

La preclusione prevista dall'art. 666, co. II, c.p.p. non opera qualora vengano dedotte nuove circostanze di fatto ovvero nuove questioni di diritto che non hanno formato oggetto della precedente decisione.

Autore: Di Tullio D'Elisiis Antonio

In: Giurisprudenza commentata

Nota a Cass. pen., sez. I, sentenza ud. 8 gennaio 2015 (dep. 25 febbraio 2015), n. 8518, Pres. M. C. Siotto, Giud. estens. A. Centonze.

Nella sentenza n. 8518 emessa dalla prima sezione penale della Suprema Corte di Cassazione in data 8 gennaio 2015, è stato affrontato il tema inerente quando e come, la preclusione prevista dall'art. 666, co. II, c.p.p., può venir meno[1].

Come è noto, infatti, siffatta disposizione procedurale dispone che, in materia di esecuzione penale, se la richiesta «costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi, il giudice o il presidente del collegio, sentito il pubblico ministero, la dichiara inammissibile con decreto motivato (...)».

Nel caso di specie, la difesa, con una prima istanza, prospettava la nullità della notifica dell'estratto contumaciale effettuato ai sensi dell'art. 161 c.p.p., mentre nella seconda, invece, assumeva che l'estratto contumaciale non era mai stato notificato all'imputato contumace, nè ai sensi dell'art. 161 c.p.p., presso il domicilio originariamente eletto, nè ai sensi dell'art. 157 c.p.p., presso la sua residenza anagrafica.

Nonostante ciò, il giudice di merito dichiarava inammissibile questa seconda istanza ravvisando una

ipotesi di ne bis in idem.

Avverso il suddetto provvedimento, proponeva ricorso per Cassazione la difesa dolendosi, «in particolare, che, nell'ordinanza impugnata davanti a questa Corte, si riteneva erroneamente che le questioni sottoposte al giudice dell'esecuzione nei due procedimenti fossero identiche».

La Corte di Cassazione, dal canto suo, ha accolto il suddetto ricorso annullando con rinvio l'ordinanza impugnata per le seguenti ragioni.

Il Supremo Consesso, una volta rilevato che «l'art. 666 c.p.p., comma 2, nella parte in cui consente al giudice la pronuncia di inammissibilità qualora l'istanza costituisca una mera riproposizione di una richiesta già rigettata, configura una preclusione allo stato degli atti che, come tale, non opera quando vengano dedotti fatti o questioni che non hanno formato oggetto della precedente decisione (cfr. Sez. 3, n. 5195 del 05/12/2003, dep. 10/02/2004, omissis, Rv. 227329)», ha precisato altresì che «l'elemento di novità eventualmente valutabile dal giudice dell'esecuzione, ai sensi ai sensi dell'art. 666 c.p.p., rilevante tanto sotto il profilo del petitum quanto sotto il profilo della causa petendi, non deve essere circoscritto alle sole questioni applicative prospettate dalle parti processuali, ma anche a quelle rilevabili d'ufficio (cfr. Sez. 3, n. 44415 del 30/09/2004, dep. 16/11/2004, omissis, Rv. 239943)».

Posto ciò, vagliando il caso sottoposto al suo scrutinio giurisdizionale, gli ermellini hanno ritenuto che le questioni giuridiche prospettate al giudice dell'esecuzione in prima e in seconda istanza fossero differenti «atteso che nel primo procedimento si censurava la ritualità del procedimento di notifica dell'estratto contumaciale, per invalidità dell'elezione di domicilio conseguente alla mancata sottoscrizione del relativo verbale da parte dell'indagato, che è questione oggettivamente diversa da quella sollevata nell'attuale procedimento, con la quale si contestava l'inesistenza - e non già l'irritualità - del procedimento comunicativo, che dava origine a una nullità assoluta e insanabile».

Tal che la Corte ne faceva discendere la considerazione secondo la quale, «se è vero che nei due procedimenti la finalità perseguita è lo stessa, riguardando una patologia processuale che colpirebbe la notifica dell'estratto contumaciale, è parimenti vero che, nelle due ipotesi, radicalmente diversa è la censura che si rivolge a tale procedimento comunicativo».

