

CONDANNA PER DECRETO ALLA PENA PECUNIARIA SOSTITUTIVA

di Valerio Aiuti

(dottore di ricerca in Procedura Penale)

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I riti speciali e la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato – 2.1. (*segue*) il concetto di «misura della pena» (art. 459 co. 1 Cpp) – 2.2. (*segue*) il concetto di «irrogazione» (art. 459 co. 1-bis Cpp) – 2.3. Il decreto penale di condanna e il principio dispositivo – 3. “Doppio binario” nell’irrogazione della sanzione pecuniaria sostitutiva – 4. Questioni, esaurite, di diritto intertemporale.

1. Introduzione

L’art. 1 comma 53 della l. 3.8.2017 n. 103 ha introdotto nell’art. 459 Cpp un nuovo, non proprio perspicuo, comma 1-bis, ripreso quasi letteralmente dal secondo comma dell’art. 53 l. 24.11.1981 n. 689. Una nuova norma, che riforma i margini edittali della sanzione pecuniaria sostitutiva di una pena detentiva breve, nel caso in cui questa venga irrogata con decreto penale.

Normalmente, quando il p.m. richiede l’emissione di un decreto penale per la condanna ad una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva, ne individua l’ammontare secondo un calcolo particolare: tenendo conto della condizione economica complessiva dell’imputato e del suo nucleo familiare, deve prima individuare una somma, contenuta tra 250 e 2.500 euro (i limiti dell’art. 135 Cp, decuplicati dall’art. 53 comma secondo l. n. 689/1989), che rappresenta il costo del singolo giorno di detenzione; dopodiché, deve moltiplicarla per i giorni di detenzione che ritiene debbano essere applicati nel caso concreto; infine, può chiederne la rateizzazione a norma dell’art. 133-ter Cp. Oggi però – e questa è la novità introdotta dalla legge in commento – la somma giornaliera può spaziare entro una forbice di gran lunga inferiore, dovendo essere contenuta (non più tra 250 e 2.500 euro, ma) tra 75 e 225 euro.

La dottrina che per prima si è interrogata sugli effetti della modifica ha subito evidenziato come la previsione normativa, rendendo più appetibile il tasso di conversione pecuniaria delle pene detentive brevi, sia sostanzialmente volta a disincentivare il ricorso all’opposizione¹. Meno chiara, però, è la dinamica di questo incentivo nel contesto del rito monitorio; ciò che di consueto avviene nella prassi,

¹ G. Spangher, *Procedimento per decreto e criteri di ragguglio per la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa 2017, 207; M. Gialuz, A. Cabiale, J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *DpenCont* 2017 [3], 185; E. Pilla, *I procedimenti speciali*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola, T. Bene, Milano 2017, 183 – 187; A. Marandola, *Modifiche ai riti speciali*, in *DPP* 2017, 1317 – 1318; R. Belfiore, *Gli interventi sull’applicazione della pena su richiesta delle parti e sul procedimento per decreto*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso, Padova 2017, 318 ss.

infatti, curiosamente non corrisponde al disposto delle norme, il cui tenore letterale suggerirebbe una lettura almeno in parte diversa. Vediamo in che senso.

2. I riti speciali e la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La perplessità emerge da una pur rapida lettura della norma nel contesto delle altre disposizioni dedicate al procedimento per decreto.

Il codice Vassalli, innovando radicalmente il monitorio pretorile che il codice Rocco aveva ereditato dal predecessore Finocchiaro-Aprile, ha infatti opportunamente separato il momento della richiesta da quello dell'emissione del provvedimento, seguendo la tradizionale regola *ne procedat iudex ex officio*²: anche visivamente, è chiaro che i primi due commi dell'art. 459 definiscono i presupposti del rito, indicando al pubblico ministero i casi in cui è possibile procedere per decreto (comma 1), e il tipo di beneficio premiale disponibile (comma 2); mentre il terzo comma è dedicato al giudice destinatario della richiesta, di cui sono analiticamente descritti tutti i poteri decisorii (accoglimento, proscioglimento dell'imputato, rigetto).

Il nuovo comma 1-bis altera questa sequenza: «nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva», spetta infatti al «giudice, per determinare l'ammontare della pena pecuniaria», il potere di individuare il valore giornaliero; non al pubblico ministero. Come interpretare questo *lapsus* nell'individuare i soggetti destinatari di poteri tanto contigui quali l'*indicazione* e la *determinazione* della pena³?

² E. Selvaggi, sub art. 459 Cpp, in *Commento Chiavario*, IV, Torino 1990, 863; S. Marotta, *Riti alternativi (procedimento per decreto)*, in *EG*, XXVIII, 1991, 4 - 5; R. Bonsignori, *Il procedimento per decreto*, Padova 2007, 83 - 85.

³ Vale la pena riportare i testi normativi. L'art. 53 secondo comma l. n. 689/1981, ult. periodo, così recita: «Per *determinare* l'ammontare della pena pecuniaria il giudice individua il valore giornaliero al quale puo' essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Nella *determinazione* dell'ammontare di cui al precedente periodo il giudice tiene conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare. Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'articolo 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare. Alla sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria si applica l'articolo 133-ter del codice penale»

L'art. 459 commi 1, 1-bis, 2 e 3, invece, recitano: «1. Nei procedimenti per reati perseguibili di ufficio ed in quelli perseguibili a querela se questa è stata validamente presentata e se il querelante non ha nella stessa dichiarato di opporvisi, il pubblico ministero, quando ritiene che si debba *applicare* soltanto una pena pecuniaria, anche se *inflitta* in sostituzione di una pena detentiva, può presentare al giudice per le indagini preliminari, entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato e previa trasmissione del fascicolo, richiesta motivata di emissione del decreto penale di condanna, *indicando* la misura della pena.

1-bis. Nel caso di *irrogazione* di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva, il giudice, per *determinare* l'ammontare della pena pecuniaria, *individua* il valore giornaliero al quale

Non si tratta di un problema del tutto nuovo: come detto, l'art. 53 secondo comma l. n. 689/1989 – del quale il comma 1-bis dell'art. 459 è in sostanza un calco – era già in vigore nel nostro ordinamento grazie all'art. 4 l. 12.6.2003 n. 134; la legge sul patteggiamento “allargato” aveva infatti introdotto, limitatamente alla determinazione delle sanzioni pecuniarie sostitutive, l'inedito modello dei “tassi giornalieri”⁴.

