuole assicurare che chi amministra giustizia non possa disporre dell'armamentario di regole che gli vengono consegnate dal legislatore e alle quali risulta soggetto, nel senso che risulta vincolato nemmeno dalle precedenti applicazioni pratiche che la stessa norma ha avuto in casi simili¹.

Per fare ciò, però, è necessario inserire nel sistema il principio del sindacato diffuso sulla competenza, per consentire a ciascun giudice di valutare, in autonomia, se sussistono i presupposti per l'attivazione della funzione di cui è

¹ Per cui il precedente, come ha osservato la dottrina processuale civile, ha un'autorità «*che - si potrebbe dire - vale imperio rationis, non ratione imperii, cioè è efficace in quanto è persuasivo*» (LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2015, 39).

Fermo il valore costituzionale del principio per cui il giudicato non vincola quanto all'interpretazione della legge che contiene, non si può fare a meno di segnalare che l'evoluzione del rapporto tra fonti ed anche alcune riforme hanno imposto riflessioni critiche sul tema, poiché sembrano proliferare esegesi sostanzialmente nell'ordinamento.

Il rapporto tra legge e giudice è mutato, in primo luogo, per effetto dell'integrazione con l'ordinamento comunitario, che ha determinato non solo un ampliamento delle fonti vincolanti per il legislatore interno, ma ha anche introdotto vincoli interpretativi di particolare spessore.

Basti pensare agli importanti spazi di operatività dell'istituto della c.d. disapplicazione, che consente la non applicazione di una disposizione interna in contrasto con una Direttiva dell'UE, per come interpretata dalla Corte di Giustizia, talvolta anche quando questa sia priva di effetti diretti (v. tra le altre Corte Giust. UE, 9 settembre 2000, Linser, C-207/98) o, ancora, alla rigida concezione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale in capo al giudice di ultima istanza (da ultimo C. Giust. UE, Gr. Sez., 6 ottobre 2021, C-561/19 che, in merito alla possibilità di sottrarsi all'obbligo di sollevare la pregiudiziale interpretativa in caso di disposizione che non lascia spazio a dubbi interpretativi ragionevoli, ha riaffermato la dottrina dell' "atto chiaro" che, di fatto, rende particolarmente difficoltoso per il giudice interno dimostrare la non necessità di investire la Corte).

Sul piano del diritto positivo, invece, un contributo al tema delle interpretazioni vincolanti è derivato dall'introduzione del comma 1-bis nell'art. 618 c.p.p., con cui il legislatore ha vietato a una Sezione semplice della Corte di cassazione di discostarsi da un principio di diritto delle Sezioni unite, obbligandola a rimettere la decisione del ricorso in caso di dissenso (Cass., Sez. un., 19 aprile 2018, PG in proc. Botticelli, in *Mass. Uff.*, n. 273549).

titolare nella vicenda specifica, in via prioritaria rispetto alle possibili eccezioni di parte. In questa prospettiva la possibilità che il giudice trascuri di rilevarne il difetto o che, invece, sorgano conflitti sul punto rappresenta un prezzo accettabile per assicurare la vigenza del principio di cui all'art. 101 Cost., residuando unicamente il potere di eccezione delle parti.

Solo il giudice in grado di decidere da solo - sia pure provvisoriamente - l'esistenza della propria competenza è effettivamente sottoposto soltanto al diritto positivo: diversamente, se non si consentisse un sindacato di questo tipo, verrebbe compromessa l'effettività della regola della sottoposizione esclusiva.

Ciò non toglie che, in una fase successiva, sulla questione di competenza non possano sorgere contestazioni e accertamenti della Corte regolatrice vincolanti per il caso concreto, che hanno il compito di coordinare tale privilegio sulla prima decisione attorno alla legittimità dell'investitura con l'esigenza di assicurare il controllo sostanziale sull'esistenza dei presupposti di legge da parte di un giudice superiore.

Il sistema, infatti, è articolato su due livelli: quello primario, che potremmo definire dell'autocontrollo provvisorio, e quello secondario, del controllo accentrato. Insieme realizzano un adeguato bilanciamento tra il principio di sottoposizione esclusiva alla legge e quello di logicità del processo inteso quale sviluppo razionale di atti funzionali all'accertamento del fatto, che porta all'introduzione di strumenti d'intervento sul difetto di competenza (e di giurisdizione) in grado risolvere la controversia che è nata sul presupposto processuale prima della prosecuzione dell'accertamento².

I termini del rapporto tra legalità e razionalità dello svolgimento della vicenda processuale diventano più complessi quando si tratta di capire il perimetro di ciascuno dei livelli di controllo nel caso in cui, dopo l'accertamento di legittimità, emerge la competenza di un giudice diverso da quelli che sono entrati in conflitto.

Può darsi che, nell'ambito della sequenza incidentale di cui agli artt. 30 e ss. c.p.p., il contrasto positivo o negativo intervenga tra due giudici entrambi incompetenti rispetto al diverso ufficio che, invece, doveva essere investito dell'affare.

Il problema ha una certa importanza se si considera che l'applicazione dei criteri di cui agli artt. 8 e ss. c.p.p. incontra difficoltà crescenti man mano che il legislatore configura reati dalla struttura complessa. Infatti, l'evoluzione del-

² Così sulla funzione dei procedimenti incidentali in materia di giurisdizione e competenza DELLA CASA, VOENA, *I soggetti*, in CONSO - GREVI, *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, Milano, 2020, I, in particolare 9 e ss.

la tecnica descrittiva dei reati, frutto dell'esigenza di colpire con maggiore efficacia le modalità di offesa ai beni protetti nel contesto della società globalizzata, richiede talvolta operazioni articolate per applicare correttamente le regole d'individuazione del giudice competente - specie per connessione - anche considerando l'interpretazione pretoria che l'evento del reato riceve³.

La connessione teleologica rappresenta, forse, il principale esempio di come i continui interventi del legislatore e l'affinamento dell'interpretazione della giurisprudenza possano comportare ripensamenti - e, dunque, far crescere statisticamente i conflitti - sulla distribuzione della competenza.

La formulazione originaria dell'art. 12, co. 1, lett. c, c.p.p. disponeva la connessione di procedimenti "se una persona" era imputata di più reati, gli uni commessi per eseguire od occultare gli altri e legava l'esistenza del nesso teleologico al fatto all'identità dell'accusato.

