

Il procedimento per decreto dopo la riforma: tra vuoti normativi e questioni di diritto intertemporale.

di *Giorgio Crepaldi*

Sommario: **1.** Il decreto penale di condanna: la connotazione eventualmente partecipativa del rito e un inosservato schema procedimentale. Prima della Riforma Orlando. – **2.** Con l'entrata in vigore della riforma Orlando. – **3.** La natura del comma 1-bis tra disposizioni procedurali e fattispecie sostanziali. Una questione di diritto intertemporale. – **4.** Il recepimento del principio sancito da *Scoppola* da parte delle corti nazionali. – **5.** Decreto penale di condanna e soluzioni processuali.

1. Il decreto penale di condanna: la connotazione eventualmente partecipativa del rito e un inosservato schema procedimentale. Prima della Riforma Orlando.

Disciplinato dagli artt. 459-464 c.p.p., il procedimento per decreto si connota per essere il rito speciale con la più ampia contrazione processuale tra quelli previsti¹. Tale caratteristica non varia con l'avvento della l. 23 giugno 2017, n. 103 (di qui in avanti «riforma Orlando»).

Il procedimento può trovare applicazione quando l'accertamento compiuto riguardi reati di lievissima entità, tali da giustificare l'emissione di un provvedimento di condanna all'esito delle sole indagini preliminari e senza previo contraddittorio².

La richiesta di emissione del provvedimento, contenente l'esatta quantificazione della pena, si colloca al termine di indagini molto compresse con una prognostica evidenza di colpevolezza. Il procedimento presuppone, in prima battuta, la soppressione dell'udienza preliminare e, solo eventualmente, il mancato svolgimento della fase dibattimentale. L'eliminazione di tali fasi viene predisposta in via autorizzativa dal giudice, su impulso del pubblico ministero, entro il termine ordinatorio³ di sei mesi dall'iscrizione nominale del soggetto nel registro delle notizie di reato.

Occorre sin d'ora premettere che la richiesta avanzata dal pubblico ministero (459, comma 1, c.p.p.) costituisce una vera e propria modalità di esercizio dell'azione penale: in essa, oltre alle generalità dell'imputato, va indicata l'imputazione in

¹ Con queste parole C. PANSINI, *Procedimenti speciali*, in A. SCALFATI (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, 2015, p.658.

² In tal senso R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2014, p.783.

³ Come specificato da Cass., pen., Sez. Un., 6 marzo 1992, n. 3, in *Il Foro italiano*, 1992, parte seconda: Giurisprudenza penale, pp. 485-486.

modo comunque chiaro e preciso – secondo criteri che richiamano quelli della richiesta di rinvio a giudizio –, la pena in concreto e gli ulteriori elementi previsti, a pena di nullità, dall'art. 460 c.p.p.

Ancora, deve precisarsi la natura della sanzione applicabile: esclusivamente pecuniaria, anche in sostituzione di una pena detentiva opportunamente sostituita e raggugliata.

Agli artt. 461 c.p.p. e seguenti è regolata l'opposizione.

In buona sostanza, l'imputato, destinatario del provvedimento, ha la facoltà, entro quindici giorni dalla notificazione del decreto, di opporvisi, chiedendo di essere giudicato, nelle forme del giudizio immediato (464, comma 1, c.p.p.), oppure con altro rito alternativo (464, commi 2 e ss., c.p.p.) compresa la sospensione del procedimento con messa alla prova⁴.

L'opposizione si pone, dunque, come vero e proprio momento centrale del procedimento⁵.

Non proponendosi, il provvedimento diviene esecutivo ed il giudice che lo ha emesso ne ordina la relativa esecuzione (461, comma 5 c.p.p.). Diversamente, con la predetta scelta processuale, l'imputato consegue un duplice risultato: da un lato sospende l'esecuzione del provvedimento di condanna e, dall'altro, impone che l'accertamento fattuale avvenga con forme diverse⁶.

⁴ Sulla questione, di rilevanza, C. Cost., sent., 21 luglio 2016. n. 201 dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 460, comma 1, lett. e) c.p.p., per contrasto con l'art. 24 Cost., «nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione del procedimento con messa alla prova» in www.cortecostituzionale.it (consultato il 23 gennaio 2018).

⁵ Tale assunto viene maggiormente condiviso se si pensa che, una volta che «dopo l'emissione del decreto penale di condanna perché in tale fase il g.i.p. si è spogliato dei poteri decisori, relativi al merito dell'accusa, per cui egli vanta solo poteri di tipo propulsivo, a contenuto vincolato, strettamente legati all'opzione esercitata dall'opponente riguardo al rito». La Corte Costituzionale, con la sentenza del 13 febbraio 2015, n. 14, difatti, esclude che il g.i.p., successivamente all'opposizione presentata dall'imputato, abbia facoltà di prosciogliere lo stesso anche in presenza di un'ipotesi di immediata declaratoria di causa di non punibilità. In tali ipotesi la Corte Costituzionale, pur ribadendo la precedenza della declaratoria delle cause di non punibilità rispetto ad altri provvedimenti giudiziari, ammette che tale principio generale «può essere applicata solo nella fase e nel grado in cui il processo si trova e nel rispetto del principio del contraddittorio». La Corte Suprema osserva, altresì, che, se al g.i.p. fosse data la possibilità di revocare il decreto di condanna fuori dei casi previsti dalla legge e, quindi, potesse prosciogliere l'imputato in esito all'opposizione, «violerebbe l'art. 34, comma 2, c.p.p. che vieta al giudice per le indagini preliminari che ha emesso il decreto penale di condanna di partecipare al giudizio dibattimentale relativo al medesimo imputato». Come osservato da V. MAZZOTTA, *Ancora una pronuncia della corte costituzionale a difesa del procedimento per decreto (sent. n. 14/2015). Una sentenza condivisibile che fa tuttavia riflettere sull'applicabilità dell'immediata declaratoria di cause di non punibilità nel rito monitorio*, in *Studium Iuris*, n. 11/2015, p. 1278.

⁶ Anche attraverso la proposizione di un rito alternativo, nel qual caso, competente alla decisione *de qua* rimane sempre e comunque il giudice dell'indagine preliminare non approdando la *re giudicanda* alla fase dibattimentale. Sulla competenza del g.i.p., tuttavia,

L'atto di opposizione ha dunque un contenuto bivalente: dissenso dell'imputato nei confronti del rito speciale ed impugnazione rispetto alla condanna contenuta nel decreto⁷.

Già da una prima disamina, il rito *de quo* risulta connotato da un fortissimo accento partecipativo in capo all'imputato. Come si è visto, l'opposizione costituisce un'eventualità per lo stesso, o meglio, ne integra una vera e propria scelta strategico-processuale.

Il soggetto destinatario del decreto è, infatti, collocato dinanzi ad un'opzione ben precisa: accettare la sanzione inflitta oppure opporsi.

Per orientare tale scelta il legislatore attribuisce alla mancata opposizione una serie di *beneficia* diretti a far propendere l'imputato per l'accettazione della condanna.

Evidenti gli spetti di premialità in caso di mancata opposizione⁸: il pubblico ministero, difatti, nella richiesta rivolta al g.i.p., ha la facoltà di richiedere l'applicabilità in concreto di una pena ridotta sino alla metà rispetto al minimo edittale (art. 459, comma 2, c.p.p.), oltre al fatto che, una volta passato in giudicato, il decreto penale di condanna non assume la valenza di cosa giudicata nei giudizi civili ed amministrativi (art.460, comma 5, c.p.p.).

Ancora, è previsto che, con il procedimento in questione, non trovino applicazione le pene accessorie, ad eccezione della confisca obbligatoria (art. 460, comma 2, c.p.p.) e neppure la trascrizione della condanna nel certificato penale personale spedito a richiesta dei privati.