Il fatto che la novella fosse stata dettata per disciplinare la fase di quantificazione della pena, naturalmente attribuita al «giudice» (artt. 132, 133 Cp), spinse allora gli interpreti ad interrogarsi su un quesito molto simile a quello oggi posto dall'art. 459 co. 1-bis: nel patteggiamento, il giudice potrebbe accogliere la domanda di parte ma, riconsiderate le condizioni economiche dell'imputato e del suo nucleo familiare, individuare una somma giornaliera diversa e modificare la pena in concreto applicata⁵? O meglio, spostando la domanda su un piano di riflessione più “alto”:

può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Nella *determinazione* dell'ammontare di cui al periodo precedente il giudice tiene conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare. Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma di euro 75 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva e non può superare di tre volte tale ammontare. Alla pena pecuniaria *irrogata* in sostituzione della pena detentiva si applica l'articolo 133-ter del codice penale

2. Il pubblico ministero può chiedere l'*applicazione* di una pena diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale.

3. Il giudice, quando non accoglie la richiesta, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, restituisce gli atti al pubblico ministero».

L'art. 460 comma 2, da ultimo, recita: «Con il decreto di condanna il giudice *applica* la pena nella misura richiesta dal pubblico ministero indicando l'entità dell'eventuale diminuzione della pena stessa al di sotto del minimo edittale».

⁴ Il modello dei “tassi giornalieri”, mutuato dal sistema penale scandinavo degli anni '50, è stato oggetto di una fitta speculazione scientifica nel settore penale, poiché ritenuto il migliore a conciliare il carattere affittivo della pena pecuniaria e gli scopi che l'art. 27 Cost. attribuisce in generale alla sanzione penale, v. F. Bricola, *Pena pecuniaria, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova 1964, 213; E. Dolcini, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, in RIDPP 1972, 440 – 441; H.H. Jescheck, *La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale, ed i problemi ad essa connessi*, in IP 1977, 373 – 375; T. Padovani, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano 1981, 152 ss.; A. Pagliaro, *Le sanzioni sostitutive*, in RIDPP 1985, 1031 – 1032; G. Pioletti, *Pena pecuniaria (dir. pen.)*, in NssDI, V, 1986, 802 – 804; L. Goisis, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano 2008, 58 – 61; Ead., *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.11.2012, 17 – 19.

⁵ Nel caso del patteggiamento, la risposta al quesito determina l'oggetto del giudizio di “congruità” (art. 444 co. 2): se le parti possono anticipare il calcolo previsto dall'art. 53 secondo comma l. n. 689/1989, il giudice è solo in grado di valutarne il risultato finale, accogliendo o respingendo *in toto* l'accordo; se invece possono accordarsi solo sulla pena detentiva, contenendola nei limiti della sostituibilità, il giudice può sia valutarne la congruità, sia disporre liberamente la sostituzione, nei limiti indicati dall'art. 53 secondo comma, cfr. A. Di Martino, *sub art. 4 l. 12.6.2003 n. 134*, in LP 2004, 263 – 264; F. Rizzo, *La mutata disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi tra vecchie logiche e nuove prospettive*, in *Patteggiamento allargato e sistema penale*, a

l'aver espressamente attribuito al «giudice» il potere di quantificare il tasso della sanzione pecuniaria sostitutiva, gli permetterebbe di accogliere la domanda pur discostandosi dai *petita*, e violare così la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato?

Esaminando le modifiche introdotte dalla l. n. 134/2003, dottrina e giurisprudenza si dichiararono compatte a favore della soluzione negativa: è «coessenziale agli equilibri del rito»⁶ che il g.i.p. non possa accogliere la domanda di patteggiamento modificandone il contenuto; l'onere di procurarsi gli elementi necessari a dimostrare che la somma giornaliera individuata sia congrua ricade infatti sempre sulle parti (sul p.m., nel caso del decreto)⁷. Solo nel caso della rateizzazione (art. 133-ter Cp) – trattandosi di una mera modalità esecutiva della sanzione – la giurisprudenza ammise che il giudice poteva accogliere la proposta di pena concordata, ma negare il pagamento dilazionato⁸.

In effetti, il complesso meccanismo negoziale alla base del patteggiamento avrebbe poco senso se il giudice potesse accogliere l'accordo e modificarne liberamente il contenuto. Sul tema, anche la Corte costituzionale è stata sempre molto chiara⁹: il giudice deve essere in grado di valutare la congruità della pena, perché gli scollamenti tra gravità del fatto e capacità a delinquere da un lato, e misura della sanzione dall'altro, compromettono l'operatività dell'art 27 co. 3 Cost.; se però non condivide le prospettive delle parti, egli può solo rigettare la domanda.

Da un punto di vista più generale, però, la presa di posizione collettiva in favore della sussistenza di un vincolo tra richiesta del p.m. e decisione del giudice suscita interesse. In effetti, nel rito ordinario la regola è che «sul fatto, l'accusa vincola la sentenza»¹⁰: se il giudice non concorda con la ricostruzione fattuale, può solo restituire gli atti al p.m. (o prosciogliere nel merito). Qualificazione giuridica e pena

cura di A. De Caro, Milano 2004, 203 ss.

⁶ F. Peroni, *Le nuove norme in materia di patteggiamento "allargato" e di sanzioni sostitutive*, in *DPP* 2003, p. 1076. All'opposto, con un argomento pragmatico per niente scontato, gli esponenti dell'avvocatura non avrebbero escluso «un accordo che investa unicamente la conversione (da reclusione o arresto, in multa o ammenda) e lasci poi al giudice la decisione sui parametri quantitativi da applicare e sulla concedibilità o meno, ad esempio, della rateizzazione [...]. Se è il magistrato di sorveglianza (e quindi il giudice terzo) che decide sulle modalità di semidetenzione e libertà controllata, ben potrebbe essere il giudice del patteggiamento a decidere sulla misura in cui la limitazione della libertà va trasformata in danaro contante, quando procuratore della parte privata ed accusa non si accordino» (C. Bovio, *Il punto di vista del difensore*, in *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, a cura di F. Peroni, Torino 2004, 220 – 221).

⁷ A. Barazzetta, *Decide il giudice sul valore dei giorni in carcere*, in *GD* 2003 (25), 30 ss.

⁸ Cass. 27.5.2003 n. 25570 in *D&G* 2003 (26), 31 ss., con nota adesiva di L. Cremonesi, *Patteggiamento e rateizzazione della pena. Una questione che avrà sempre maggiore importanza*.

⁹ Cfr. C. cost., 2.7.1990 n. 313, in *RIDPP* 1990, 1594 ss.

¹⁰ A. Capone, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova 2011, 58 – 59.

funzionano in maniera diversa, senza alcun vincolo: se il giudice non concorda con la definizione giuridica contenuta nel decreto che dispone il giudizio può, dopo aver stimolato il contraddittorio tra le parti, accogliere la domanda del p.m. riqualificandola giuridicamente¹¹; se invece non concorda con la quantificazione della pena prospettata, può rideterminarla direttamente nella misura ritenuta più opportuna (art. 132 ss. Cp).