Il d.l. 20 novembre 1991, n. 367, invece, ha soppresso il riferimento all'unicità dell'autore dei reati per consentire un'applicazione più ampia della norma, anche considerando l'esegesi che aveva ricevuto fino a quel momento - oltre ad aver aggiunto i casi di connessione occasionale ed ampliato quelli di collegamento finalistico - e superare, per certi versi, il principio della separazione tendenziale per ragioni di efficienza: il successivo *restyling* ad opera della l. 1 marzo 2001, n. 63, infine, ha superato il riferimento alla connessione occasionale e ai profili finalistici ma non ha reintrodotto il riferimento all'unicità dell'autore dei reati connessi⁴.

³ Significativo, da questo punto di vista, è il dibattito sul momento della consumazione nel delitto di usura, riaperto in seguito alla riforma della l. 7 marzo 1996, n. 108 che ha introdotto l'art. 644-ter c.p. fissando la decorrenza della prescrizione dal giorno dell'ultima riscossione degli interessi e del capitale. Prima della novella, infatti, la giurisprudenza riteneva che la fattispecie in questione dovesse essere inquadrata come reato istantaneo, consumato nel momento in cui veniva perfezionato l'accordo sugli interessi illeciti, salvo ritenere che aveva effetti permanenti nel caso in cui la dazione (frazionata) si protrava nel tempo. In questa ricostruzione, perciò, il momento della consumazione del delitto coincideva sempre con quello della conclusione dell'accordo e, per conseguenza, l'effettivo adempimento frazionato nel tempo degli interessi usurari era considerato un *post factum* non punibile.

Una volta imposto per via legislativa il computo della prescrizione a partire dall'ultimo adempimento, sono emerse in dottrina diverse posizioni sull'individuazione del *tempus commissi delicti*, fra posizioni tradizionali, che hanno ritenuto irrilevante l'introduzione dell'art. 644-ter c.p. ai fini della soluzione del quesito e interpretazioni che, invece, hanno suggerito un aggiornamento, accedendo alle categorie del reato permanente oppure a condotta frazionata. Com'è noto, la giurisprudenza ha aderito a quest'ultima tesi e ha affermato la possibilità della scissione tra il giorno in cui l'illecito si perfeziona - concludendo il contratto - e quello, eventualmente successivo, in cui viene consumato con la dazione: l'effetto è stato quello di spostare in avanti il momento della consumazione, sia ai fini del calcolo della prescrizione sia, per quanto di nostro interesse, per il radicamento della competenza considerando, ad esempio, il caso in cui il luogo dell'adempimento sia diverso da quello della pattuizione. Per la ricostruzione della questione v. Cass., Sez. II, 12 luglio 2016, Friscina, in *Mass. Urb.*, n. 268375; Id., Sez. II, 10 dicembre 2003, Sideri, *ivi*, n. 228381.

⁴ Sulla competenza per connessione si rinvia a BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*,

Sono cioè intervenuti una serie di aggiustamenti progressivi che, però, non hanno reso maggioritario l'orientamento di legittimità per cui, per la fattispecie dell'art. 12 c.p.p. in questione, non più è richiesta l'identità fra gli autori del reato-mezzo e quelli del reato-fine: il riferimento all'identità, infatti, è rimasto recessivo nel diritto pretorio della Corte regolatrice fino a che le Sezioni unite, valorizzando l'evoluzione testuale della disposizione, hanno invece ritenuto che la connessione teleologica in parola non richieda più tale requisito⁵.

Al di là degli aspetti di dettaglio della questione, questa veloce sintesi ci consente di documentare come, in un contesto di tale complessità, non sia impossibile che in sede di legittimità si accerti una competenza differente da quella che i giudici in conflitto hanno prospettato, laddove il luogo di commissione del reato venga individuato altrove o per un diverso intendimento del momento consumativo del reato o, ancora, per l'applicazione di un criterio di collegamento del quale le parti non avevano tenuto conto.

Nel silenzio del legislatore sul punto, il quesito va risolto tenendo in considerazione i poteri di cognizione del fatto processuale in sede di legittimità, proponendo un corretto bilanciamento del rapporto tra efficienza e legalità che viene in rilievo in questo contesto.

Abbiamo segnalato, infatti, che il doppio livello di controllo sulla sussistenza del presupposto di competenza risponde ad esigenze differenti, l'una che attiene alla posizione costituzionale del giudice investito dell'affare – primo verificatore della competenza – e l'altro che risponde a ragioni di efficacia e razionalità della vicenda processuale, anticipando la soluzione del conflitto che è emerso con una decisione vincolante che faccia cessare la controversia e permetta, quindi, l'accertamento del fatto. A fronte di che, l'emersione della competenza di un ufficio diverso dai contendenti finisce per superare, più che risolvere, il conflitto di partenza, investendo dell'affare un giudicante che, per quanto si dirà, resta coinvolto senza possibilità di contestazione, dal momento che l'effetto vincolante della decisione, previsto dall'art. 25 c.p.p., nascerà in capo a chi è rimasto estraneo al procedimento.

2. Il funzionamento dei conflitti di competenza. In prospettiva generale è op-

Milano, 2011, 267 e ss.; BARGI, *Conflitti e "contrast" sulla competenza nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1991, 1488; BARGIS, *Il regime della connessione, riunione e separazione dei processi*, in *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kistoris, Torino, 2002, 137; BELLAVISTA, *Competenza penale*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 768; DALLA, *Competenza (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 1; NAPPI, *Competenza penale*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 348.

⁵ Cfr. Cass., Sez. un., 26 ottobre 2017, G.u.p. Bari c. G.u.p. Taranto, in *Mass. Uff.*, n. 271223.

portuno ripercorrere i possibili conflitti sul versante della giurisdizione e della competenza, per comprendere la portata dell'accertamento di legittimità⁶. Quanto alla giurisdizione, possono darsi le ipotesi del giudice ordinario che si pronunci in una materia che è preclusa alla giurisdizione per via del riparto tra poteri dello Stato, con decisione ricorribile per Cassazione secondo l'art. 606, co. 1, lett. a, c.p.p. oppure che invada la sfera del giudice speciale⁷, integrando in questo caso il difetto di giurisdizione di cui all'art. 20 c.p.p. che, se si verifica successivamente alla conclusione delle indagini preliminari, prevede la declaratoria con sentenza del vizio e la trasmissione degli atti all'autorità competente⁸.