Nello specifico, trattando il tema afferente il giudicato c.d. esecutivo, la Cassazione, una volta constatato che «il presente incidente di esecuzione pone la questione dell'inesistenza del procedimento di notifica dell'estratto contumaciale, la cognizione decisoria del giudice dell'esecuzione penale - rilevante, in questo caso, ai soli fini della causa petendi - non investe tutti i profili del provvedimento processuale censurato, concretamente dedotti e astrattamente deducibili con riferimento al momento della proposizione dell'originario incidente di esecuzione, ma esclusivamente quelli concretamente dedotti nel procedimento esecutivo nel quale si è formato il giudicato», ha rilevato altresì come tali conclusioni non fossero contrastanti «con la giurisprudenza di questa Corte, che si è occupata dell'operatività del principio di preclusione processuale nella materia esecutiva, fondato sulla regola del ne bis in idem, affermando: "La regola del ne bis in idem presenta carattere generale essendo connaturata alla stessa ratio dell'ordinamento processuale e, pertanto, con i dovuti adattamenti, è applicabile alle procedure di cognizione e di esecuzione, al processum libertatis e ad ogni forma di impugnativa, di riesame e di revoca di provvedimenti giudiziali, in ordine alle quali assume anche la funzione di garanzia dell'osservanza della tassatività delle ipotesi e dei relativi termini assoluti di decadenza" (cfr. Sez. 6, n. 3586 del 26/11/1993, dep. 07/02/1994, omissis, Rv. 196628)».

La Corte ha chiarito tuttavia la natura preclusiva da attribuirsi al giudicato esecutivo osservando in particolar modo che, in questi procedimenti, «una tale preclusione non opera in senso assoluto e inderogabile - coprendo ogni questione processuale dedotta e astrattamente deducibile, al contrario di quanto riscontrabile per il processo di cognizione con il quale non può stabilirsi un'assimilazione sistematica sul punto - ma comporta una valutazione allo stato degli atti, tenendo conto della prospettazione difensiva».

Da ciò la Cassazione è giunta alla conclusione alla stregua della quale «l'effetto preclusivo richiamato non può ritenersi operante laddove, con un'istanza successiva, vengano prospettate nuove circostanze di fatto

ovvero nuove questioni di diritto, come nel caso di specie, che impongono di ritenere insussistente una preclusione processuale, atteso che l'incidente di esecuzione non si fonda sui medesimi presupposti posti a fondamento di quello su cui si era formato il giudicato».

Ciò posto, il provvedimento in esame, oltre a presentare notevoli considerazioni di ordine giuridico in tema di ne bis in idem in materia di esecuzione penale, si palesa assolutamente condivisibile sotto il profilo argomentativo.

Nello specifico, occorre innanzitutto osservare che già le Sezioni Unite, nel 2010, hanno avuto modo di osservare che la «verifica del "repetita in idem" non può prescindere da una comparazione tra le due richieste, per stabilire se la seconda, pur avendo ad oggetto lo stesso "petitum", faccia leva su presupposti di fatto e/o su motivi di diritto diversi da quelli in precedenza apprezzati e, nell'affermativa, ritenerla conseguentemente ammissibile e non paralizzata dall'operatività della preclusione»[2].

Ebbene, è evidente come il decisum in commento abbia fedelmente osservato tale arresto giurisprudenziale in quanto è stata esclusa l'inammissibilità della seconda istanza proposta dal ricorrente in executis proprio perché fondata sulla base di argomentazioni diverse da quelle addotte nella prima.

Posto ciò, è del pari evidente come nel provvedimento in esame venga altresì chiarito come ed in che termini un elemento sia da ritenersi valutabile a norma dell'art. 666 c.p.p..

Al riguardo, la Cassazione ha enunciato, come evidenziato in precedenza, un suo precedente, e segnatamente la sentenza n. 44415 del 2004.

In quell'occasione, difatti, venne rilevato che, per poter ritenere una istanza ammissibile a norma dell'art. 666, co. II, c.p.p., è necessario che l'istanza sia non solo diversa ma anche nuova.

In particolar modo, venne osservato che, se «si prescindesse dal carattere della novità, invero, sarebbe possibile parcellizzare gli incidenti di esecuzione, innestando per ogni motivo uno specifico incidente e ciò si porrebbe in dissonanza con il principio costituzionale di efficienza e ragionevole durata del processo e genererebbe una irrazionale sperequazione con il processo di cognizione, dove ad ogni fatto corrisponde un unico processo ed il giudicato sul fatto copre il dedotto e il deducibile»[3].

Tra questi elementi di novità, come evidenziato nell'altra pronuncia citata dalla Corte (vale a dire la n. 5195 del 2003), possono annoverarsi quelli «sopravvenuti o anche preesistenti»[4] purchè essi siano «diversi da quelli già considerati e valutati»[5].