Diversamente dal rito ordinario, nel patteggiamento e nel procedimento per decreto i rapporti tra domanda e decisione risponderebbero ad una logica dispositiva molto più forte e omogenea: sia sul fatto, sia sulla qualifica giuridica, sia sulla misura della pena, se il giudice non condivide le prospettive di parte può (salvo proscioglimento) solo rigettare la domanda¹².

Il quesito, allora, diventa il seguente: ci sono buone ragioni per ritenere che il modo in cui la dottrina “applica” il secondo comma dell’art. 53 l. n. 689/1989 al patteggiamento, ritenendo la richiesta del p.m. sempre vincolante *in toto*, valga oggi anche per l’analogo art. 459 co. 1-bis Cpp quanto al decreto penale di condanna? Cioè, il g.i.p., di fronte ad una richiesta di decreto penale per una sanzione pecuniaria in sostituzione, può ridefinire il tasso giornaliero e modificare la pena che verrà applicata, o è vincolato all’esatta somma calcolata dal p.m.?

2.1. (segue) il concetto di «misura della pena» (art. 459 co. 1 Cpp)

Nella fase di emissione del provvedimento, i riti monitori civili e penali sono caratterizzati da una rigida correlazione tra chiesto e pronunciato. Nei riti civili, la regola è espressione di un importante principio generale, che è comune anche al processo ordinario: se il giudice, sfruttando la proposizione di una domanda giudiziale, consentisse la produzione di un effetto giuridico non richiesto e determinasse l’oggetto del proprio giudizio, non sarebbe terzo e imparziale¹³. Nei riti penali la *ratio* della regola non è stata del tutto messa a fuoco, complice l’iniziale

¹¹ Cfr, art. 521 Cpp, per come riletto alla luce di C. eur. 11.12.2007, *Drassich c. Italia*. A. Capone, Much ado about nothing. *Obblighi convenzionali e riqualificazione giuridica del fatto*, in www.la legislazione penale.eu, 30.3.2017, 14 ss.; S. Quattrocchio, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli 2011, 67; F. Zacchè, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *DPP* 2009, 786; Per una argomentata critica alla soluzione interna, cfr. F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano 2016, 260 – 265.

¹² F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano 2012, 1077. Si è discusso, in passato, se il giudice del decreto potesse riqualificare giuridicamente la richiesta del p.m., e la dottrina ha per lo più dato una risposta negativa (v. G. Piziali, *Il procedimento per decreto*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, Milano 1997; G. Nicolucci, *Il procedimento per decreto penale*, Milano 2007, 69; *contra* S. Marotta, *Riti alternativi*, cit., 8).

¹³ A. Carratta, sub art. 112, in *Commentario del codice di procedura civile, I poteri del giudice*, a cura di A. Carratta, M. Taruffo, Bologna 2011, 23 – 26.

sovrapposizione tra funzioni d'accusa e di giudizio caratteristica del processo davanti al pretore, al quale il rito monitorio era affidato nel codice Rocco¹⁴.

Dopo l'entrata in vigore del codice Vassalli, la dottrina ripete da sempre che l'impossibilità per il giudice di emettere un decreto penale di condanna per una somma più o meno alta di quella chiesta dal p.m. dipende dalla mancanza di un mezzo d'impugnazione dedicato a questo genere di scollamenti, come poteva essere la revocazione del codice del '30¹⁵: il che è senz'altro una conseguenza, ma non certo una causa dell'attuale disciplina. L'indagine va quindi condotta sul piano normativo.

La questione presuppone innanzitutto qualche chiarimento attorno a due formule: l'art. 459 co. 1, all'ultimo inciso, demanda infatti al pubblico ministero di indicare nella richiesta di decreto la «misura della pena» che vorrebbe applicata; ma il comma 1-bis attribuisce al «giudice» il compito di determinarne l'ammontare, nel caso di «irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione [...]».

In primo luogo, dunque, che cosa deve intendersi per «misura della pena»?

La nozione di «misura della pena» identifica evidentemente l'oggetto del vincolo per il giudice del decreto, che infatti «applica la pena nella misura richiesta dal pubblico ministero» (art. 460 co. 2 Cpp). In caso di sanzioni sostitutive, la possibilità di discostarsi dalle richieste del p.m. dipende quindi dall'ampiezza di questo concetto: se il giudice è vincolato dalla misura della pena *sostitutiva*, chiesto e pronunciato devono per forza essere omogenei; se invece è vincolato solo dalla misura della pena *da sostituire*, chiesto e pronunciato possono in qualche modo non combaciare.

Grammaticalmente, il comma 1-bis (ma, già prima, la procedura prevista dall'art. 53 secondo comma l. n. 689/1981) ha senso solo seguendo questa seconda lettura. Il p.m. dovrebbe infatti indicare la pena detentiva che intende applicare, nei limiti previsti dall'art. 53 primo comma l. n. 689/1981, potendo al più specificare il tasso giornaliero ritenuto congruo in vista della futura sostituzione. Il decreto dovrebbe perciò ritenersi vincolato solo alla misura della pena *da sostituire*, e alla richiesta di

¹⁴ La dottrina maggioritaria non ha mai dubitato che, nella sua variante pretorile, il rito violasse la regola *ne procedat iudex ex officio* (G. Bellavista, *Il procedimento penale monitorio*, Milano 1938, 52 – 53; *contra* Gugl. Sabatini, *Trattato sui procedimenti speciali e complementari nel processo penale*, Torino 1956, 56 – 57), negando così valore – in questa sede processuale – al principio di domanda: «[...] il lato paradossale della cosa [del decreto, n.d.R.] sta nel fatto che vi sia un condannato ma non un imputato, e perciò manca il movimento dialettico accusa-sentenza» (F. Cordero, *Procedura penale*⁸, Milano 1985, 747). Così anche G. Paolozzi, *Il procedimento alternativo per decreto penale*, Milano 1988, 183.

¹⁵ G. Paolozzi, *Il procedimento per decreto*, in *I giudizi semplificati*, a cura di A. Gaito, Padova 1989, 142; P. Sechi, *Aspetti problematici della conversione del decreto penale di condanna*, in *Giusto Proc* 1990, 426; T. Trevisson Lupacchini, *Procedimento per decreto e distinzione tra le funzioni di accusa e quelle di giudizio*, in *GI* 1991, II, 148; R. Bonsignori, *Procedimento per decreto*, in *DigDPen*, X, 1995, 115 – 116.

sostituzione: se il giudice ritiene congrua la richiesta, può sempre rideterminare *in melius* o *in pejus* il parametro del calcolo descritto dall'art. 459 co. 1-*bis*; altrimenti, può comunque rigettarla.