⁶ V. in linea generale ALLEGRA, *I conflitti di giurisdizione e di competenza nel processo penale*, Milano, 1955; BONETTO, *Giurisdizione, competenza, conflitti*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretto da Chiavario, Marzaduri, I, Torino, 1995, 1; CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 295; MACCHIA, *Sub art. 28 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio - Dominioni, Milano, 1989, 173; MONTAGNA, *Le verifiche sulla giurisdizione: presupposti e modalità di soluzione*, in *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, coordinato da Montagna, III, Torino, 2011, 245; PANZERA, *Giurisdizione penale (Limiti)*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, 1992, 4; PERONI, *I conflitti di giurisdizione e di competenza nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1987, 391; PIOLETTI, *I conflitti di giurisdizione e di competenza nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 1976, III, 377; ZAPPALÀ, *Conflitti di giurisdizione*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988; ZAPPULLA, *Conflitti di giurisdizione*, II *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 2001, 2.

⁷ Circa le principali questioni giurisprudenziali sul riparto tra giudice ordinario e giudice militare, v. BRONZO, *Rapporti tra giurisdizione penale e giurisdizione militare*, in *Libro dell'anno del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2018, 596; BRUNELLI, *Osservazioni sulla natura giurisdizionale penale militare dopo la l. 7 maggio 1981 n. 180*, in *Rass. giust. milit.*, 1984, 605 ss.; GUERRA, *Questioni in tema di conflitto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici militari*, in *Cass. pen.*, 2018, 4 (suppl.), 244; NUNZIATA, *"Falsi amici" e norme occulte nel diritto penale militare: dal coordinamento delle indagini al riparto di giurisdizione, tra autorità giudiziaria ordinaria ed autorità giudiziaria militare*, in *Riv. pen.*, 2017, 11, 935; RIVELLO, *Un intervento delle Sezioni unite in tema di conflitto di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2017, 3508; ID., *Il procedimento militare*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis - Voena, Milano, 2010, 1 e ss.; ID., *Tribunale militare*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 9 ss.; ROMEO, *Le Sezioni unite sui conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice militare*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2 maggio 2017. Sulla giustizia militare in generale rinviamo alla ricostruzione di RANALDI, *Processo penale militare*, in *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, coordinato da Ciro Santoriello, II, Torino, 2010, 339 e ss.

⁸ Nel caso in cui, invece, un giudice civile o amministrativo si pronunci invadendo la giurisdizione penale, si verificherà, come ha chiarito la giurisprudenza, una situazione di inesistenza del provvedimento invasivo (cfr. Cass., Sez. un., 24 novembre 1999, Di Dona, in *Mass. Uff.*, n. 214694, per cui quando non provenga da un organo giudiziario investito della *iusdictio* penale, il provvedimento, pur esistendo materialmente ed essendo stato redatto da un giudice, va considerato giuridicamente inesistente).

Non possono essere trascurati, peraltro, i recenti sviluppi del rapporto tra difetto di giurisdizione ed errore interpretativo del giudice rispetto al diritto dell'Unione, emersi nell'ambito dell'art. 111, co. 8, Cost. Su cosa si debba intendere per ricorso in Cassazione sui «*soli motivi inerenti alla giurisdizione*» è infatti nato un contrasto tra la giurisprudenza della Consulta e quella delle Sezioni unite civili, con la formulazione di un quesito di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia la cui decisione, attesa a breve, potrebbe segnare un punto di svolta sui rapporti con l'ordinamento dell'UE, anche per il settore penale. A seguito della condanna dell'Italia a Strasburgo nei casi "Staibano" e "Mottola", per diniego di accesso

Sul piano della competenza, invece, la disciplina legislativa delle varie ipotesi patologiche predispone rimedi differenti tenendo in considerazione la gravità del vizio e la fase in cui questo si verifica, secondo la distinzione tra violazioni relative alla materia, rilevabili in ogni stato e grado del processo anche d'ufficio - salvo le eccezioni degli artt. 21, co. 3 e 23, co. 2, c.p.p.⁹ - o al territorio o per connessione, sottoposte al termine decadenziale della conclusione dell'udienza preliminare oppure, se manca, per la presentazione delle questioni preliminari di cui all'art. 491 c.p.p.¹⁰.

alla tutela giurisdizionale (art. 6, § 1 C.E.D.U.) dovuto a un'interpretazione restrittiva dell'art. 69, co. 7, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (di disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.) adottata dalla giurisprudenza amministrativa, si è posta la questione della possibilità di emendare, attraverso il ricorso in Cassazione di cui all'art. 111, co. 8, Cost. una decisione definitiva del Consiglio di Stato che sia in corsa in *errores in procedendo* o *in iudicando*, specie quando abbia adottato un'esegesi della disposizione interna in contrasto col diritto sovranazionale.

A seguito di alcuni pronunciamenti delle Sezioni unite favorevoli all'ampliamento in questa direzione dei casi di ricorso, con la sentenza n. 6 del 2018 la Consulta ha imposto una battuta d'arresto, affermando che per questa via non è possibile censurare un'opzione interpretativa, trattandosi di un sindacato che resta precluso al *plenum* di legittimità. La Corte costituzionale, segnatamente, ha affermato che «*L'intervento delle Sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU*» (punto 14.1 del *Considerato in diritto*) in quanto le questioni di giurisdizione sono soltanto quelle che riguardano lo sconfinamento di una giurisdizione nella sfera riservata ad altro potere dello Stato, l'arretramento per pretesa non giustiziabilità della situazione soggettiva o, infine, il difetto relativo, quando ad essere errata è l'individuazione dell'ordine giurisdizionale (amministrativo, contabile ecc.).

Questa posizione interpretativa non ha sopito il dibattito attorno alla figura dell'eccesso di potere giurisdizionale per errore interpretativo e, anzi, ha alimentato gli interrogativi a proposito dell'effettività dei rimedi interni, quando una sentenza definitiva abbia fatto applicazione di prassi interpretative domestiche confliggenti con decisioni della Corte di Giustizia. In virtù di ciò, le Sezioni unite civili hanno sollevato una questione pregiudiziale, chiedendo alla Corte UE se il diritto primario osta alla prassi interpretativa «*quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del c.d. "difetto di potere giurisdizionale", non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia [...] con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario [...] e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria*» (Cass., Sez. un., ord. n. 19598 del 7 luglio 2020, in www.archiviopenale.it, punto 46 della motivazione).

⁹ Se infatti la competenza per materia nel caso concreto è il frutto dell'applicazione di un criterio di connessione, vale il termine generale per eccepire l'incompetenza per connessione pur trattandosi di competenza per materia. A ciò la giurisprudenza ha aggiunto che, per rilevare l'incompetenza per materia derivante da connessione, non occorre che i procedimenti connessi si trovino nello stesso stato e grado, poiché quello della competenza per connessione è un criterio attributivo originario e autonomo (Cass., Sez. un., 28 febbraio 2013, Taricco, in *Mass. Uff.*, n. 255345).