Il giudice, all'esito della pronuncia di condanna, sussistendone i presupposti di cui agli articoli 163 ss. c.p. sarà tenuto a concedere la sospensione condizionale della pena (art. 460, comma 2, c.p.p) ed infine, da ultimo, l'imputato sarà esonerato dal pagamento delle spese del procedimento (460, comma 5, c.p.p.).

Con un meccanismo nelle sue linee di fondo assimilabile a quello già previsto per il c.d. patteggiamento *minor* (art. 445, comma 2, c.p.p.), il reato punito con decreto si estingue nel termine di cinque anni, ovvero di due in caso di reato contravvenzionale, se l'imputato non ne commette altro della medesima indole e,

si segnalano contrasti dottrinali con l'opposta teoria per cui la competenza a decidere sulla mera opposizione verterebbe in capo al giudice dibattimentale come evidenziato in G. COLAIACOVO, *Sulla competenza a conoscere dei procedimenti speciali a seguito dell'opposizione a decreto penale di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p.340.

⁷ In questi termini R. ORLANDI, *Procedimenti*, cit., p. 783.

⁸ Sul punto si segnala, A. ANCESCHI, *Il minore autore e vittima di reato*, Giappichelli, 2011, p.26, che, nel paragone con il diritto minorile, evidenzia come l'art. 32, comma 2, d.p.r. n. 448 del 1988 «introduca nell'udienza preliminare minorile un istituto processuale di carattere premiale, simile, in quanto agli effetti, ai riti speciali dell'applicazione della pena su richiesta delle parti ed al decreto penale di condanna, al quale si sostituisce. Poiché questi ultimi riti speciali predibattimentali non sono ammessi nell'ordinamento penale minorile, il disposto dell'articolo 32 comma 2 d.p.r. n. 448/1988 ha la finalità di reintrodurre il loro effetti premiali, poiché in caso contrario si verificherebbe un trattamento deteriore del minore, rispetto al maggiorenne che risulterebbe del tutto illegittimo». Allo stesso modo F. TRAPPELLA, *Il contraddittorio dopo il giudicato*, Cedam, 2018, p. 194 per il quale il procedimento di cui all'art. 32, comma 2, d.p.r. n. 448 del 1988 «ricorda, nelle sue linee di fondo, quello del procedimento per decreto».

qualora lo commettesse, la precedente condanna per decreto non osterebbe alla concessione di una futura sospensione condizionale della pena⁹.

Ulteriore aspetto caratterizzante consiste nella possibilità di applicare il procedimento per decreto anche a fronte di una «pena pecuniaria inflitta in sostituzione di una pena detentiva» (459, comma 1, c.p.p.). Questa deriva dal combinato disposto dagli artt. 53, l. 24 ottobre 1981, n.689, e 135 c.p.

A norma della prima disposizione, difatti, si precisa che «l'ambito di operatività del procedimento speciale risulta esteso anche ai reati per i quali la pena pecuniaria possa essere applicata in sostituzione di una breve pena detentiva»¹⁰.

Occorre sin d'ora fare chiarezza su un aspetto fondamentale: differenti sono, in seno al procedimento *de quo*, i passaggi logici in caso di pena pecuniaria applicata in sostituzione di quella detentiva.

L'assunto predetto trova giustificazione nell'analisi del dato letterale delle norme fin qui richiamate.

L'art. 459, comma 1, c.p.p. indica quale soggetto della proposizione principale il pubblico ministero che «quando ritiene si debba applicare soltanto una pena pecuniaria, anche in sostituzione di una pena detentiva, può presentare al giudice per le indagini preliminari [...] richiesta motivata di emissione del decreto penale di condanna».

Al pubblico ministero spetterebbe, dunque, l'attività di richiesta circa l'emissione del decreto penale e l'eventuale sostituzione della pena detentiva con una pena pecuniaria nei casi previsti dall'articolo 53, comma 1, l. n. 689 del 1981.

Lo stesso art. 53, successivamente, prevede che «per determinare l'ammontare della pena pecuniaria [ossia il valore dell'operazione non di sostituzione, che spetta al p.m., bensì di quantificazione economica ad opera di ragguaglio] il giudice individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva [quantificati invece dalla richiesta del pubblico ministero]». A conferma che tali poteri operino in capo al giudice, il secondo periodo del succitato comma indica una serie di criteri al quale lo stesso (e non anche il pubblico ministero) deve attenersi nelle menzionate operazioni di ragguaglio.

Lo schema dettato dalla lettura combinata delle disposizioni in argomento, tuttavia, concettualmente si complica proseguendo nella lettura sistematica tra le norme di codice e quelle di normativa speciale.

⁹ Per una trattazione più dettagliata si rimanda a P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2017, p.840 ss. Allo stesso modo di rilievo L. IANDOLO, *Il decreto penale di condanna tra garanzia difensiva ampliata e mutata funzione dell'opposizione in Diritto penale e processo*, 2011, p. 212 per la quale «Maggiormente apprezzabili appaiono gli effetti, in forma di incentivi, connessi al provvedimento (la riduzione di pena, l'omesso pagamento delle spese del procedimento, l'esclusione di pene accessorie, gli effetti estintivi del reato se l'imputato non commette illeciti della stessa indole), diretti ad incoraggiare l'acquiescenza al decreto da parte dell'imputato che, chiedendo un procedimento con più ampia cognizione, affronterebbe il rischio di una *reformatio in peius*».

¹⁰ Ancora R. ORLANDI, *Procedimenti*, cit., p.784.

Sul punto non può non rilevarsi come l'art. 460, comma 2, c.p.p. testualmente citi «con il decreto di condanna il giudice applica la pena richiesta dal pubblico ministero indicando l'entità dell'eventuale diminuzione della pena stessa al di sotto del minimo edittale [...]».

Allo stesso modo, l'art. 459, comma 3, c.p.p. stabilisce che «il giudice, quando non accoglie la richiesta [di emissione del decreto] se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129 c.p.p. restituisce gli atti al pubblico ministero».

Seppur in maniera confusa, lo schema proposto dal legislatore parrebbe suddividere in modo netto l'attività di sostituzione, spettante al pubblico ministero, e l'altra, consistente nel ragguglio, in capo al giudice.

In tal modo considerato, attraverso la semplice interpretazione letterale, si arriva a ritenere che, nel caso di applicazione di una sanzione pecuniaria sostitutiva della pena detentiva:

- la «misura della pena richiesta dal pubblico ministero» di cui all'art. 460, comma 2, c.p.p., vincolante per il giudice nell'emissione del decreto, sia quella originariamente detentiva stabilita dal pubblico ministero;

- che la «applicazione» ritenuta dal pubblico ministero nell'art. 459, comma 1, c.p.p. si riferisca alla tipologia di sanzione applicabile: ossia una pena pecuniaria *ab origine* oppure una sanzione pecuniaria frutto di sostituzione di precedente detentiva.

In altre parole, laddove il pubblico ministero applichi la sanzione pecuniaria questi potrà

a) ritenere che il reato meriti una pena di quel tipo e, quindi, limitarsi ad indicarla nella richiesta;

b) suggerire che il reato vada punito con una pena detentiva ma, per le caratteristiche del rito *de quo*, debba convertirla, così da parlarsi, appunto, di sanzione «pecuniaria frutto di sostituzione».

- che al giudice spetti l'operazione di ragguglio della pena sostituita sulla base dell'insindacabile *quantum* di giorni di detenzione stabiliti dal pubblico ministero raggugliati, discrezionalmente, alla luce dei parametri di cui all'art. 53, comma 2, l. n. 689 del 1981¹¹.

In tal modo, risulta agevole comprendere il ruolo differente dell'autorità inquirente da quella giudicante nei casi di procedimento per decreto con pena detentiva sostituita e raggugliata da pena pecuniaria.