Per quanto questa lettura possa sembrare fedele alla lettera della legge, non è quella prevalente nella prassi. Normalmente, infatti, per «misura della pena» si intende la misura della pena pecuniaria *sostitutiva*, e l'art. 53 comma secondo non viene applicato per com'è scritto: il p.m. effettua direttamente il calcolo, seguendo lo speciale criterio di ragguaglio fornito dalla l. n. 689/1981; mentre il giudice si limita a valutare la congruità della domanda “nel suo complesso”, rinunciando ai poteri discrezionali che le norme gli concedono¹⁶. C'è da ritenere che lo stesso accadrà con l'art. 459 co. 1-*bis* Cpp.

Non è difficile spiegare questo atteggiamento interpretativo, di carattere pragmatico: nel procedimento per decreto la scelta del p.m. ricade spesso sulla soluzione più favorevole per l'imputato, nel tentativo di scoraggiarne l'opposizione; se il g.i.p. non ritiene che la sanzione proposta indurrà il condannato ad accettare la condanna, di solito si limita a rigettare la domanda. Più difficile è giustificare giuridicamente che sia il p.m. a determinare definitivamente il *quantum* di pena da irrogare: ignorare il disposto dell'art. 53 comma secondo o dell'art. 459 co. 1-*bis* – che, letti letteralmente, non vincolano il giudice alle richieste del p.m. sulla somma sostitutiva – nasconde un'opzione valoriale inespressa. Prima di esplicitarla e discuterla, però, concludiamo l'analisi delle norme.

2.2. (segue) il concetto di «irrogazione» (art. 459 co. 1-*bis* Cpp)

Come dicevamo, il secondo quesito verte attorno al significato del termine «irrogazione», che compare nel nuovo comma 1-*bis*. Se la commisurazione della pena nel caso delle sanzioni sostitutive si scinde in diversi passaggi logici, segnalati lessicalmente da verbi diversi, la fase di “applicazione” è di certo quella che va connessa alla “richiesta” del p.m. (ce lo dice sempre l'art. 460 co. 2 Cpp); la fase di “irrogazione” potrebbe invece essere quella riservata dalla legge al «giudice».

In effetti, in tema di patteggiamento, la giurisprudenza di legittimità ha spesso distinto «l'applicazione delle sanzioni» sostitutive dalla «determinazione, in concreto, della pena da infliggere e che viene, invece, *sostituita* con la sanzione. L'art. 61, [l. n. 689/1981, n.d.R.] dispone, infatti, espressamente che, nel dispositivo della sentenza di condanna o del decreto penale, deve esser indicata la specie e la durata della pena

¹⁶ A più riprese la dottrina ha affermato che il p.m. “applica” l'art. 133 Cp in sede di determinazione della pena da irrogare, chiamando il giudice a “controllare” questa sorta di pre-applicazione secondo il criterio della “congruità”, v. G. Paolozzi, *Il procedimento alternativo*, cit., 205 ss.; L. Marafioti, *In tema di limiti all'irrogazione di pene pecuniarie sostitutive mediante decreto penale*, in *GI* 1990, II, 201; G. Nicolucci, *Decreto penale*, in *DigDPen*, III, Agg. I, 2005; R. Bonsignori, *Il procedimento*, cit., 91.

irrogata (oltre alla specie e alla durata della sanzione che la sostituisce)»¹⁷. Anche in materia di appellabilità le Sezioni Unite hanno ripetuto che «l'applicazione della sanzione [sostitutiva] non fa venir meno la condanna (alla pena detentiva), non la pone nel nulla, ma anzi, la presuppone e ne è vincolata: sì che in definitiva è nella condanna alla pena detentiva che resta identificata la punizione *inflitta* per il reato di cui l'imputato è stato dichiarato colpevole»¹⁸, e dalla quale viene a quindi a dipendere il regime di appellabilità della sentenza. A scampo di inutili distinzioni, però, il percorso logico necessario alla determinazione del trattamento sanzionatorio nell'ipotesi in questione andrebbe ricostruito – di nuovo – a partire dal piano normativo.

La comminatoria di una sanzione sostitutiva presuppone la formulazione di un ragionamento di questo tipo:

“se reato *x*, allora pena *y*”
ma “se pena *y*, allora sanzione sostitutiva *z*”

Provata la colpevolezza dell'imputato, il giudice è incaricato dalla norma penale di produrre certe conseguenze sanzionatorie, normalmente commisurate a norma dell'art. 132 e ss. Cp. Se però si verificano determinati presupposti, la l. n. 689/1981 lo autorizza a non applicare le conseguenze sanzionatorie previste dal codice penale, ma quelle previste dalla legge sulle sanzioni sostitutive. Se poi la sanzione sostitutiva da applicare è pecuniaria, la commisurazione non avviene ai sensi dell'art. 133-*bis* Cp, ma ai sensi dell'art. 53 comma secondo l. n. 689/1981¹⁹.

¹⁷ Cass. S.U. 12.10.1993 n. 295, in *CEDCass*, m. 195618, corsivi nostri; Cass. 10.4.2012, n. 18136, in *CEDCass*, m. 253770.

¹⁸ Cass. S.U. 3.2.1995 n. 7902, in *CEDCass*, m. 201546, corsivi nostri. Per una critica analoga a quella proposta nel testo, in relazione agli sdoppiamenti lessicali e concettuali sfruttati dalla Cassazione in materia di determinazione delle sanzioni sostitutive, si consenta di rinviare a V. Aiuti, *Note in tema di inappellabilità della sentenza di condanna alla sola pena dell'ammenda*, in *RDPPr* 2017, in corso di pubblicazione.

¹⁹ La dottrina ha da tempo evidenziato la specialità dell'art. 133-*bis* Cp rispetto al 133 Cp, nella determinazione della sanzione pecuniaria (G. Pioletti, *Pena pecuniaria*, cit., 808 – 810; R. Bonsignori, *Il procedimento*, cit., 91 e 130; L. Goisis, *La pena pecuniaria*, cit., 59; M. Romano, sub *art. 133-bis*, in *Commentario sistematico del codice penale*⁴, vol. II, Milano 2012, 370 – 372; ma v. le giuste perplessità di T. Padovani, sub *art. 133*, in *Codice penale*, coord. da G. De Francesco, G. Fidelbo, Milano 2007, 963 – 964), e la specialità della disciplina contenuta nella l. n. 689/1981 rispetto all'art. 133-*bis* Cp, all'atto della determinazione della sanzione pecuniaria sostitutiva (M. Morello, *Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in *GP* 1982, III, 436; C.E. Paliero, sub *art. 53*, in E. Dolcini, A. Giarda, F. Mucciarelli, C.E. Paliero, E.R. Crugnola, *Commentario delle «modifiche al sistema penale» (Legge 24 novembre 1981 n. 689)*, Milano 1982, 281; G. Paolozzi, *Il procedimento alternativo*, cit., 200; F. Giunta, *Le innovazioni introdotte in materia di sanzioni sostitutive dalla legge sul c.d. patteggiamento allargato*, in *SI* 2004, 304).