¹⁰ Sulle varie tipologie di competenza e gli effetti della declaratoria d'incompetenza v. BARGIS, *Declaratoria d'incompetenza per materia: natura e forma*, in *Giur. it.*, 1986, II, 220; GAITO, *Declaratoria di incompetenza nell'udienza preliminare e decisioni di libertate successive*, in *Giur. it.*, 1996, 377; ID., *Tribunale dei ministri e udienza preliminare: un'ipotesi di incompetenza funzionale*, in *Giur. it.*, 1998,

Se più giudici protestano la propria competenza rispetto al medesimo fatto di reato si avrà un conflitto positivo¹¹, mentre se tutti la escludono il conflitto è negativo e occorre che chi interviene successivamente al primo giudicante, ritenendo in errore i suoi predecessori sulla valutazione del presupposto processuale, denunci il conflitto. Questo può essere sollevato in ogni stato e grado del processo e produrrà una decisione vincolante della Corte di cassazione¹², a meno che uno dei confliggenti si dichiari incompetente (nel primo caso) o competente (nel secondo), oppure se interviene un fatto nuovo che incide sulla qualificazione giuridica e dunque sul presupposto processuale. Nella prima ipotesi, in particolare, si ha una risoluzione spontanea del conflitto, mentre nella seconda la soluzione di legittimità non impedisce al destinatario investito della competenza di rimetterla in discussione, considerando l'emersione di nuovi elementi in fatto, che incidono sul titolo di reato configurabile.

3. *L'accertamento incidentale in Cassazione di una competenza ulteriore.* Il problema dev'essere affrontato considerando, preliminarmente, i poteri istruttori del giudice di legittimità, per comprendere entro quali limiti può porsi l'accertamento di una competenza diversa da quella dei confliggenti¹³. Ipotizzare un quesito del genere significa, in premessa, ritenere che la Corte regolatrice abbia, in questo procedimento incidentale, una cognizione più ampia del controllo *ex actis* col vincolo delle prospettazioni ricevute¹⁴, il che

2380; ID., *Nei processi per reati ministeriali qual è il giudice per l'udienza preliminare?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 853; KALB, *Il processo per le imputazioni connesse*, Torino, 1995; RICCIO, *La competenza funzionale nel diritto processuale penale*, Torino, 1959.

¹¹ Il che genera una situazione di «*litispendenza*», come evidenziato da CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 167.

¹² Sotto forma di sentenza, trattandosi di una statuizione che chiude l'accertamento incidentale, come sottolinea DEL POZZO, *Conflitti di giurisdizione e competenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 1026.

¹³ In termini generali v. BONATO, *Conflitti e buon andamento della giustizia: brevi note*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 20; BUTTARELLI, *Conflitto di competenza e "caso analogo"*, in *Cass. pen.*, 1988, 1198; CARINI, *Le verifiche sulla competenza: presupposti e modalità di soluzione*, in *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, coordinato da Montagna, III, cit., 265; DALIA, *Conflitti di competenza*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1984; DALIA - DELLA MONICA, *Conflitti di Competenza, II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XI, Roma, 2003, 1; FERRAIOLI, *I conflitti di competenza nel processo penale*, Milano, 1984; GAITO, *Competenza e incompetenza e relative declaratorie. I conflitti*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 374; GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 91; MARVULLI, *Conflitti di giurisdizione e di competenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 258; MAZZARRA, *I conflitti di competenza*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, a cura di Gaito, Padova, 1989, 185; MORENO, *Competenza (regolamento di)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 82; NAPPI, *I conflitti di competenza e il ruolo della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2015, 4230.

¹⁴ Riguardo al funzionamento del procedimento incidentale, v. MACCHIA, *Sub art. 32 c.p.p.*, in *Com-*

però richiede alcune precisazioni.

Specie con riferimento all'ammissibilità della produzione di documenti "nuovi", la giurisprudenza ha chiarito a più riprese che la struttura del controllo di legittimità non ammette lo svolgimento di attività istruttoria ed è impedito alla Corte di approfondire circostanze di fatto, con limitate eccezioni derivanti dal fatto sopravvenuto che sia facile da rilevare e non richieda particolari valutazioni, come nel caso dello *ius superveniens*, di un giudicato sostanziale o di cause estintive¹⁵.

I limiti naturali della fase di legittimità si attenuano, tuttavia, nell'ambito del controllo dell'errore di procedura. Muovendo dal motivo di ricorso di cui all'art. 606, co. 1, lett. c, c.p.p. è ormai acquisito che quando la parte introduce il tema di giudizio della violazione di disposizioni processuali sanzionate la Corte è giudice anche del fatto e, per risolvere la relativa questione, può esaminare direttamente gli atti processuali necessari¹⁶.

Perciò quando si controverte sulle condizioni processuali per la legale celebrazione dell'attività di giudizio non valgono le limitazioni che conosce il controllo sulla motivazione, e la Corte potrà affrontare ogni questione processuale che coinvolga, ad esempio, la legittima declaratoria di irreperibilità dell'imputato, la sua capacità processuale e, per quanto di interesse nell'ambito dei procedimenti incidentali sull'idoneità del giudice, l'esistenza della connessione di cui all'art. 12 c.p.p. o il ricorrere di una causa d'incompatibilità secondo la scansione degli artt. 34-37 c.p.p.

La ragione per cui la conformazione del controllo di legittimità non impedisce approfondimenti di tal genere dev'essere ricercata nel fatto che, in questo ambito, viene in gioco la verifica dell'errore sull'esistenza delle condizioni necessarie per l'instaurazione del rapporto processuale e l'esercizio del potere di pronunciarsi nel caso concreto, non la funzione istituzionale di assicurare per via interpretativa l'uniformità del diritto oggettivo nazionale secondo l'art. 65 ord. giud.

Prima dell'attivazione della funzione che è propria della Corte regolatrice, è infatti necessario che questa, come qualunque altro giudice, verifichi preliminarmente la regolare instaurazione del potere giurisdizionale o il corretto svolgimento dell'attività nel caso concreto: solo in seguito potranno emergere le preclusioni tipiche del grado.

mentario del nuovo codice di procedura penale, cit., 205.

¹⁵ Sul tema v. BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di Cassazione*, Padova, 2004; GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, Torino, 1998, I, 15; VALENTINI, *Ricorso per cassazione (pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., VI, 2011, 526.

¹⁶ Tra tante v. Cass., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro, in *Mass. Uff.*, n. 220292.