Va da sé che, seguendo tale ragionamento giuridico, la diversità e la novità rappresentano due fattori, seppur distinti, comunque inscindibilmente collegati l'uno dall'altro.

Infatti, un elemento potrà rilevare in casi di questo tipo solo se differente da quello diversamente prospettato ma un fatto, per stimarsi diverso da quello precedente, è necessario che una richiesta si basi su considerazioni giuridiche nuove rispetto a quelle precedentemente presentate dato che la «preclusione del (...) giudicato esecutivo non si estende a tutte le questioni deducibili ma esclusivamente a quelle che sono state dedotte ed effettivamente decise»[6].

Nella fattispecie in esame, è evidente la coesistenza di ambedue questi elementi giacchè se il problema giuridico riguarda sempre lo stesso istituto (la notifica dell'estratto contumaciale), la doglianza proposta nella seconda istanza era differente e nuova rispetto a quella proposta nella prima.

In effetti, come già evidenziato in precedenza, nella prima, la difesa sosteneva la nullità della notifica dell'estratto contumaciale effettuato ai sensi dell'art. 161 c.p.p., nella seconda, viceversa, si affermava la mancata notifica di questo estratto nè ai sensi dell'art. 161 c.p.p., presso il domicilio originariamente eletto, nè ai sensi dell'art. 157 c.p.p., presso la sua residenza anagrafica.

Anche le ragioni, che hanno indotto la Corte ad evidenziare la peculiarità dei limiti che connotano questo regime preclusivo rispetto a quello che caratterizza il processo penale di cognizione, si rilevano perfettamente condivisibili.

Difatti, come emerge dall'arresto giurisprudenziale succitato, pur rilevandosi che, pure «nel procedimento di esecuzione (...), opera il principio della preclusione processuale derivante dal divieto del bis in idem»[7], venne tuttavia evidenziato come non potesse ignorarsi «il divario strutturale tra giudizio di cognizione e giudizio di esecuzione, tenuto conto delle peculiarità "di accertamento giudiziale a contenuto limitato" di quest'ultimo, le quali ostano ad una trasposizione tout court di concetti e istituti propri del processo penale di cognizione, contraddistinto dall'accertamento del fatto oggettivo e della sua riferibilità all'imputato»[8] stante il fatto che «nel procedimento di esecuzione non si ha mai un giudizio di merito sul fatto comporta necessariamente una diversa regolamentazione dell'efficacia preclusiva della decisione, nel senso che le richieste del soggetto interessato sono - di norma - suscettibili di essere riproposte in qualsiasi momento, con il solo limite, previsto dall'art. 666 c.p.p., comma 2, che la nuova istanza non costituisca mera riproposizione di altra già rigettata, basata sui "medesimi elementi"»[9].

Pertanto, sempre secondo quanto dedotto dalle Sezioni Unite in tale pronuncia, collocandosi «così in questa prospettiva la nozione di "giudicato esecutivo", impiegata non in senso tecnico ma in senso convenzionale, per certificare il limitato effetto "autoconservativo" di un accertamento rebus sic stantibus»[10], se ne fa da ciò discendere la seguente conclusione: «la stabilizzazione giuridica di siffatto accertamento deve essere designata con il termine "preclusione", proprio al fine di rimarcare le differenze con il concetto tradizionale di giudicato»[11].

Tale costrutto interpretativo, d'altronde, si palesa condivisibile anche da un punto di vista costituzionale essendo stati parimenti rilevato, per l'appunto in sede di giustizia costituzionale, che, nel caso di giudicato esecutivo, ricorrono «semplici preclusioni processuali inerenti a decisioni rese rebus sic stantibus, volte a prevenire la defatigante reiterazione di istanze con il medesimo oggetto al giudice dell'esecuzione (...)»[12].

Orbene, anche nel caso in questione, è evidente come i giudici di legittimità abbiano aderito a siffatto indirizzo avallando infatti una interpretazione elastica del concetto di “giudicato esecutivo” limitandone cioè la sua operatività solo al perdurare di quei fatti, privi del carattere della diversità e della novità, che, in quanto tali, determinano la formazione di una preclusione processuale fino a quando non vengano dedotti elementi attuali e diversi.

Trattasi invero «di un’irrevocabilità non assoluta e definitiva, ma “rebus sic stantibus”, finché non si prospettino nuovi dati di fatto o nuove questioni giuridiche (Cass. pen. sez. I, 14.10.1991, n. 3739)»[13] e dunque, la «disposizione di cui all’art. 666, comma 2, c.p.p. costituisce espressione del principio del “ne bis in idem” e, quindi, più che inquadarsi nella cause di inammissibilità dell’incidente di esecuzione (sebbene così definita testualmente dalla norma) costituisce una sorta di improcedibilità dell’azione esecutiva»[14].