L'applicazione di una sanzione sostitutiva, insomma, si manifesta a tutti gli effetti come un mutamento del "tipo" di conseguenza sanzionatoria previsto dal codice penale²⁰.

Com'è noto, nel processo penale la produzione degli effetti giuridici previsti dalle norme non è affare delle parti: nel rito ordinario, le parti possono "applicare" l'art. 133 Cp nel formulare le *richieste* sanzionatorie, ma da queste il giudice non è comunque mai vincolato. Nel patteggiamento, invece, le richieste delle parti «immettono nel quadro una norma speciale»²¹: il giudice non è più chiamato a valutare *quale* possibile sanzione deve essere applicata ad un determinato fatto, ma *se* ad un determinato fatto è possibile applicare una particolare norma sanzionatoria, analiticamente congegnata dalle parti.

Si tratta, è evidente, di una disciplina retta dal consenso *anticipato* di entrambi i contraddittori, la cui eccezionalità non ne permette l'estensione ad altri riti speciali pur dotati di elementi consensuali²².

La dinamica del decreto penale si presenta infatti in maniera diversa, perché in questo caso i veri "contraddittori" sono p.m. e giudice, cui l'imputato si aggiunge solo in un secondo momento²³. Nel caso del decreto, insomma, le parti non immettono alcuna norma speciale nel quadro decisorio, e il vincolo tra chiesto e pronunciato andrebbe riletto secondo le scansioni ordinarie: il p.m. dovrebbe limitarsi ad esplicitare gli elementi in base ai quali ritiene che, nel caso concreto (dal combinato disposto di una norma penale e dell'art. 459 co. 1-bis Cpp) vadano prodotte certe

²⁰ G. Giostra, *Formalità e garanzie nell'applicazione delle «nuove» sanzioni sostitutive*, in PD 1982, 279; G. Paolozzi, *Il procedimento alternativo*, cit., 208 – 211; L. Marafioti, *In tema*, cit., 201; G. Piziali, *Il procedimento*, cit., 522. La "traccia" di questo percorso logico è contenuta nel dispositivo della sentenza, che deve menzionare (art. 61 l. n. 689/1981) sia la sanzione che *avrebbe dovuto essere applicata* a norma del codice, sia quella che viene *applicata in concreto* grazie alla disciplina sulle sanzioni sostitutive.

²¹ F. Cordero, *Procedura*⁹, cit., 1036.

²² Per "eccezionali" intendiamo quelle norme che individuano una disciplina giuridica in deroga alla regola che, se tali norme non esistessero, dovrebbe applicarsi: nel nostro esempio, se non esistesse la disciplina degli artt. 444 Cpp e ss., il giudice potrebbe esercitare i suoi poteri discrezionali a norma degli artt. 132 Cp e ss. anche di fronte ad una domanda di pena concordata, cfr. V. Velluzzi, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa 2013, 80 ss.; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, 317 ss.

²³ «Nel nuovo codice l'emissione del decreto penale è frutto di un *confronto dialettico* tra chi il provvedimento ha chiesto e chi il provvedimento deve emettere» (E. Selvaggi, sub art. 460 Cpp, in *Commento Chiavario*, cit., 873, corsivi nostri). Questo ritardo è però compensato sul piano degli effetti, visto che le scelte dell'imputato possono *ricusare* del tutto la soluzione monitoria della vicenda (è la memoria difensiva sulla *Natura giuridica dell'opposizione al decreto penale di condanna* di G. Vassalli di fronte a C. cost. 18.3.1957 n. 46 a definire l'opposizione, sulla scia di G. Delitala [*Il divieto della reformatio in pejus nel processo penale*, Milano 1927, 11], come un modo dell'imputato per «*ricusare* una forma di procedimento che per il suo carattere di sommarietà ha portato al sacrificio dei suoi diritti di difesa» [in *GCos* 1957, 587, corsivo nostro]).

conseguenze sanzionatorie; il giudice, pur vincolato per legge a poter “applicare” solo una sanzione pecuniaria, potrebbe sempre “irrogarla” – ossia quantificarla – in misura diversa, nei limiti che il nuovo comma 1-*bis* gli concede.

Nel caso del decreto penale di condanna ad una sanzione sostitutiva la corrispondenza tra chiesto e pronunciato sembrerebbe insomma confinata al *quantum* di pena detentiva richiesta e all'*an* della sua monetizzazione. La somma giornaliera che, in base alle condizioni economiche dell'imputato e del suo nucleo familiare, determina il costo del singolo giorno di detenzione, resta nella discrezionalità del giudice.

2.3. Il decreto penale di condanna e il principio dispositivo

Ricapitolando: a rigore, il piano normativo consentirebbe di ritenere che – nel caso di applicazione di una sanzione pecuniaria sostitutiva – la «misura della pena» che vincola il giudice al momento dell'emissione del decreto è quella detentiva (ossia i giorni di reclusione o di arresto), che serve da moltiplicatore per il calcolo previsto dall'art. 459 co. 1-*bis* Cpp; e che la “applicazione” a cui allude il comma 1 («il pubblico ministero [...] quando ritiene che si debba applicare soltanto una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione [...]») si riferisce al *tipo* di sanzione sostitutiva (appunto, la sanzione pecuniaria), mentre l'«irrogazione» a cui si riferisce il comma 1-*bis* («Nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione [...] il giudice [...]») riguarda l'operazione che materialmente ne determina il *quantum*.

Ne discende che il g.i.p. dovrebbe ritenersi sempre libero di rideterminare discrezionalmente il tasso giornaliero che, moltiplicato per i giorni di pena detentiva richiesti dal p.m., individua l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva.