Vi è di più: a conferma dello schema predetto, l'art. 53, comma 2, l. n. 689 del 1981 prosegue indicando criteri di natura algebrica e giuridica rivolti al giudice nella determinazione del *quantum* di ragguglio.

L'organo giudicante deve tenere necessariamente conto delle condizioni economiche e familiari del reo ed, in ogni caso, «il valore giornaliero non può

¹¹ Schema in tal modo proposto da V. AIUTI, *Condanna per decreto alla pena pecuniaria sostitutiva*, in www.la legislazione penale.eu. (consultato il 4 giugno 2018)

essere inferiore alla somma indicata dall'articolo 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare».

In conclusione, al terzo comma, l'articolo 53 citato prevede l'applicabilità delle norme del codice di rito in caso in cui l'autorità giudicante «ritiene di dover infliggere la multa o l'ammenda in sostituzione della pena detentiva. Nel decreto devono essere indicati i motivi che determinano la sostituzione».

Il giudice, nell'emissione di un decreto penale di condanna, si trova, dunque, a compiere una duplice valutazione.

In primis egli è tenuto all'analisi delle condizioni economiche e familiari dell'indagato, in ossequio ai principi di adeguatezza della pena sanciti dagli art. 3 e 27 Cost. e, secondariamente, deve osservare regole algebriche enunciate dalle disposizioni codicistiche e dallo stesso art. 53 l. n. 689 del 1981.

Lo schema previsto, conforme al dettato normativo e corrispondente ai poteri attribuiti alle parti processuali nell'ordinamento italiano, non risulta nella prassi rispettato, preferendo, dottrina e giurisprudenza, sorvolare sul dettato dell'art. 53, ritenendo privo di qualsiasi potere il giudice di fronte alla richiesta di emissione di decreto penale di condanna presentato dal pubblico ministero con pena pecuniaria già frutto di sostituzione e ragguglio¹².

Il ruolo del g.i.p. apparirebbe, pertanto, quello di mero “*passacarte*” del pubblico ministero, stritolato nella secca alternativa di assecondare la richiesta della Procura o di restituire *in toto* gli atti al pubblico ministero¹³.

La validità dello schema proposto, risulta avvalorata anche da un ragionamento sul potere dispositivo delle parti nel processo penale, il quale trova, nel rito abbreviato e nel “patteggiamento”, come anche nel rito per decreto, una marcata accentuazione.

Tale potere si esplica nella delibazione anticipata delle prove, per ciò che concerne il patteggiamento, nell'attribuire alle conoscenze investigative valore probatorio ai fini della decisione sul merito, per ciò che attiene al rito abbreviato. *Mutatis mutandis* - il potere dispositivo dell'imputato - trova applicazione anche nei casi

¹² In tal senso V. AIUTI, *Condanna per decreto*, cit. L'Autore opera un parallelismo con l'art. 4 l. 12.6.2003 n. 134 (c.d. legge sul patteggiamento “allargato”) il quale, richiamando il predetto art. 53 l. 689 del 1981 poneva un interrogativo simile a quello relativo all'art. 459, comma 1 *bis*, c.p.p. Nello specifico «*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?*». Dottrina e giurisprudenza propendevano per la soluzione negativa non ritenendo tale potere in capo al giudice “*coessenziale agli equilibri del rito*”. Proprio in quest'ultima direzione, F. PERONI, *Le nuove norme in materia di patteggiamento “allargato” e di sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1072.

¹³ Sulla definizione di giudice “*passacarte*”, D. GIACALONE, *L'Italia come bugia*, Rubbettino Editore, 2003, p.327.

regolati dagli art. 168 *bis* ss. c.p. inserendosi, in tal senso, nel solco della giustizia riparativa introdotta nell'ordinamento con l'istituto della messa alla prova¹⁴.

Per quanto concerne il procedimento per decreto, invece, il potere dispositivo si sostanzia nell'effettivo accordo sulla colpevolezza in caso di non opposizione¹⁵. È da osservarsi, tuttavia, che la caratteristica fondamentale del rito di cui agli articoli 459 e ss. c.p.p., per ciò che attiene al predetto potere, consista nel fatto che questo promani, *ab origine*, dalla pubblica accusa per poi essere esercitato dall'imputato attraverso la scelta tra accettazione della condanna/impugnazione.

Fatta questa premessa, deve necessariamente considerarsi come il suddetto potere sul processo, nel caso specifico del procedimento per decreto, si concretizzi in un potere dispositivo sulla prova e non, invece, sulla pena¹⁶.

Così inteso tale potere può solamente conformarsi allo schema procedimentale descritto in precedenza e non a quello in cui il pubblico ministero sia titolare tanto del potere di sostituzione quanto di quello di ragguglio.

Se così non fosse, difatti, la pubblica accusa si troverebbe ad esercitare un potere dispositivo sulla pena insinuando, in tal modo, profondi dubbi di costituzionalità in riferimento agli artt. 24, 101, comma 2, 102, comma 1, e 111 Cost., oltre che in netto contrasto le disposizioni codicistiche di cui agli artt. 132 e 133 c.p.¹⁷.

Come osservato in precedenza, tuttavia, dottrina e giurisprudenza non appaiano allineate allo schema proposto ammettendo in capo al pubblico ministero, il potere di sostituzione e ragguglio unitamente considerati e, in capo al giudice per le indagini preliminari, l'unica facoltà di concordare con il risultato di tali operazioni o, in alternativa, di rigettare la richiesta del pubblico ministero¹⁸.

L'orientamento citato, assolutamente prevalente, trova sicura giustificazione nel fatto che, ad oggi, non sussiste nel codice un istituto che consenta al pubblico ministero di dissentire o di esprimere la propria posizione sul ragguglio operato dal giudice per le indagini preliminari. E tanto non è previsto proprio in ragione del fatto che, intesa l'opposizione come strumento di gravame, il pubblico ministero non presenterebbe alcun interesse ad impugnare e, quindi a sindacare, il mero

¹⁴ O. MURRO, *Messa alla prova per l'imputato adulto: prime riflessioni sulla legge n. 67/2014*, in *Studium Iuris* n. 11/2014, p. 1261 ss.

¹⁵ Così A. GAITO, G. SPANGHER, *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, Giappichelli, 2011, p.45. Più in generale, è da annoverarsi tra le massime espressioni del potere dispositivo delle parti, l'art. 493, comma 3, c.p.p. al punto tale da affermare che la stessa disposizione "valorizzando eccessivamente il principio dispositivo, sembra considerare il contraddittorio soltanto dal punto di vista soggettivo, come espressione del diritto alla prova". Così G. BACCARI, C. CONTI, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2003 p. 872 ss.

¹⁶ A. GAITO, G. SPANGHER, *La giustizia*, cit., p. 45. In riferimento alla tematica centrale del diritto alla prova nel processo penale si segnala C. VALENTINI, *La prova decisiva*, CEDAM, 2012.

¹⁷ Sul punto E. SELVAGGI, sub art 460 c.p.p., M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, UTET, vol. IV 1990, p. 878.

¹⁸ In tal senso, G. PAOLOZZI, *Il procedimento alternativo per decreto penale*, Giuffrè, 1988, p. 183.

quantum poenae così come appositamente calcolato dal giudice per le indagini preliminari. Una tale mancanza di interesse si ricollega proprio a quanto poco più sopra si diceva, e cioè al fatto che il pubblico ministero non ha poteri di quantificazione (*rectius*: dispositivi) in materia di pena, essendo quella un'operazione rimessa esclusivamente al giudice. Si conferma, allora, che il pubblico ministero mai potrà sindacare il calcolo della pena compiuto nel decreto penale

Inoltre deve darsi conto di una considerazione eminentemente pragmatica: se anche un tale istituto fosse sussistente, difficilmente sarebbe conciliabile con il rispetto dei termini prescrizionali delle fattispecie punibili con decreto penale di condanna¹⁹.