Nella stessa direzione si iscrive, d'altronde, l'attribuzione di poteri istruttori nei procedimenti incidentali sulla ricusazione dei giudici della Suprema Corte (art. 40, co. 2, c.p.p.), rimessione del processo (art. 45 c.p.p.), restituzione nel termine per ricorrere (art. 175 c.p.p.), correzione dell'errore materiale e di fatto delle decisioni di ultima istanza (art. 625-*bis* c.p.p.) ed estradizione passiva (art. 706 c.p.p.), oltre ai conflitti di competenza e di giurisdizione¹⁷.

Con riguardo alle ipotesi più significative, quando la dichiarazione di ricusazione è diretta al giudicante di legittimità, infatti, la Sezione investita dell'accertamento sull'esistenza di una causa di incompatibilità è legittimata a svolgere gli approfondimenti necessari e ad acquisire le informazioni utili alla verifica dell'imparzialità del magistrato ricusato, per cui non vengono in gioco, fisiologicamente, gli ostacoli alla cognizione in fatto, trattandosi di fatto processuale¹⁸.

In caso di istanza di rimessione del processo, similmente, la Corte regolatrice deve verificare se vi sono situazioni patologiche esterne al processo, che ne hanno condizionato lo svolgimento e che non possono essere efficacemente neutralizzate con strumenti diversi dallo spostamento della sua sede di celebrazione, con deroga – secondo la dottrina maggioritaria – al principio della precostituzione legale del giudice. In tale ambito, la decisione viene assunta col rito camerale dell'art. 127 c.p.p. ma «*dopo aver assunto, se necessario, le opportune informazioni*» (art. 48, co. 1, c.p.p.), dunque ricoprendo, secondo la posizione dominante, la veste di giudice del fatto: interviene, cioè, una fase

¹⁷ Non può dirsi altrettanto per la fase di legittimità della procedura passiva del mandato d'arresto europeo. L'affermazione tradizionale, per cui anche in questo caso la Cassazione svolge un controllo di merito, dev'essere rimeditata alla luce del d. lgs. 2 febbraio 2021, n. 10 (*Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri, in attuazione delle deleghe di cui all'articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117*) che ha modificato, tra l'altro, l'art. 22, co. 1, l. 22 aprile 2005, n. 69 prevedendo che il ricorso per cassazione può essere proposto "solo per i motivi" di cui alle lettere *a)*, *b)* e *c)* dell'art. 606, co. 1, c.p.p. e non più "anche per il merito", come nel testo precedente.

¹⁸ Sul tema CIACCIA, *Ricusazione e giudizio di legittimità: la Cassazione esclude la possibilità di un'altra pronuncia additiva*, in questa *Rivista*, 2021, 2; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 292; GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti - Fiorio, Padova, 2004, 105; ID., *Udienza pomeridiana e contumacia pregressa come fatti preclusivi della ricusazione: un approccio incostituzionale*, in *Giur. it.*, 1997, 409. Con riferimento, in generale, alla procedura di accertamento dell'incompatibilità su ricusazione, è stato condivisibilmente affermato che, a ben guardare, non si tratta di procedura incidentale autonoma dal momento che la cognizione, in questa ipotesi, riguarda la stessa capacità – o idoneità – del giudice alla celebrazione del processo, quale aspetto principale e pregiudiziale a qualsiasi legittima instaurazione del rapporto processuale con l'imputato. Cfr. GAITO, *Incidenti di esecuzione e procedimenti incidentali*, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, a cura di Carpino, Napoli, 1989, 416.

istruttoria «*a forma eminentemente libera*»¹⁹, nella quale la necessità di approfondire le peculiarità del territorio in cui s’inserisce la vicenda processuale è prevalente rispetto alla logica del controllo di legittimità²⁰.

Nell’ambito dei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere, l’impugnazione di ultima istanza sulla procedura di estradizione passiva rivela la stessa natura. Infatti, il controllo sulla sentenza della Corte d’appello favorevole allo Stato estero che ha proposto la domanda estradizionale può riguardare, per espressa disposizione, anche il merito (art. 706, co. 1, c.p.p.) e, in virtù del rinvio all’art. 704 c.p.p., per decidere sull’esistenza delle condizioni per l’accoglimento della domanda di estradizione la Corte di legittimità può disporre gli accertamenti che ritenga necessari e assumere le informazioni opportune²¹.

Con questa premessa si comprende che, nella fase di soluzione del conflitto, la Cassazione interviene sul più importante dei presupposti di esercizio della giurisdizione penale, pronunciandosi su quale sia l’ufficio competente rispetto alle imputazioni e verifica la regolare applicazione dei presupposti di individuazione del giudicante.

Seguendo la logica della cognizione dell’errore di procedura, dunque, vale lo stesso ragionamento di non ingerenza delle limitazioni derivanti dalla funzione nomofilattica sull’accertamento delle condizioni di legalità del procedere: si tratta, anche in questo caso, di accertare quale giudice possieda la condizione minima, assieme alla giurisdizione, per instaurare il rapporto processuale con l’accusato, questione da ritenersi rientrante tra quelle sul fatto processuale che legittimano, quindi, l’attivazione di speciali poteri istruttori.

¹⁹ DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerati*, Milano, 1994, 430.

²⁰ In argomento si vedano CONSO, *Un istituto in crisi: la rimessione per ordine pubblico o per legittimo sospetto*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 100; CHINNICI, *L’imparzialità dell’organo giurisdizionale e le relative procedure di controllo*, in *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, coordinato da Montagna, cit., 353 e ss.

GALANTINI, *La rimessione del processo nel nuovo rito penale*, in *Cass. pen.*, 1990, 1405; TRANCHINA, *Rimessione del procedimento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 1; TRANCHINA-CHINNICI, *Rimessione del processo*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XVII, Roma, 2009, 1.

²¹ Per i principali profili problematici della disciplina dell’extradizione v. CHELO, *Principio di specialità, estradizione suppletiva e garanzie per il ricercato*, in questa *Rivista*, 2014, 2; GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, Padova, 1985, 3 e ss.; ID., *I vizi della volontà dell’estradata a proposito della rinuncia al principio di specialità*, in *Giur. merito*, 2004, 3, 562; ID., *Il principio di specialità come limite ai poteri giurisdizionali nell’extradizione attiva*, in *Giur. it.*, 1985, 2, 276; KALB, *Un rapporto «funzionale» da recuperare: il ricorso all’extradizione «dall’estero» per la certezza della esecuzione della pena*, in questa *Rivista*, 2017, 3, 737; PADELLETTI, *Estradizione e convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 656; PIERINI, *Principio di specialità nella Convenzione europea di estradizione ed improcedibilità dell’azione penale*, in *Cass. pen.*, 2002, 153; RANALDI, *Estradizione (diritto processuale penale)*, in *Dig. disc. pen.*, 2005, Agg., I, 2005, 470 e ss.; ID., *Il procedimento di estradizione passiva*, Torino, 2012.