Dottrina e giurisprudenza non hanno mai considerato questa prospettiva, preferendo ritenere che – tanto in caso di decreto penale, quanto in caso di patteggiamento – il giudice possa valutare solo la congruità della proposta finale che gli viene sottoposta, rigettandola in caso di dissenso²⁴. L'opzione valoriale che conduce gli operatori a “dimenticare” il disposto dell'art. 53 secondo comma (e condurrà verosimilmente a “dimenticare” anche quello del comma 1-*bis*) si inserisce

²⁴ E. Selvaggi, sub art. 460 Cpp, in *Commento Chiavario*, cit., 878, sollevando però un interessante dubbio di costituzionalità: dal vincolo tra richiesta e decreto «deriverebbe [infatti] l'attribuzione, alla parte pubblica, di un potere dispositivo in ordine alla pena, confliggente con i principi costituzionali (art. 24, 101, comma 2, 102, comma 1, e 111 Cost.) e con quelli generali dell'ordinamento, che assegnano al giudice un potere discrezionale nell'applicazione della pena (art. 132 e 133 Cp). Qui, insomma, avremmo non solo una *pœna sine iudicio*, ma pure, nella sostanza, una *pœna senza giudice*», corsivo nostro; G. Paolozzi, *Il procedimento per decreto*, in *I giudizi semplificati*, cit., 142; L. Kalb, *Procedimento per decreto*, in *I procedimenti speciali*, a cura di A.A. Dalia, Napoli 1989, 306; S. Marotta, *Riti alternativi*, cit., 7; F.A. Mazza, *Le sanzioni sostitutive dopo la legge 134/03: le novità della pena pecuniaria*, in *D&G* 2003, 51; G. Nicolucci, *Decreto penale*, cit., 341.

nel più ampio dibattito sull'incidenza dei poteri delle parti nel codice vigente²⁵. I consueti parallelismi col patteggiamento, che la dottrina sfrutta da sempre per spiegare il funzionamento costituzionale del rito monitorio²⁶, hanno infatti consentito al principio dispositivo di fare quello che normalmente fanno i principi: proprio come avviene quando si fa appello allo *spirito* di una norma per tralasciarne il tenore letterale, «i principi, oltre a dare coerenza sistematica, possono *decostruire* il sistema o parti di esso»²⁷.

Seguire la diversa strada proposta, trincerandosi dietro la lettera delle disposizioni menzionate, non è quindi una scelta indolore²⁸.

Ad invogliarne il percorso c'è tuttavia una buona ragione di carattere pragmatico. Immaginiamo che un pubblico ministero, intenzionato a richiedere l'emissione di un decreto penale per applicare una sanzione pecuniaria sostitutiva, decida, una volta esaminata la situazione patrimoniale dell'imputato, che il tasso giornaliero vada determinato in misura doppia rispetto al minimo di legge (quindi, 150 euro). Il g.i.p., lette le motivazioni del p.m., e rivista la documentazione alla base della richiesta, ritiene però che le condizioni economiche dell'imputato non siano così floride e che, piuttosto che pagare una cifra così alta, l'imputato preferirà opporsi, guadagnando così una ormai imminente prescrizione.

È noto che il criterio in base al quale il g.i.p. ritiene "congrua" la sanzione contenuta nella richiesta di decreto è proprio la verosimiglianza che l'imputato non proporrà opposizione²⁹: nel caso che abbiamo immaginato, seguendo la lettura di giurisprudenza e dottrina dominanti, l'unica alternativa disponibile per il g.i.p. è però rigettare la richiesta. Considerando i tempi di una possibile riproposizione, la vicenda si prescriverebbe così in mano al p.m., che a quel punto non potrà far altro che chiedere l'archiviazione³⁰.

²⁵ Sul quale v., più in generale, M.L. Di Bitonto, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino 2004, 19 ss.

²⁶ «[...] nel meccanismo decisorio somiglia alle composizioni sulla pena» (F. Cordero, *Procedura*⁹, cit., 1074); R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*⁸, a cura di G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, Padova 2016, 675 ss.

²⁷ C. Luzzati, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in www.dirittoequestionipubbliche.it, 2012, 373.

²⁸ Il modello interpretativo del "trinceramento" impone, in sostanza, di sopprimere l'istinto a re-interpretare il contenuto di una norma coerentemente a qualche "sfondo" diverso dalle mere regole del linguaggio, cfr. F. Schauer, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna 2000, 77 ss.

²⁹ G. Paolozzi, *Il procedimento alternativo*, cit., 183; E. Selvaggi, sub art. 459 Cpp, in *Commento Chiavario*, cit., 868 - 869; S. Marotta, *Riti alternativi*, cit., 6 - 7; G. Lozzi, *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *RIDPP* 2002, 1174; S. Ruggeri, *Il procedimento per decreto penale. Dalla logica dell'accertamento sommario alla dinamica del giudizio*, Torino 2008, 43 - 47.

³⁰ Sempre che, dopo la reiezione del g.i.p., si ritenga il p.m. nuovamente investito di tutti i suoi poteri (C. cost. 12.10.1990 n. 447; S. Ruggeri, *Il procedimento*, cit., 47 - 49); altrimenti dovrà ri-

L'alternativa più favorevole a conciliare le indiscutibili esigenze economiche del rito speciale con la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, è consentire al g.i.p. di rideterminare direttamente *in melius* la somma giornaliera con cui effettuare il calcolo per la quantificazione finale della sanzione (nel nostro esempio, 75 euro anziché 150): l'art. 459 co. 1-bis Cpp, glielo permette, poiché attribuisce al «giudice» il potere di determinare il tasso di conversione della sanzione detentiva.

Lo scostamento dalla regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato è minimo, e verte su una dimensione (la quantificazione della sanzione) che è anche ordinariamente sottratta alle prerogative delle parti. Il beneficio, invece, è massimo, perché – intercettando un diverso equilibrio tra i valori in gioco – normalizza le prospettive del p.m. senza rinunciare alla rapidità monitoria. Naturalmente, una soluzione del genere ha senso solo se la modifica è *in melius*: una modifica *in pejus* sarebbe infatti destinata a una sicura opposizione, contrastando quindi con l'idea alla base della nostra rilettura.

L'unica perplessità, sul piano sistematico, è quella più volte segnalata dalla dottrina: se il g.i.p. indica nel decreto una somma diversa rispetto a quella richiesta dal p.m., come fa il p.m. a dissentire sullo scostamento?

A sistema vigente, non esiste alcun mezzo³¹. Ma l'obiezione, pure importante sul piano di come il sistema *dovrebbe essere*, non rileva sul piano di come il sistema è. A ben vedere, questo tipo di quesiti si risolvono con una valutazione in chiave di prevedibilità. Oggi, tutti sanno che il g.i.p. non può accogliere la richiesta di decreto rideterminando la somma richiesta dal p.m., perché l'art. 53 secondo comma l. n. 689/1981 è unanimemente applicato così. Domani, con un'interpretazione diversa (e più prevedibile, perché più "letterale"), il p.m. dovrà tenere a mente che una richiesta di decreto per una somma superiore al minimo potrebbe essere accolta ma rideterminata *in melius* nel *quantum*.