In conclusione, nella sentenza in esame è stata fatta una corretta applicazione dei principi che regolano il giudicato esecutivo, sia per i limiti entro cui detto giudicato può operare, sia in merito a quali fatti possono determinare il suo venir meno, e pertanto non può che ritenersi tale decisione perfettamente condivisibile in punto di diritto.

[1]Sull’argomento, vedasi: A. PORRAS GONZALES, Sulle declaratorie di inammissibilita' nel procedimento di esecuzione (nota a sent. Cass., Sez. I, 7 luglio 1992, omissis), in *Giur. it.*, 1994, pag. 39; F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, Torino, Giappichelli editore, 1992; V. LUCIANO, *Commento all’art. 666 c.p.p.*, Codice di procedura penale commentato, a cura di A. GIARDA- G. SPANGHER, II ed., Milano, Ipsoa, 2001.

[2]Cass. pen., Sez. Un., sentenza ud. 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, in Red. Giuffrè, 2010 con nota di R. RUSSO, Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto, in Cass. pen., fasc.1, 2011, pag. 26.

[3]Cass. pen., sez. III, sentenza ud. 30 settembre 2004 (dep. 16 novembre 2004), n. 44415, in Cass. pen., 2006, 2, 604.

[4]Cass. pen., sez. III, sentenza ud. 5 dicembre 2013 (dep. 10 febbraio 2004), n. 5195, in Cass. pen., 2005, 1, 110 (s.m.)
Riv. pen., 2005, 187.

[5]Ibidem.

[6]Cass. pen., sez. I, sentenza ud. 3 giugno 2010 (dep. 30 luglio 2010), n. 30496, in CED Cass. pen., 2010.

[7]Cass. pen., Sez. Un., sentenza ud. 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, in Red. Giuffrè, 2010 con nota di R. RUSSO, Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto, in Cass. pen., fasc.1, 2011, pag. 26. Sull'argomento, vedasi: L. LUPARIA, La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, I, p. 135 ss; R. ORLANDI, Principio di preclusione e processo penale, in Processo penale e giustizia, 2011, p. 1 ss.

[8]Cass. pen., Sez. Un., sentenza ud. 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, in Red. Giuffrè, 2010 con nota di R. RUSSO, Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto, in Cass. pen., fasc.1, 2011, pag. 26.

[9]Ibidem.

[10]Ibidem.

[11]Ibidem.

[12]Corte cost., sentenza ud. 8 ottobre 2012 (dep. 12 ottobre 2012), n. 230, in www.giurcost.org con note di O. MAZZA, Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido, in *Giur. cost.*, fasc.5, 2012, pag. 3464B; V. MANES, Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge», in *Giur. cost.*, fasc.5, 2012, pag. 3474; A. MARI, Mutamento sopravvenuto di giurisprudenza e giudicato: la Consulta dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p., in *Cass. pen.*, fasc.3, 2013, pag. 945.

[13]Trib. di Lecce, sez. II penale, Giud. Dott. G. Biondi, ord., 2 ottobre 2012, in www.dirittopenalecontemporaneo.it con nota di P. DE MARTINO, Una peculiare applicazione del canone del ne bis in idem nella fase esecutiva, in url: http://www.penalecontemporaneo.it/area/2/-/-/1781-una_peculiare_applicazione_del_canone_del_ne_bis_in_idem_nella_fase_esecutiva/.

[14]Trib. di Lecce, sez. II penale, Giud. Dott. G. Biondi, ord., 2 ottobre 2012, in www.dirittopenalecontemporaneo.it con nota di P. DE MARTINO, Una peculiare applicazione del canone del ne bis in idem nella fase esecutiva, in url: http://www.penalecontemporaneo.it/area/2/-/-/1781-una_peculiare_applicazione_del_canone_del_ne_bis_in_idem_nella_fase_esecutiva/. In dottrina, vedasi: R. Fonti, "L'inammissibilità", in "Trattato di procedura penale" (a cura di Spangher), Vol. I, Tomo II, Utet, Torino, 2008, p. 464.

<https://www.diritto.it/la-preclusione-prevista-dall-art-666-co-ii-c-p-p-non-opera-qualora-vengano-dedotte-nuove-circostanze-di-fatto-ovvero-nuove-questioni-di-diritto-che-non-hanno-formato-oggetto-della-precedente-deci/>