È questa la giustificazione teorica che sta alla base della previsione di cui all'art. 32 c.p.p., per cui la Corte, nel decidere i conflitti, «*assume le informazioni e acquisisce gli atti e i documenti che ritiene necessari*», assicura, cioè, che la cognizione verticistica dei presupposti processuali sia piena e coinvolga ogni aspetto necessario²².

4. *I vincoli sul giudice idoneo che provengono dal piano sovranazionale.* In assenza di una disposizione *ad hoc*, occorre prospettare una soluzione applicando i principi generali. L'alternativa sembra essere tra il riconoscere la possibilità di investire direttamente un terzo giudicante, in applicazione dei criteri di determinazione della competenza, oppure ritenere non sussistente un potere di conferimento di questo tipo²³, dovendo la fase incidentale concludersi con la restituzione degli atti al pubblico ministero presso il decisore competente nel senso indicato dalla decisione di legittimità²⁴.

Per individuare la soluzione conforme ai principi superiori occorre partire dalla portata del principio di legalità nell'individuazione del giudice naturale, anche tenendo in conto i più recenti contenuti sovranazionali sulla non negoziabilità del giudice idoneo.

Diversamente dal codice, che predispone sanzioni dalla differente intensità a seconda della gravità del vizio d'incompetenza, sul fronte europeo, invece, l'investitura del giudicante secondo una rigorosa applicazione dei criteri pre-determinati rappresenta una condizione irrinunciabile del sistema "equo pro-

²² In questo senso BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, cit. 497 e ss.; BONETTO, *Sub art. 32 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, I, 1989, 176; CORDERO, *Procedura penale*, cit., 172. In giurisprudenza v. Cass., Sez. I, 29 aprile 1999, Greci, in *Mass. Uff.*, n. 213285, per cui la Corte non incontra in questo ambito «*il limite istituzionale del divieto di valutazione del merito, ma ha anzi il potere-dovere di esaminare anche sotto tale profilo le risultanze processuali*» e Id., Sez. I, 17 febbraio 1994, *ivi*, n. 197364. Quanto invece ai rischi che porta con sé, in questa tipologia di procedimenti incidentali, l'elasticità delle forme ordinarie si vedano le considerazioni di GAITO - FIORIO, *Lo standard minimo del giusto processo nei procedimenti speciali*, in *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, coordinato da Ciro Santoriello, II, cit., 753 e ss.

²³ Anche considerando che, specie nel conflitto positivo, per una parte della dottrina è essenziale che vi sia la pendenza di due o più procedimenti, rispetto ai quali l'intervento della Corte regolatrice ha la funzione di prevenire l'applicazione dell'art. 649 c.p.p.; per cui l'assenza di un procedimento pendente davanti al giudice diverso dai confliggenti potrebbe rappresentare un ostacolo alla sua investitura quale giudicante competente. Cfr. DALIA - DELLA MONICA, *Conflitti di Competenza, II) Diritto processuale penale*, cit., 4.

²⁴ In questo senso si pronunciò la Consulta rispetto al giudice che riconosca la propria incompetenza, affermando che deve emettere sentenza con cui dispone la trasmissione degli atti al p.m. presso il giudice ritenuto competente (cfr. Corte cost., sent. n. 76 del 1993 rispetto all'ipotesi della trasmissione dovuta alla scelta effettuata dal Giudice delle leggi decidendo una questione di legittimità costituzionale e Id., sent. n. 214 del 1993 in relazione al giudizio d'appello).

cesso”, cioè un suo connotato strutturale non suscettibile di bilanciamento. Può essere utile evidenziare, sul punto, che per giurisprudenza consolidata della Corte europea i diritti soggettivi di cui all’art. 6 C.E.D.U., da alcuni decenni a questa parte, non sono in grado, se violati, di rappresentare una condizione necessaria e sufficiente per la condanna dello Stato convenuto. Con sempre maggiore frequenza, infatti, si afferma che l’infrazione della norma convenzionale rappresenta solo il punto di partenza di un più ampio accertamento in cui il Collegio verifica, una volta riconosciuta la violazione, se il sistema processuale interno, nel suo sviluppo complessivo, abbia offerto fattori di contro-bilanciamento, cioè delle sufficienti contromisure in favore dell’accusato per ristabilire l’equilibrio spezzato²⁵. Da questo punto di vista, l’equità diventa un valore del processo nel suo complesso, un risultato di tutela da raggiungere informando l’accertamento alle regole di condotta previste dalla Convenzione: in caso di scostamento da quel modello processuale, tuttavia, è necessario riscontrare l’assenza di misure di reazione apposite per l’accoglimento del ricorso²⁶. Vi sono, però, aree tematiche della Convenzione in cui la giurisprudenza esclude con fermezza ogni ipotesi di bilanciamento e controverifica sul mantenimento dell’equità complessiva. Quando si discorre di diritti processuali quali l’accesso alla tutela giurisdizio-

²⁵ L’argomento è ben approfondito in Corte E.D.U., 10 novembre 2020, Dan. c. Moldavia (n. 2), in questa *Rivista*, 2020, 3, con contributi di LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*; GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest... oltre il giudizio d’appello*; GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. “Dan c. Moldavia 2” impone rinnovazioni effettive*; MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*.

²⁶ Si tratta di una prospettiva forse difficile da comprendere adottando l’ottica tipica dei sistemi a legalità formale e con una marcata tradizione positiva, eppure conforme alla prospettiva sostanziale che è propria della Corti sovranazionali, preoccupate di individuare uno “scopo” di tutela più che definire puntualmente il contenuto delle singole previsioni.

Non è un caso, da questo punto di vista, che tra i criteri di interpretazione della legge la giurisprudenza di entrambe le Corti d’Europa includa quello dell’esegesi “di scopo”, per cui tra i vari significati possibili occorre scegliere non quello più aderente al senso letterale delle parole ma quello meglio in grado di realizzare l’obiettivo (previamente individuato) a cui punta l’ordinamento.