Premessi questi brevi cenni alla struttura del procedimento in parola, l'analisi proseguirà con lo studio delle modifiche occorse con la cd. riforma Orlando per quel particolare frangente che è dato, appunto, dall'attività di conversione della pena detentiva in pecuniaria, compiuta dal giudice nelle circostanze testé esaminate.

2. Con l' entrata in vigore della riforma Orlando.

Un'inversione di tendenza rispetto allo scenario testé descritto s'è avuta con l'inserimento, ad opera della legge n. 103 del 2017, del comma 1- *bis* all'articolo 459 c.p.p.²⁰

Lo stesso recita: *«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 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».*

¹⁹ Considerazione di V. AIUTI, *Condanna per decreto*, cit.

²⁰ E di fatti «l'art. 459, al comma 1-bis, consente al giudice di determinare la pena sostituita, mentre l'art. 460, al secondo comma, lo vincola ad applicare la pena nella misura richiesta dal Pubblico Ministero, poiché una lettura coordinata delle stesse consente di ritenere che la "misura della pena" che vincola il giudice quando emette il decreto penale è quella detentiva indicata dal Pubblico Ministero richiedente, utilizzata come moltiplicatore per il ragguaglio che il giudice, appunto, "applica", mentre la pena "irrogata" cui si riferisce l'art. 459, comma 1-bis, è quella sostituita all'esito del calcolo, con la conseguenza che il giudice resta libero di rideterminare discrezionalmente il tasso giornaliero che, moltiplicato per i giorni di pena detentiva indicati dal Pubblico Ministero, individua l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva». Cass., sez. III, 21 maggio 2018, n. 23362, in www.processopenaleegiustizia.it (consultato in data 15 giugno 2018).

Dalla *littera legis* appare chiarissima la reale volontà del legislatore, ossia quella di realizzare «un intento programmatico [capace] di ridurre il numero delle opposizioni, rinvigorendo effettività e funzionalità del procedimento»²¹.

Due le novità introdotte.

In primis, v'è un mutamento “algebrico” dei parametri di ragguaglio, ricollegati ad una valutazione del giudice della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare.

Secondariamente, la novella sembra cristallizzare un “nuovo” ruolo del g.i.p. nel procedimento in questione: al giudice, difatti, è rivolto il comma *de quo*, consacrando in capo a questi la funzione di ragguaglio dell'originaria pena detentiva nella corrispondente pecuniaria

Quanto alla prima innovazione, il mutamento del parametro quantitativo appare nettamente orientato a sfavorire iniziative di opposizione.

Prima dell'entrata in vigore del comma 1-bis, come si è visto, stante il combinato disposto degli artt. 135 c.p. e 53, comma 2, l. n. 689 del 1981, la forbice edittale oscillava tra un minimo di 250 euro per giorno di detenzione ad un massimo di 2.500 euro per pari periodo. Oggi la lettera della novella presuppone un valore compresa tra un minimo di 75 euro per giorno di detenzione, sino ad un massimo di 225. Non è nemmeno il caso di sottolineare che si tratta di un mutamento di gran lunga favorevole all'imputato.

La modifica aritmetica dei parametri di conversione risultava, da parecchio tempo, auspicata.

Non può non accennarsi come l'art. 53 l. n. 689 del 1981, prima dell'entrata in vigore del comma 1-bis, rinviasse ai parametri dell'art. 135 c.p., decuplicati per l'effetto del secondo comma dello stesso art. 53.

Orbene, la disposizione contenuta nel codice penale – appunto, l'articolo 135 c.p. – era stata a sua volta oggetto di modifica legislativa ad opera della l. 15 luglio 2009, n. 94 (cd. Pacchetto sicurezza) la quale aveva innalzato la somma per giorno di detenzione dagli iniziali euro 38 ai successivi 250.

Chiaro appariva l'intento del legislatore del 2009 di potenziare il sistema repressivo penale, assicurandovi maggiore incisività e maggiore attitudine repressiva²².

La riforma in questione, tuttavia, non aveva sortito gli effetti sperati, causando un depotenziamento dell'efficacia, sia dell'istituto sostanziale che di quello processuale²³.

²¹ In questi termini G.TODARO, *Nuove disposizioni sul decreto penale*, in L. GIULIANI, R. ORLANDI (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge n.103 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 197.

²² In tal senso A. VALSECCHI, *Dosimetria delle sanzioni pecuniarie e nuova formulazione dell'articolo 388 c.p.* in O. MAZZA, F. VIGANO' (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n.38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Giappichelli, 2009, p.541 s.

²³ Per una più approfondita trattazione si rinvia a G.TODARO, *Nuove disposizioni*, cit., p. 211 e 212.

Era, dunque, necessario un rimodellamento degli stessi parametri di calcolo, al fine di rendere maggiormente efficace il meccanismo della sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria.

Quanto ai criteri relativi alla determinazione del *quantum*, all'interno della "nuova cornice edittale", il comma 1-bis pone in capo al giudice la valutazione della «condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare».

La *littera legis*, seppure improntata ai principi di uguaglianza e di proporzionalità della pena, è destinata a rimanere lettera o morta o, se non altro, di difficile applicazione.

L'assunto si giustifica alla luce della struttura propria del rito in questione e alle relative caratteristiche procedurali. Retaggio della tradizione inquisitoria²⁴ – come pure già s'è visto –, esso si caratterizza per l'estrema brevità delle indagini e per l'eventuale soppressione del contraddittorio.

Deve rilevarsi, di fatto, che il decreto penale di condanna sia materialmente l'unico atto ricevuto dall'indagato nell'intera fase processuale, come specificato dalla Corte: a conferma di ciò si pone l'orientamento giurisprudenziale che, a chiare lettere, stabilisce come il decreto penale non debba essere preceduto dall'avviso *ex art. 415-bis c.p.*²⁵.

Il provvedimento viene notificato, unitamente al precetto per il pagamento della sanzione pecuniaria, all'imputato, al difensore d'ufficio o a quello di fiducia eventualmente nominato, e alla persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria²⁶.

Dalla morfologia propria del rito, dalla contrazione della fase investigativa e dalla univocità del ruolo della difesa, la cui opzione è orientata unicamente nel prestare il consenso alla sanzione o nel proporre opposizione, pertanto, risulta evidente la concreta inapplicabilità dei parametri di cui al nuovo comma 1-bis.

Con la nuova formulazione il pubblico ministero è tenuto ad orientare le proprie indagini verso una duplice direzione: verso la colpevolezza dell'indagato e, dall'altro, alla ricerca di elementi riguardanti le condizioni economiche di quest'ultimo, fondamentali per l'operazione di ragguglio al compiuta dal g.i.p.

Preme ora chiedersi quali siano le soluzioni prospettabili in caso di indagine non approfondita relativa alle condizioni economiche dell'indagato o del suo nucleo familiare.

La questione appare oltremodo complessa, anche e soprattutto a fronte della forte castrazione dell'attività difensiva nel procedimento descritto.

Da un lato potrebbe prospettarsi, in capo al g.i.p., l'estensione analogica dei poteri sanciti dall'art. 409, comma 4, c.p.p., ove l'organo giudicante ritenga necessarie

²⁴ In questi termini S. RUGGERI, *Il procedimento per decreto penale*, Giappichelli, 2008, p.3.

²⁵ Come specificato da C. Cost., 4 febbraio 2003, n.32, 16 aprile 2003, n.131 e 13 luglio 2004, n.292, in C. PANSINI, *Procedimenti*, cit., p.660.

²⁶ Ancora C. PANSINI, *Procedimenti*, cit., p.660.

ulteriori indagini in riferimento alle condizioni economiche dell'indagato, questi potrebbe ordinare al p.m. gli accertamenti suppletivi necessari.