3. "Doppio binario" nell'irrogazione della sanzione pecuniaria sostitutiva

Com'è noto, la scelta se procedere per decreto o secondo l'*iter* ordinario appartiene insindacabilmente al pubblico ministero; da oggi, però, nel caso in cui il p.m. ritenga

esercitare l'azione penale per un reato che – almeno nel nostro esempio – si prescriverà dopo poco (F. Cordero, *Procedura*⁹, cit., 1075).

³¹ L'ammissibilità del ricorso per Cassazione contro il decreto non opposto è ammessa solo da una giurisprudenza minoritaria, v. Cass. 22.5.2007 n. 23710, in *CEDCass*, m. 237395; Cass. 13.2.2008 n. 11358, in *CEDCass*, m. 238939; e da una dottrina minoritaria, v. S. Marotta, *Riti alternativi*, cit., 8. Cfr. A.M. Siagura, *Sulla non impugnabilità del decreto penale di condanna mediante ricorso per saltum*, in *CP* 2011, 2626.

applicabile una sanzione pecuniaria sostitutiva, può rivelarsi fortemente discriminatoria.

Un procedimento concluso con il rito ordinario consente in effetti al condannato di ottenere una pena pecuniaria in sostituzione della pena detentiva secondo il tasso di conversione previsto dall'art. 53 secondo comma l. n. 689/1981 (da 250 a 2.500 euro per giorno). Scegliendo il rito monitorio, la «norma speciale»³² da applicare è invece l'art. 459 co. 1-bis Cpp, che contempla un tasso drasticamente più basso (da 75 a 225 euro per giorno, ossia più di 2/3 in meno nel minimo). La domanda è, quindi: la discriminazione processuale tra cittadini giudicati con rito monitorio e cittadini giudicati con rito ordinario giustifica il trattamento di favore introdotto dal comma 1-bis?

Sulla carta, sì. Per tradizione costante, il rito monitorio dovrebbe caratterizzarsi per una rapidità di accertamento a cui però non corrisponde una superficialità nella cognizione³³: i casi giudicati per decreto, insomma, dovrebbero essere più “semplici” perché la prova della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio è più “evidente”. Il fattore di discriminazione tra le due classi di cittadini, avendo carattere epistemico, giustifica così gli effetti premiali, che servono solo a compensare la brusca perdita di garanzie difensive. La teoria, però, è spesso distante dalla pratica, e all'innocente che in dibattimento uscirebbe prosciolti ben può capitare di essere condannato per decreto³⁴. E così è possibile che la nuova norma si trasformi di fatto in un incentivo per l'imputato innocente e poco abbiente: talvolta è preferibile la sicurezza di una condanna ridotta, ed emessa in tempi brevi, al rischio di una più consistente e al termine di un defatigante giudizio.

4. Questioni, esaurite, di diritto intertemporale

L'ultimo aspetto che vale la pena di essere trattato è relativo alla mancanza di una norma che disciplini gli aspetti intertemporali della novella. Il comma 1-bis dell'art. 459 Cpp introduce infatti un tasso di conversione della pena detentiva più mite, per l'imputato in condizioni economiche difficili: trattandosi di una norma contenuta nel

³² A. Marandola, *Modifiche ai riti*, cit., 1318.

³³ G. Bellavista, *Il procedimento*, cit., p. 56 ss.; E. Selvaggi, sub art. 459 Cpp, in *Commento Chiavario*, cit., 875; S. Marotta, *Riti alternativi*, cit., 2, 6 – 7; S. Ruggeri, *Il procedimento*, cit., 31 ss.; F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale “al di là di ogni ragionevole dubbio”*, in *RIDPP* 2009, 90 – 91; e una giurisprudenza minoritaria, Cass. 22.1.1992, Brendolan, in *ANPP* 1992, 569; *contra*, storicamente, F. Cordero, *Procedura*⁸, cit., 748; G. Nicolucci, *Il decreto penale di condanna tra principio del contraddittorio e diritto di difesa*, in *DPP* 2003, 1019; F. Cordero, *Procedura*⁹, cit., 1075; e la giurisprudenza maggioritaria, da ultimo Cass. 9.10.2014 n. 45934, in *CED Cass.*, m. 260941.

³⁴ Nonostante la diversa spiegazione teorica dell'anomalia, nessuno nega che il giudice del decreto «condanna su premesse in base a cui assolverebbe, secondo l'art. 530» (F. Cordero, *Procedura*⁹, cit., 1075), nemmeno F. Caprioli, *L'accertamento*, loc. ult. cit. Cfr. S. Ruggeri, *Il procedimento*, cit., 42 ss.

codice di procedura, che però incide sul trattamento sanzionatorio, il suo regime di applicabilità intertemporale dipende dalla classificazione dogmatica.

Giurisprudenza e dottrina hanno da tempo notato che le norme che stabiliscono tassi di conversione tra pene di generi diversi (l'art. 135 Cp, l'art. 53 secondo comma l. n. 689/1981, l'art. 459 co. 1-bis Cpp, etc.), non sono di per sé norme né sostanziali e né processuali³⁵. La qualifica che ne disciplina l'applicabilità dipende cioè dagli istituti che con esse si fanno interagire: se, per esempio, il tasso di conversione serve a determinare la fruibilità della sospensione condizionale, o l'accesso ad una sanzione sostitutiva, allora si tratta di una norma di diritto sostanziale, e segue il regime dell'art. 2 Cp³⁶.

L'art. 459 co. 1-bis Cpp, definendo quali conseguenze sanzionatorie vadano ricondotte alla violazione di una norma penale, è perciò una disposizione di diritto sostanziale e favorevole; la sua applicabilità è retroattiva, col consueto limite del giudicato (art. 2 co. 4 Cp)³⁷.

Purtroppo, la disciplina positiva del decreto penale non consente in alcun modo di invocare l'applicabilità una volta che il provvedimento sia stato emesso e prima che sia divenuto irrevocabile: l'unico mezzo d'impugnazione disponibile è l'opposizione, che però, per tradizione secolare, «risolve la rilevanza giuridica della decisione impugnata e ripropone l'intera *res judicanda*»³⁸.

A questo punto, però: come avrebbe dovuto comportarsi l'imputato destinatario di un decreto penale, emesso e notificato secondo la disciplina previgente, per chiedere l'applicazione del nuovo art. 459 co. 1-bis senza dissolvere nel nulla il provvedimento tramite l'opposizione? Le strade percorribili sembrerebbero almeno tre, in ordine di drasticità crescente: proponendo comunque opposizione, con un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 464 co. 4 Cpp³⁹; tramite ricorso per Cassazione; o sollevando questione di legittimità costituzionale.