La giustificazione teorica di questa tecnica operativa di protezione dei diritti consente, quindi, di non ritenere che il formante sovranazionale abbia attenuato la soglia di protezione delle situazioni soggettive fondamentali, poiché in ottica sostanziale ciò che conta è l’adeguamento del trattamento processuale e delle regole di giudizio alle violazioni che si sono verificate, al fine di conseguire, prima del sopravvento dell’irrevocabilità, la compensazione necessaria sul piano dell’equità (cfr. sul punto Corte E.D.U., 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, nn. 26766/05 e a., § 147). Ciò anche considerando che, segnatamente, nel procedimento a Strasburgo l’estensione del controllo è cresciuta e ha raggiunto settori che prima la giurisprudenza convenzionale escludeva ripetutamente dal proprio raggio di azione, nel rispetto di un principio di *self-restraint*, come la cognizione del fatto e la valutazione delle prove raccolte.

nale, l'individuazione di un tribunale indipendente e imparziale²⁷, la presunzione di innocenza, l'effettività del controllo e, al di fuori dell'art. 6, gli aspetti procedurali del diritto alla vita, del divieto di tortura (artt. 2 e 3, parte procedurale) e delle garanzie per la privazione cautelare della libertà (art. 5), la tecnica interpretativa cambia e il diritto vivente a Strasburgo esclude che l'infrazione, in questi settori, rappresenti solo il punto di partenza di un'indagine più ampia per poter condannare lo Stato convenuto²⁸.

Qui le garanzie coinvolte attengono ad un nucleo duro che non può essere compromesso e rispetto al quale la verifica sull'equità globale non ha ragion d'essere: si tratta di precondizioni di sistema per ogni ipotesi di amministrazione della giustizia, anche nei procedimenti diversi da quello ordinario nel quale le garanzie dell'art. 6 trovano piena applicazione²⁹, il cui venir meno è condizione necessaria e sufficiente per imporre la rimozione dell'errore.

La crescita del numero e dell'importanza dei beni giuridici protetti dalla Convenzione – dovuta all'opera ermeneutica della Corte – ne ha imposto, in altri termini, una seriazione anche differenziando le tecniche di tutela applicabili.

Dalla graduazione di valori brevemente descritta, emerge che il rispetto della predeterminazione legale della competenza rientra tra i tratti indefettibili della giurisdizione, dal momento che non può esistere giusto processo se, al principio, non venga individuato un giudice idoneo, da intendersi non solo come privo di interessi particolari nella definizione della controversia ma anche quale unico soggetto che possa essere investito per quel fatto di reato secondo i criteri di legge.

Nell'ambito del diritto a un "tribunale costituito per legge" di cui all'art. 6, § 1, C.E.D.U., infatti, è acquisito che l'espressione riguarda non solo l'esistenza di una base legale minima per individuare il giudice competente, ma anche tutta la filiera di norme particolari che disciplinano la sua composizione e il suo funzionamento³⁰: ciò comporta che il raggio d'azione della garanzia con-

²⁷ V. da ultimo la corposa e articolata decisione Corte E.D.U., Gr. Cam., 1 dicembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, §§ 211 e ss., in questa *Rivista*.

²⁸ Corte E.D.U., 24 gennaio 2019, *Knox c. Italia*, *ivi*.

²⁹ Infatti la giurisprudenza europea afferma, in seno all'art. 5 C.E.D.U., che la Parte contraente non è tenuta a riconoscere lo stesso *standard* di trattamento al di fuori del giudizio di accertamento della fondatezza dell'accusa, purché rispetti le condizioni minime già indicate: ciò nonostante, quando la legislazione interna abbia esteso a quei segmenti incidentali lo statuto di garanzie che riserva al rito ordinario, si auto-vincola a riconoscere quel tipo di tutela anche in quei settori e non può arbitrariamente modulare al ribasso le garanzie già riconosciute. Cfr. in tema di doppio grado di giurisdizione di cui all'art. 5, § 4 Corte E.D.U., 14 gennaio 2021, *Kargakis c. Grecia*, n. 27025/13.

³⁰ Tra le più estese sul punto segnaliamo Corte E.D.U., 7 settembre 2017, *Ezgeta c. Croazia*, n. 40562/12, § 38; Id., 25 ottobre 2011, *Richert c. Polonia*, n. 54809/07, § 43; Id., 20 luglio 2006, *Sokourenko e Strygoun c. Ucraina*, nn. 29458/04 e 29465/04, § 24.

venzionale non è limitato ai casi in cui l'organo giudiziario non abbia la competenza rispetto al diritto interno per l'esercizio della funzione, ma coinvolge pure la violazione delle disposizioni interne all'ufficio che ne disciplinano la costituzione³¹.

L'alto valore che la Convenzione europea conferisce alla "legalità" del collegio individuato per la trattazione dell'affare rispecchia il principio di preminenza del diritto, che consente di preservare l'indipendenza del giudice da qualsiasi influenza esterna e, allo stesso tempo, mantenere intatta la sua imparzialità agli occhi della collettività³². È per questo che la giurisprudenza include anche le disposizioni che assicurano l'indipendenza dei componenti di un collegio tra le norme che contribuiscono ad individuare il tribunale costituito per legge, la cui violazione renderebbe irregolare la partecipazione di uno o più giudicanti al processo³³.

Non diversamente, il diritto dell'Unione adotta una concezione forte della legalità quando occorre selezionare l'autorità giurisdizionale.

Nel rispetto del principio di attribuzione la Corte di Giustizia ha escluso la possibilità di derogare ai criteri attributivi della competenza e, segnatamente, ha affermato che gli atti posti in essere da un giudice non competente nella vicenda di specie non possono produrre effetti stabili e duraturi.

L'assunto di partenza è che la legalità e lo Stato di diritto sono i valori-cardine su cui si fonda l'azione dell'Unione secondo l'art. 2 T.U.E., che non possono essere ritenuti cedevoli a fronte dell'esigenza di realizzare gli obiettivi dei Trattati.

È stato perciò affermato, in particolare, che è legittima l'esclusione di intercettazioni telefoniche la cui captazione sia stata autorizzata da un giudice non competente, anche quando esse rappresentano l'unico elemento di prova in grado di dimostrare la fondatezza dell'imputazione relativa a frodi di rilevanza comunitaria, che abbiano privato l'Unione delle risorse finanziarie di sua spettanza³⁴.

³¹ Così espressamente Corte E.D.U., Gr. Cam., 1 dicembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda, cit., §223.

³² Con riferimento al legame tra le disposizioni che prevedono l'indipendenza dei membri del tribunale, la durata del mandato e l'imparzialità v. Corte E.D.U., 12 gennaio 2016, *Miracle Europe Kft c. Ungheria*, n. 57774/13, § 48; Id., 5 ottobre 2010, *DMD GROUP a.s. c. Slovacchia*, n. 19334/03, § 59 e Id., 11 luglio 2006, *Gurov c. Moldavia*, n. 36455/02, § 36.