È, però, indiscusso che i contorni del rito siano fortemente improntati alla snellezza e alla celerità del procedimento, e che, pertanto, l'estensione analogica del potere *ex art. 409, comma 4, c.p.p.* stridrebbe con l'intrinseca *ratio* del procedimento *de quo*.

Inoltre, tra i requisiti previsti dall'art. 460 c.p.p., non rientrano in alcun modo le indicazioni circa lo stato patrimoniale ed economico del reo o del suo nucleo familiare²⁷.

Neppure alla difesa è concessa l'opportunità di sopperire a tale *vulnus*.

Come s'è visto, l'imputato ed il proprio difensore risultano destinatari del decreto compiuto, stante la citata assenza dell'avviso di esercizio delle facoltà *ex art. 415-bis c.p.p.*, ove la valutazione delle condizioni economiche è – o, meglio, già dovrebbe essere – stata svolta. Neppure il compimento di indagini difensive può porsi a rimedio della situazione anzidetta. Concretamente, difatti, il procedimento per decreto risulta sfornito di una finestra di contraddittorio in grado di rilevare quei necessari apporti probatori orientativi della decisione del g.i.p. i quali sono posti, totalmente, nella disponibilità dell'accusa.

Di tal guisa, difatti, l'istituto delle indagini difensive potrebbe ovviare al succitato *vulnus* processuale in determinati casi, ma essere insufficiente in altri.

Si pensi al caso tipico della guida sotto l'influenza dell'alcool di cui all'art. 186 C.d.s.

In tale fattispecie, ipotizzando che il pubblico ministero proceda attraverso il procedimento per decreto, l'imputato ben potrebbe depositare elementi a dimostrazione del proprio stato di indigenza economica al fine di orientare il *quantum* di ragguglio verso il minimo edittale.

La soluzione prospettata, con l'efficacia concreta delle indagini difensive, è prospettabile solamente in quanto l'atto d'accertamento della responsabilità penale (c.d. alcoltest) presuppone per il soggetto la *discovery* di un procedimento penale a suo carico.

In ipotesi differenti, tuttavia, quando l'indagine mantiene i classici connotati della segretezza, l'istituto delle indagini difensive risulta inutilizzabile al fine di orientare il valore del parametro di ragguglio potendosi applicare solamente a seguito di successiva opposizione.

Se, da un lato, il decreto penale di condanna viene chiesto a «*ridosso di indagini fortemente ridotte in termini di durata*»²⁸, questo, giocoforza, non consente la conoscenza del procedimento in capo all'indagato e non giustifica l'impossibilità per lo stesso di avvalersi di strumenti difensivi nella fase precedente all'emissione del decreto. Se così fosse, in conclusione, si dovrebbe porre in capo all'indagato l'onere di tenere costantemente monitorata la propria 'situazione penale',

²⁷Per tali argomentazioni, *amplius*, G. TODARO, *Nuove disposizioni*, cit., p. 217.

²⁸Con le parole di C. PANSINI, *Procedimenti*, cit., p. 558.

chiedendo costantemente certificati ex art. 335 c.p.p. cosa che, nei fatti, appare infattibile.

Operazione necessaria, a parere di chi scrive, sarebbe stata non tanto la modifica non del rito in sé, quanto delle sue fasi procedurali.

Prevedendo un meccanismo simile a quello degli artt. 392 ss. c.p.p. in tema di incidente probatorio si sarebbe potuto porre rimedio al *vulnus* sopra descritto.

Indicando come destinatari della richiesta del p.m., tanto il g.i.p., quanto l'indagato e il difensore, sarebbe stato possibile inserire una breve finestra di contraddittorio similmente a quanto avviene nella parentesi istruttoria durante le indagini, a norma dell'art. 396 c.p.p.

Ipotizzando un termine anche più ampio rispetto ai due giorni indicati dalla predetta disposizione, ma pur sempre conforme alle esigenze di celerità, si sarebbe potuto concedere alla difesa l'opportunità di apportare conoscenze necessarie al g.i.p., non solo in merito alla colpevolezza, ma anche, e soprattutto, in rapporto alle sue condizioni economiche. Si sarebbe consentita, così, all'organo giudicante, nell'emissione del decreto, l'opportunità di comminare una sanzione più prossima alla funzione rieducativa della pena sancita all'art. 27 Cost. E di fatti non può essere diversamente, se si considera che, nel procedimento in esame, la pena integra una sanzione pecuniaria e la corrispondenza del *quantum poenae* alle reali condizioni economiche del reo o del proprio nucleo familiare determina la proporzionalità della sanzione in termini di afflittività. In altre parole, all'indigente, che sia dimostrato come tale, non può che applicarsi il valore di ragguglio minimo in un'ottica di proporzionalità economica della sanzione pecuniaria.

Verosimilmente, per la formulazione codicistica attuale, ove manchi qualsiasi riferimento alla condizione economica del reo all'interno del fascicolo del p.m., la valutazione del g.i.p. non potrà che attestarsi sul minimo edittale dei parametri economici di ragguglio²⁹.

L'assunto trova fondamento anche sotto un altro aspetto: formalmente è difficile riscontrare in capo al g.i.p. un obbligo motivazionale circa i motivi di determinazione del *quantum poenae* ad esito del ragguglio.

L'art. 460, comma 1, lett. c), c.p.p. tra gli elementi che necessariamente devono essere contenuti all'interno del decreto penale, testualmente annovera la «*concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, comprese le ragioni dell'eventuale diminuzione della pena al di sotto del minimo edittale*». Prevedere che da tale disposizione possa derivare un obbligo motivazionale del g.i.p., esplicito e diretto alle valutazioni sulla capacità economica del reo, è operazione tutt'altro che automatica.

Sicuramente meglio avrebbe fatto il legislatore a raccordare la lettera succitata con la nuova previsione di cui al comma 1-bis, richiedendo espressamente la «*concisa esposizioni dei motivi di fatto e di diritto [...] anche in considerazione dei criteri di ragguglio di cui al comma 1 bis dell'articolo 459 c.p.p.*».

²⁹ G. TODARO, *Nuove disposizioni*, cit., p. 217.

Quanto al secondo aspetto innovativo, ossia la cristallizzazione all'interno del codice del nuovo ruolo del g.i.p., non può che salutarsi con favore.

Occorre ricordare come, all'interno del procedimento penale, il g.i.p. non abbia potere di intervento o di iniziativa, se non nei casi espressamente previsti dal codice, dovendosi, quindi, considerare esclusivamente come giudice *ad acta*³⁰.

L'inserimento del comma 1-bis non può che concretarsi in una nuova funzione del giudice delle indagini preliminari, almeno in occasione del procedimento per decreto contenente una pena pecuniaria frutto di ragguglio e sostituzione di una precedente pena detentiva.

Occorre chiedersi sin d'ora se la novella legislativa produca lo sdoppiamento del ruolo del g.i.p. in caso di procedimento con pena pecuniaria sostitutiva e raggugliata o se, viceversa, possa essere considerata come volano per una "nuova" funzione *tout court* dell'organo giudicante in caso di instaurazione del rito *de quo*.

Quanto alla prima ipotesi, questa trova fondamento da una lettura strettamente letterale delle norme del codice allineate alla consolidata giurisprudenza.

In tal senso, occorrerebbe considerarsi che la differente ipotesi prevista dal comma 1 dell'articolo 459 c.p.p., ed il comma 1-bis, descrivano due ruoli differenti del g.i.p.

Sul punto, nel caso in cui il p.m. ritenesse di dover applicare una pena pecuniaria *ab origine* il ruolo del g.i.p. sarebbe solamente quello previsto dall'art. 460, commi 2 e 3, c.p.p.: restituzione degli atti al p.m. o applicazione della pena nella misura richiesta dal p.m..