La prima strada, idealmente ricollegata alla terza, consiste nel reinterpretare i poteri decisorii del giudice dell'opposizione in questo modo: la disposizione secondo cui «il giudice può applicare in ogni caso una pena *anche* diversa e più grave di quella fissata nel decreto [...]» (art. 464 co. 4 Cpp) andrebbe intesa come se dicesse

³⁵ T. Padovani, *Commento alla l. 5 ottobre 1993, n. 402*, in *LP* 1994, 29; L. Grilli, *Sulla natura sostanziale dei criteri di ragguaglio tra pena detentiva e pena pecuniaria stabilita dall'art. 135 c.p.*, in *GI* 1995, 8; Cass. S.U. 27.9.1995 n. 12310, Forina, in *CP* 1996, 1109.

³⁶ v. Cass. 23.4.1996 n. 1884, in *CEDCass*, m. 205238; Cass. S.U. 25.10.1995 n. 11397, in *CEDCass*, m. 202870.

³⁷ M. Gambardella, *Legge penale nel tempo*, in *ED, Annali VII*, Milano 2014, 652 ss.

³⁸ F. Cordero, *Procedura*⁸, cit., 750 – 751.

³⁹ Il parametro interposto è naturalmente l'art. 7 Cedu, che, per il tramite dell'art. 117 co. 1 Cost., nell'interpretazione datane da C. eur. GC, 17.11.2009, *Scoppola c. Italia*, riconosce alla retroattività della *lex mitior* il rango di diritto umano, cfr. M. Gambardella, *Legge penale*, cit., 653.

ellitticamente «proposta l'opposizione, il giudice può applicare *la stessa pena* fissata nel decreto, *una pena più lieve, o anche una pena diversa e più grave* [...]». Non si tratta di un'operazione interpretativa molto felice; com'è stato giustamente affermato, «sarebbe incoerente al sistema una “conferma” del favore destinato all'acquiescente»⁴⁰. Tuttavia, in questo caso, limitatamente ai decreti non ancora divenuti irrevocabili al 3 agosto 2017 (data di entrata in vigore della l. n. 103/2017), la soluzione è imposta dal principio di retroattività della *lex mitior*, che non ammette eccezioni irragionevoli⁴¹: sarebbe un controsenso impedire la *reformatio in melius* nei confronti dell'imputato indigente che ha proposto opposizione al solo fine di vedersi applicato il nuovo tasso di conversione, più favorevole e sopravvenuto, prima della formazione del giudicato. Una questione di legittimità costituzionale, proposta sempre tramite opposizione, avrebbe dovuto interrogare la Corte proprio sulla legittimità di questo ingiustificato limite decisorio intertemporale.

La seconda strada dovrebbe invece sfruttare un dato generalmente osteggiato dalla riflessione comune⁴²: la ricorribilità per Cassazione del decreto emesso e non ancora opposto.

In effetti, come un'isolata giurisprudenza e una risalente dottrina non hanno mancato di rilevare⁴³, il decreto penale è pur sempre un provvedimento «sulla libertà personale», di cui l'art. 111 co. 7 Cost. imporrebbe la ricorribilità. Il problema principale, ovviamente, è che non di «violazione di legge» si tratta in questo caso: nel momento in cui il decreto è stato emesso secondo la vecchia disciplina, il g.i.p. non ha irrogato una pena illegale; l'impugnante mira solo all'applicazione dell'art. 619 co. 3 Cpp, che consente alla Cassazione di rettificare la decisione e applicare una «legge più favorevole all'imputato»⁴⁴. La nozione di «violazione di legge» andrebbe quindi allargata per ricomprendere la necessità di applicare l'art. 2 co. 4 Cp. L'unico ostacolo, che si colloca però sul piano fattuale, è costituito dalla necessità di «nuovi

⁴⁰ F. Cordero, *Procedura*⁹, cit., 1082 – 1083.

⁴¹ Sia che lo si intenda pienamente “costituzionalizzato” dalla sentenza C. eur. GC, 17.11.2009, *Scoppola c. Italia* (cfr. F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 settembre 2011, 6 ss.), sia che lo si guardi – più tradizionalmente – come proiezione avente *status* costituzionale del principio di eguaglianza (cfr. C. cost. 12.11.2012 n. 230, in *GCos* 2012, 3440), siamo di fronte ad un ostacolo irragionevole alla sua riaffermazione: manca cioè un mezzo che consenta di applicare una norma penale favorevole e sopravvenuta, a fronte di un provvedimento non ancora passato in giudicato, cfr. ancora M. Gambardella, *Legge penale*, cit., 654 – 655.

⁴² Cfr. G. Paolozzi, *Il procedimento alternativo*, cit., 325 ss.; G. Piziali, *Il procedimento*, cit., 546; S. Ruggeri, *Il procedimento*, cit., 48 – 49, n. 120.

⁴³ Cfr. Cass. 22.5.2007 n. 23710, cit. e Cass. 13.2.2008 n. 11358, cit.; C. Lombardi, *Sull'ammissibilità del ricorso per Cassazione da parte del pubblico ministero contro il decreto penale di condanna*, in *Temi Napoletana* 1963, 376 – 377; S. Marotta, *Riti alternativi*, cit., 8.

⁴⁴ Cfr. M. Gialuz, sub art. 619, in *Codice di procedura penale commentato*⁵, a cura di A. Giarda, G. Spangher, t. II, Padova 2017, 3482 – 3483.

accertamenti di fatto» in relazione alle condizioni economiche, che, se il g.i.p. ha emesso il decreto secondo la vecchia disciplina, potrebbero (ma non dovrebbero) mancare⁴⁵.

IIP

⁴⁵ La perplessità legate all'assenza di indici positivi che definiscano la nozione di "condizioni economiche" e alla difficoltà di prevedere un onere di allegazione dei dati in base ai quali il giudice dovrebbe ritenerle provate è una costante della riflessione dogmatica: sia penalistica, all'atto d'introduzione dell'art. 133-bis Cp (v. E. Dolcini, *Pene pecuniarie*, cit., 437 ss.; T. Padovani, *L'utopia*, cit., 158 - 159; E. Musco, sub art. 100, l. 24.11.1981 n. 689, in *LP* 1982, 412; E. Dolcini, *Potere discrezionale del giudice (diritto penale)*, in *ED*, XXXIV, 1986, 758); sia processualistica, all'atto d'introduzione del modello per "tassi giornalieri" nella l. n. 689/1981 (F. Peroni, *Le nuove norme*, cit., 1076; F.A. Mazza, *Le sanzioni sostitutive*, cit., 52; F. Rizzo, *La mutata disciplina*, cit., 200 - 203), e con la disciplina odierna (R. Belfiore, *Gli interventi*, cit., 318 ss.; A. Marandola, *Modifiche*, 1317).