³³ Una prospettiva, questa, di particolare rigore e che corrisponde ad una consolidata tecnica interpretativa della Corte europea, per cui occorre interpretare la Convenzione tenendo conto che il suo scopo «*consiste nel proteggere diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi*» (Corte E.D.U., 22 giugno 2000, *Coëme e a. c. Belgio*, nn. 32492/96 e a., § 98).

³⁴ Ciò perché l'obbligo di assicurare un'efficace riscossione dei tributi destinati al bilancio comunitario non può esonerare il giudice dal rispetto dei diritti soggettivi e del principio di legalità: ne consegue che

Similmente, sempre in materia di intercettazioni, la Corte non ha ritenuto che l'esigenza di contrasto della criminalità possa consentire al p.m. di disporre l'acquisizione dei tabulati telefonici senza prima aver domandato l'autorizzazione al giudice, sul rilievo che solo un controllore che si trova in posizione di terzietà rispetto all'inquirente è in grado di verificare se sussistono, di volta in volta, i presupposti previsti dalla legge per una legittima intrusione nella sfera di riservatezza del singolo³⁵.

Dal compendio di giurisprudenza delle due Corti sovranazionali possiamo dunque dedurre che la precostituzione per legge del giudice - comprensiva della competenza e, secondo la Convenzione, anche delle norme interne di distribuzione del carico all'interno dell'ufficio - rappresenta un valore primario e non negoziabile, il cui rispetto rappresenta la condizione minima per ipotizzare la celebrazione di un processo equo e che, quindi, non può essere posto in bilanciamento con altre esigenze presenti nell'ordinamento³⁶.

5. *Conclusioni.* L'applicazione dei principi superiori al caso di specie suggerisce, dunque, che nessuna preclusione esiste in capo alla Corte regolatrice nell'individuare un giudice diverso dai confliggenti in applicazione dei criteri di legge e, ancora, che la diretta investitura all'esito del regolamento di competenza rappresenta una soluzione equilibrata e rispettosa del predominio del principio di legalità, anche in considerazione della posizione netta delle Corti europee sul punto.

Sembra un fuor d'opera, allora, ipotizzare una pronuncia in rito o di rigetto del conflitto che suggerisca ai rimettenti di rivalutare la questione rispetto ai criteri forniti dalla Cassazione, la quale invece ha il potere di accertare il fatto processuale e di investire direttamente il diverso ufficio che riterrà competente³⁷.

gli atti illegittimi devono essere espulsi dal procedimento per il solo fatto che sono stati autorizzati da un giudice individuato in violazione dei criteri di legge, considerato il predominio della legalità nello Stato di diritto quale valore fondativo anche dell'ordinamento UE. V. Corte Giust. UE, 17 gennaio 2019, C-310/16, in questa *Rivista*.

³⁵ Corte Giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, C-746/18, *ivi*.

³⁶ In questa direzione v. DEAN, *I principi costituzionali di terzietà e imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerqueti, Fiorio, Padova, 2002, 3; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003; GAITO, ASTARITA, *Competenza e incompetenza*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, III, 2005, 176; GAITO - GIUNCHEDI, *La decadenza per via giurisprudenziale del diritto costituzionale al giudice naturale*, in *Giur. cost.*, 2002, V, 3373.

³⁷ Giunge alla stessa conclusione la dottrina, per cui «Ritenere che la risoluzione del conflitto debba essere vincolata dalle prospettazioni dei soggetti interessati, secondo lo schema del ricorso per cassazione significherebbe snaturare la funzione dell'organo di legittimità, chiamato in causa non per avallare le ragioni dell'uno o dell'altro giudice di merito bensì per risolvere correttamente la questione di compe-

Questo, a sua volta, resta escluso dalla regola per cui ogni giudice può sindacare la propria competenza all'atto dell'investitura, e sarà tenuto alla celebrazione del giudizio pur non essendo uno dei giudicanti che ha sollevato il conflitto.

Pare essere questa l'interpretazione del combinato di cui agli artt. 32, co. 3, e 25 c.p.p. conforme ai principi indicati, nel rispetto dei quali la vincolatività della decisione sulla competenza «*nel corso del processo*» va intesa come comprensiva anche di quello instaurando dinanzi al giudice terzo rispetto ai confliggenti³⁸, in deroga al principio dell'autocontrollo ma similmente a quanto accade, *mutatis mutandis*, nella rimessione o nel giudizio di rinvio, dove è preclusa la contestazione del mandato ricevuto³⁹.

tenza sottoposta al suo esame» (DALIA - DELLA MONICA, *Conflitti di competenza*, cit., 19). A conforto le Sezioni unite, con riferimento al conflitto di giurisdizione, hanno evidenziato che quando l'accertamento conduce a una ricostruzione più ampia del fatto grazie all'esercizio dei poteri istruttori, la Corte di cassazione può dare ad esso una qualificazione giuridica diversa da quella prospettata nel caso concreto, al fine di risolvere correttamente il dubbio di giurisdizione (Cass., Sez. un., 23 giugno 2016, Zimarmani, in *Mass. Uff.*, n. 269585).

³⁸ Con riferimento al conflitto positivo di competenza, di recente la giurisprudenza ha ammesso la possibilità di risolvere il conflitto in favore di un giudice terzo, diverso da quelli che hanno promosso il regolamento e ciò, si sostiene, quale conseguenza degli ampi poteri di cognizione tipici del procedimento incidentale in questione. Cfr. Cass., Sez. I, 23 giugno 2015, Marketing, in *Mass. Uff.*, n. 264619.

³⁹ Pare utile ricordare che si verificò, sotto la vigenza del codice precedente, un caso in cui la Corte regolatrice aveva investito un giudice in violazione dei criteri di legge, sollevando un interrogativo sulla possibilità per il giudicante destinatario dell'investitura di legittimità di mettere in discussione il mandato ricevuto. Sollevato il conflitto, la Cassazione ha tuttavia escluso qualunque ipotesi di sindacato da parte del destinatario della decisione vincolante, dal momento che sulle sue sentenze che regolano la competenza si forma in ogni caso il giudicato, perfino in caso di errore. Per la critica della dottrina maggioritaria v. CERESA GASTALDO, *Davvero irreparabile l'errore della corte di Cassazione nella designazione del giudice competente per rimessione?*, in *Cass. pen.*, 1989, 102; GREVI, *Errore della suprema Corte nell'attribuzione della competenza ex art. 58 comma 3 c.p.p., e garanzia del giudice precostituito per legge (art. 25, 1o comma)*, in *Cass. pen.*, 1989, 100 ss.