Nel differente caso di applicazione di una pena pecuniaria quale frutto di sostituzione di una pena *ab origine* detentiva, il ruolo del g.i.p. sarebbe quello di operare il ragguglio del *quantum* richiesto dal p.m.

A parere di chi scrive, tuttavia, il comma 1-bis deve intendersi come concretizzazione del ruolo di garanzia del g.i.p. nell'ambito del procedimento per decreto.

Tale opzione risulta più conforme tanto ai principi costituzionali quanto a quelli convenzionali, primo fra i quali il diritto ad un equo processo consacrato all'articolo 6 Cedu.

In caso di richiesta di procedimento per decreto, a fronte di una pena *ab origine* pecuniaria, il g.i.p. dovrebbe considerarsi sempre in grado di incidere sul *quantum* prospettato, intendendo il «*non accoglie la richiesta*» di cui all'art. 459, comma 3, c.p.p. come «richiesta di procedere con tale rito» e non richiesta di pena. Diversamente, in caso di sostituzione di pena detentiva con una pena pecuniaria, il vincolo del g.i.p. sarebbe solo ed esclusivamente quello relativo alla misura della pena da sostituire, e alla richiesta stessa di sostituzione: in tal senso, se il giudice ritiene congrua la sostituzione della misura, può sempre e comunque rideterminare *in melius* o *in peius* il parametro del calcolo descritto dall'art. 459, comma 1-bis,

³⁰ In tal senso E. APRILE, P.SILVESTRI, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, 2011, p.13.

c.p.p. o, in alternativa, rigettare la richiesta in caso di assoluta discordanza sull'opzione di sostituzione in sé, ritenendo l'indagato, se condannato, meritevole di una pena detentiva e non solamente pecuniaria.

3. La natura del comma 1-bis tra disposizioni procedurali e fattispecie sostanziali. Una questione di diritto intertemporale.

Analizzato il comma 1-bis dell'articolo 459 c.p.p. occorre ora interrogarsi sulla natura di tale disposizione e, una volta effettuata tale disamina, comprendere come il predetto comma si collochi all'interno del c.d. diritto intertemporale.

È necessaria, a questo punto, una duplice premessa chiarificatrice.

In primis occorre ricordare come il fenomeno della successione delle leggi penali nel tempo sia retto da due pilastri: quello dell'irretroattività della disposizione penale sopravvenuta (art. 11 R.D. 16 marzo 1942, n. 262; 25, comma 2 Cost. e 2, comma 1, c.p.) che, a volerlo riassumere in un'unica definizione, può sintetizzarsi: «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso se questo, secondo la legge del tempo[in cui fu commesso], non costituiva reato, non disponendo la legge che per l'avvenire e non avendo essa effetto retroattivo»³¹, e quello della retroattività della *lex mitior sopravvenuta* (art. 3 Cost, art.2, commi 2 e 4, c.p.).

Relativamente al secondo, «disposizioni più favorevoli, sopravvenute alla commissione del reato, hanno applicazione retroattiva secondo il principio della "retroattività della *lex mitior superveniens*"»³².

Tale forma di retroattività non si pone in contrasto con il generale principio di legalità, ma anzi risponde ad esigenze di *parità di trattamento derivanti dal principio di eguaglianza*³³. L'impostazione indicata è stata ribadita dalla Corte Costituzionale con due importanti pronunce, del 2006 e del 2011, le quali affermano che «il principio della retroattività in mitius è legato ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto di precetti costituzionali»³⁴.

³¹ In questo modo tradotta, l'irretroattività della legge penale si iscrive nel *solco tracciato in origine dall'articolo 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1779*, delimitando verso il passato e verso il futuro la validità della stessa legge. In questo modo il primo pilastro permette di risalire al *superiore principio dell'attualità della legge penale* espresso dal brocardo latino *tempus regit actum* per il quale la validità della medesima è rigorosamente circoscritta al tempo in cui essa è in vigore: «la legge non dispone che per l'avvenire». Così, M GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p.51.

³² In tal senso D. PULITANO', *Diritto*, cit., p. 589.

³³ In tali termini F. VIGANO', *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it. (consultato il 27 maggio 2018).

³⁴ Così come espresso da C. Cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394 e 22 luglio 2011, n.236 entrambe in www.cortecostituzionale.it (consultato il 10 luglio 2018).

Più volte la Corte Costituzionale è intervenuta sul rapporto tra i due principi testé rammentati, sancendo un'intrinseca diversità di *ratio* tra gli stessi³⁵. Se l'irretroattività della norma penale più sfavorevole si pone come «*essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitrii del legislatore*»³⁶, la retroattività della norma più propizia per il reo non appare priva di quella copertura costituzionale che è sancita dall'art. 3 Cost.³⁷.

Non solo.

Un precetto siffatto trova asilo anche nel diritto sovranazionale, in particolare nell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁸ e nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali come *principio generale di diritto comunitario* al quale sia i legislatori che i giudici degli Stati debbono necessariamente conformarsi nell'emanazione di atti legislativi, come anche nella loro interpretazione³⁹.

La sostanziale differenza tra i due pilastri, in conclusione, è ravvisabile nella loro *ratio* intrinseca: garantistica, per ciò che attiene all'irretroattività, ed egualitaria, per ciò che afferisce alla retroattività⁴⁰.

³⁵ Per i giudici costituzionali, difatti, il principio di retroattività della *lex mitior* ha specifica ed autonoma valenza rispetto a quello di irretroattività della norma penale più sfavorevole. Così Come affermato dalla già citata pronuncia della Corte Costituzionale, n. 394 del 2006.

³⁶ Ancora, Corte Costituzionale con sentenza n. 394 del 2006 e C. Cost., sent., 18 giugno 2008, n. 215 in www.giurcost.org (consultato il 24 aprile 2018).

³⁷ Sempre la già citata decisione della Consulta, n. 394 del 2006

³⁸ In precedenza espressioni del principio in ambito sovranazionale si ritrovavano *In primis* l'art. 15 § 1 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, adottato a New York, il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre del 1977 n.881. Successivamente, l'irretroattività della legge penale più sfavorevole viene ribadita dall'arti. 49 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, o cosiddetta carta di Nizza del 7 dicembre 2000, la quale assurge a ruolo di Trattato con la promulgazione del Trattato di Lisbona in vigore dal 1 dicembre 2009. E' comunque sull'articolo 7 Cedu che, negli ultimi anni, la giurisprudenza di Strasburgo è intervenuta significativamente dando vita ad un'importantissima *giurisprudenza evolutiva*. In questi termini F. MAZZACUVA, *Articolo 7 nulla poena sine lege*, in AA.VV (a cura di) G. UBERTIS – F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2017, p.236-237.

³⁹ Come specificato in tal senso da A. DAMATO, P. DE PASQUALE e N.PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Giappichelli, 2014, p.62. In tal senso, ancora, vedasi C. edu., 3 maggio 2005, *Berlusconi ed altri*, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02 per le quali «*il principio di applicazione della pena più mite è riconosciuto come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario*» e, successivamente, C. edu., 11 marzo 2008, *Jager*, C-420/06 secondo la quale «*la Corte di Giustizia dovrà tenere in debito conto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni comuni agli Stati membri*» e C. edu., 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11 per cui «*lo strumento della disapplicazione trova il proprio limite negli esiti in malam partem ai quali può condurre, nell'ordinamento penale, la non applicazione da parte del giudice della norma interna contrastante con la norma comunitaria*». Per una trattazione più approfondita si rinvia a M. GAMBARDELLA, *lex mitior*, cit., p. 202, e S. CENTONZE, L. GIOVEDI', *Lex mitior: La retroattività favorevole alla luce dei principi della C.E.D.U.*, Key Editore, 2017, p. 67.

⁴⁰ Così come riportato in A. DAMATO, P. DE PASQUALE e N.PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, cit, p. 61.

Posta questa fondamentale premessa, appare necessario interrogarsi sulla natura del comma 1-bis dell'articolo 459 c.p.p. per poi comprendere come operi tale modifica legislativa per i decreti penali di condanna emessi dal g.i.p. prima dell'entrata in vigore della l. n. 103 del 2017 e, una volta opposti, ancora *sub iudice*.

Prima di tale analisi, va, però, sciolta un'ulteriore questione: occorre vagliare la presenza o meno nel testo della riforma Orlando di disposizioni particolari, di carattere transitorio, incidenti sull'efficacia temporale dello comma qui in esame.

Le norme afferenti alla successione delle leggi, come l'art. 2 c.p. o l'art. 11 Preleggi, appartengono alla sfera del c.d. diritto intertemporale. In tale accezione si comprendono tutte quelle norme, di portata stabile e, espressioni di principi generali dell'ordinamento e regolatrici del fenomeno della successione delle leggi penali nel tempo⁴¹.

Parte della dottrina, per connotare tale *species* di diritto, usa definirlo *ius supra iura*⁴².

Di carattere opposto al diritto intertemporale si pone il c.d. diritto transitorio, costituito da «*disposizioni il cui carattere precipuo è quello della provvisorietà in rapporto a necessità o bisogni contingenti o straordinari*»⁴³. È consuetudine che le novelle legislative si accompagnino a norme complementari e “transitorie”, aventi funzione regolatrice dell'efficacia temporale delle nuove disposizioni. Scopo di queste è, per l'appunto, regolare *ad hoc* situazioni originatesi sotto la precedente disciplina e non ancora esauritesi all'entrata in vigore della nuova⁴⁴.

Diritto “transitorio” e diritto “intertemporale” non possano mai essere utilizzati come sinonimi, stante la differenza dei fenomeni da questi regolamentati. Opposta risulta, inoltre, anche la loro intrinseca natura: *materiale*, quella delle disposizioni di diritto transitorio, suscettibile di immediata applicazione, e *strumentale*, quella del diritto intertemporale, attuativa di altre disposizioni, ma non di immediata applicazione⁴⁵.

La valutazione della sussistenza di disposizioni di carattere transitorio non può che porsi come preliminare rispetto alla valutazione circa l'efficacia delle norme di diritto intertemporale.

Ma vi è più: anche la tipologia stessa delle disposizioni transitorie, se presenti, può fungere da parametro interpretativo. Sul punto è possibile considerare come le disposizioni transitorie contenute nella riforma Orlando presentino natura prettamente esclusiva, con l'effetto di non rendere applicabili le norme da queste regolate per fatti antecedenti all'entrata in vigore della stessa legge n. 103 del

⁴¹ Così in M. GAMBARDELLA, *lex mitior, cit.*, p. 31.

⁴² In questi termini O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Giuffrè, 1999, p.94.

⁴³ Così R. QUADRI, voce *Disposizioni transitorie*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, 1960, p. 1132 ss. In M. GAMBARDELLA, *lex mitior cit.*, p.31.

⁴⁴ Con queste parole M. CHIAVARIO, *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, par. 1.1 in www.lalegislazionepenale.eu. (consultato il 27 maggio 2018)

⁴⁵ Distinzione operata da O. MAZZA, *La norma processuale, cit.*, p.101.

2017⁴⁶. Giocoforza, laddove il legislatore non abbia ritenuto applicabili tali norme di diritto transitorio, le disposizioni da queste non coperte soggiacciono ai principi del diritto intertemporale.

Compiuta tale ulteriore premessa, deve affermarsi che l'art. 1, comma 53, l. n. 103 del 2017, introduttivo del comma 1-bis all'articolo 459 c.p.p., non risulta regolato da norme di diritto transitorio, dovendosi, così, applicare, per stabilirne l'efficacia, l'art. 2 c.p. o l'opposto principio del *tempus regit actum*.

Appare fondamentale la qualificazione del comma introdotto dalla riforma Orlando all'articolo 459 c.p.p. posto che, da tale operazione interpretativa, deriverà la sussunzione dello stesso verso l'uno o l'altro dei "due pilastri" citati: sotto l'egida dell'articolo 2 c.p., se interpretato come disposizione di natura sostanziale, di contro, sussumibile nel principio del *tempus reit actum* se qualificato come disposizione meramente processuale.

Compiuti tali passaggi, quale dunque la natura del comma 1-bis?

Non è possibile definire la natura di una disposizione, come processuale o sostanziale, solamente dalla collocazione della stessa all'interno del codice penale o di quello di rito. Sinteticamente il diritto penale sostanziale (o la legge penale sostanziale) vieta determinati fatti mediante la minaccia dell'applicazione di una pena. Di contro, il diritto processuale regola l'accertamento di una responsabilità penale, prescrivendo comportamenti processuali da mantenere. Mentre la norma sostanziale è diretta a tutti i cittadini, i precetti della disposizione procedurale si rivolgono, quasi totalmente, a soggetti determinati, quali il giudice, il pubblico ministero e le parti del procedimento penale.

Ancora, è necessario osservare che i due sistemi divergono quanto alle finalità: regolativa dei comportamenti della collettività, quella sostanziale, e delimitativa dei poteri e delle facoltà delle parti del procedimento quella processuale, che in più funge anche da strumento logico dell'organo giudicante nell'accertamento della concreta responsabilità penale⁴⁷.

Per quanto chiara, la distinzione non appare così marcata nella realtà, soprattutto dal 2009 con l'avvento del c.d. principio Scoppola sancito dalla Corte edu⁴⁸, il quale definisce i contorni delle disposizioni "sostanziali" e "procedurali"⁴⁹ per ciò che attiene ai profili intertemporali.

⁴⁶ Si veda, a titolo d'esempio, l'art. 1, comma 15, l. n.103 del 2017: «*le disposizioni di cui ai commi da 10 a 14 si applicano ai fatti commessi dopo la data di entrata in vigore della presente legge*».

⁴⁷ Distinzione riportata in P. TONINI, *Manuale, cit.*, p. 2. Si pensi, a titolo d'esempio, alle disposizioni codicistiche inerenti all'obbligo motivazionale del giudice. Tali norme, esprimendo un dovere processuale del giudicante, ne descrivono anche, a livello logico, un determinato *iter* da seguire, indicando degli *steps* che non possono essere da questo ignorati.

⁴⁸ C. edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia interamente consultabile in www.giustizia.it (consultato in data 7 giugno 2018).

⁴⁹ Il ragionamento in questione trova radici ben più profonde già dalla nota pronuncia C. edu, Grande Camera, 23 novembre 1976, Engel ed altri c. Paesi Bassi e riaffermati in C. edu, 27 settembre 2011, Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia nelle quali si ribadisce il

La pronuncia Scoppola c. Italia trae origine dalla modifica, nettamente più favorevole, dei benefici in termini di pena, previsti dall' 442 c.p.p., per il giudizio abbreviato⁵⁰.

Con riguardo all'efficacia intertemporale della modifica legislativa, la quale integra *lex mitior* incidente su una norma processuale, dapprima la Corte riaffermava come «*l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa*», per poi ribadire che le norme in materia di retroattività dovevano applicarsi solo alle disposizioni che «*definiscono i reati e le pene che li reprimono*». Al contrario, per la materia processuale, si riteneva applicabile il principio del *tempus regit actum*.

La questione era dunque una sola: che cosa si intende per norma sostanziale e che cosa, per norma processuale?

Sul punto i giudici europei, dopo aver sindacato la natura dell'articolo 442 c.p.p., ne definivano insindacabilmente l'essenza di «*disposizione di diritto penale materiale riguardante la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato*», ricomprendendo la stessa nell'alveo del principio di cui all'articolo 7, §1 della Convenzione, non reputando determinante «*la qualifica nel diritto interno del testo di legge interessato*».

In buona sostanza, la Corte europea prescinde dall' "etichetta" che il diritto interno attribuisce ad una norma, valutando come non rilevante appare la collocazione sistematica di questa.

principio della necessità di una «*nozione autonoma*» di materia penale rispetto alle singole tradizioni giuridiche nazionali e alle scelte legislativo-formalistiche. Come espresso da A.M. MAUGERI, *Sequestro e Confisca*, Giappichelli, 2017, p. 8, laddove si afferma chiaramente che «*L'autonoma nozione di "materia penale" deriva da criteri oggettivi tra i quali la qualificazione formale ufficiale della disposizione e la propria determinazione nell'ordinamento di appartenenza*». Tuttavia questi «*costituiscono solamente un punto di partenza, una "ratio conoscendi" con indicazioni formali soltanto relative*». Sul punto vengono riconosciuti quali parametri per l'identificazione della "pena" come afferente alla "materia penale" la proiezione comparatistica e la struttura del precetto. In riferimento a quest'ultimo è opportuno considerarne la direzione nei confronti della generalità dei consociati e lo scopo perseguito dalla disposizione che deve assumere carattere repressivo perseguendo finalità di prevenzione generale e speciale. Ancora, dirimente risulta la natura del procedimento, la propria fase esecutiva oltre all' *autorità pubblica* dalla quale il relativo provvedimento promana.

In riferimento alla definizione di "pena" viene precisato come non ne costituisca elemento specificante, ma solamente sussidiario, la gravità della sanzione essendo questa sicuramente ricollegabile alla "natura penale" di una norma, ma non apparendo vero il contrario, ossia ce dalla poca afflittività se ne possa derivare una natura non penale. Quest'ultimo aspetto in C. edu, 10 maggio 2012, Sud fondi ed altri c. Italia. (Decisioni tutte reperibili in www.hudoc.echr.coe.int consultato il 23 febbraio 2018).

⁵⁰ Per determinati reati, in caso di rito abbreviato, la pena dell'ergastolo con isolamento diurno veniva sostituita con la reclusione di anni 30 (con l. 16 dicembre 1999, n. 479) per poi modificarsi ulteriormente, con l'art. 7 del d.lgs. gg., mese, 2000, n. 431 che prevedeva in caso di giudizio con rito abbreviato per reati eseguiti in concorso e puniti con la sanzione dell'isolamento diurno, la sola sanzione dell'ergastolo "semplice" in luogo delle precedenti.

Sul punto, nello stesso codice di rito trovano luogo disposizioni procedurali ed intrinsecamente sostanziali incidenti anche ambiti contigui: a titolo d'esempio può sostenersi avere natura penale una norma afferente al *quantum* della pena e natura processuale quella afferente all'esecuzione o applicazione della stessa⁵¹.

La qualifica di una disposizione come sostanziale o processuale discende, allora, solo dalla natura della stessa e dagli aspetti del diritto su cui incide.

4. Il recepimento del principio sancito da *Scoppola* da parte delle corti nazionali.

Dopo la pronuncia della Grande Camera *Scoppola c. Italia* del 2009 sorgono, in seno alla giurisprudenza

nazionale, vari orientamenti giurisprudenziali, non sempre orientati nel medesimo verso, forieri di soluzioni contrastanti.

In primis il provvedimento con il quale, a seguito della granitica pronuncia della Grande Camera, la procura generale della Corte di Cassazione investiva i colleghi presso la corte distrettuale di Roma affinché sollevassero incidente d'esecuzione in recepimento del principio espresso dai giudici europei.

In un passaggio fondamentale, il procuratore generale prendeva atto di come «*la Corte ha ritenuto violato anche l'art. 6 della Convenzione, non ritenendo lecito per gli Stati modificare con effetto retroattivo, incidente sulla pena, norme processuali quali quelle sul giudizio abbreviato, rispetto alle quali gli accusati hanno la legittima aspettativa di ottenere, tramite la rinuncia ad alcune garanzie processuali, un vantaggio in sede di condanna*»⁵²

Sulla stessa linea si poneva, poi, la sentenza della Corte Costituzionale n.196 del 4 giugno 2010, con la quale viene chiarito che dalla giurisprudenza di Strasburgo sugli artt. 6 e 7 Cedu è possibile tradurre il principio per il quale «*tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo partecipano alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*»⁵³.

Ancora, merita attenzione la pronuncia della Corte Costituzionale n. 236 del 22 luglio 2011. In essa i giudici prendevano posizione sull'art. 10, comma 3, l. 5 dicembre 2005 n. 251 il quale escludeva l'efficacia retroattiva di nuovi termini di prescrizione, anche se più favorevoli, ai processi già pendenti in grado d'appello o in Cassazione. Una disposizione di diritto transitorio, dunque, della quale la

⁵¹ «*Quando la natura e lo scopo di una misura sono volti alla remissione della condanna o al cambiamento di regime per il rilascio anticipato, questa misura non fa parte della "pena" ai sensi dell'articolo 7 ma dell'applicazione della stessa*». Così, F. ROCCHI, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungserwahrung e i suoi riflessi sul sistema del doppio binario italiano* in *Cass. pen.* 2010 p. 327.

⁵² Provvedimento a firma del Sostituto procuratore generale, E. Selvaggi, Roma, 29 ottobre 2009, riportato e analizzato da G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte Europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in www.Dirittopenalecontemporaneo.it (consultato il 24 ottobre 2018)

⁵³ Con queste parole, M. GAMBARDELLA, *lex mitior, cit.*, p. 62.

Suprema Corte non rilevava l'illegittimità costituzionale della norma poco sopra citata, in relazione agli artt. 117, comma 1, Cost e 7 Cedu.

I giudici romani, pur ammettendo che l'istituto della prescrizione potesse rientrare sotto l'egida dell'art. 2, comma 4, c.p. non ritenevano violato il principio sancito dall'art. 7 della Convenzione. Il ragionamento espresso traeva origine da una precedente sentenza della Corte europea, 22 giugno 2000, *Coëme c. Belgio*, nella quale i giudici europei, decretando la natura processuale dell'istituto prescrittivo, non lo ritenevano soggetto ai principi della successione delle leggi penali sostanziali ritenendo applicabile il generale principio del *tempus regit actum*. In analoga direzione si muoveva la sentenza strasburghese *Kafkaris c. Cipro*, ove si affermava che «rientrano nella definizione di "pena" unicamente le disposizioni riguardanti la sanzione in quanto tale rimanendone escluse quelle afferenti all'applicazione e all'esecuzione della stessa»⁵⁴

A parere di chi scrive, l'argomento invocato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 22 luglio 2010, n. 236 non scalfisce l'orientamento dettato dalla pronuncia *Scoppola*: al più lo limita per un determinato tipo di norme, ritenendolo comunque valevole per altre.

In altre parole, si può discutere sulla classificazione della prescrizione come istituto processuale - e non sostanziale -, ma *nulla questio* sul piano dell'operatività retroattiva della disposizione sostanziale più favorevole. In buona sostanza, la questione si fonda ora sul definire cosa si intenda per disposizione sostanziale, da un lato, e processuale dall'altro.

È chiaro come la sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2010, inserendosi nell'orientamento

Scoppola, si esprima esattamente in questi termini: «soggiacciano al principio di irretroattività della *lex mitior* le disposizioni afferenti alla sanzione stricto sensu intesa come quantum poenae, siano esse sostanziali o processuali e non, invece, quelle riguardanti l'applicazione e l'esecuzione della stessa»⁵⁵

A sostegno di quanto appena affermato, nel 1995 le Sezioni Unite anticipavano quanto poi richiamato dalla Consulta, sancendo l'efficacia dell'art. 2, comma 3, c.p. – oggi 2, comma 4 – per reati commessi prima dell'entrata in vigore delle l. 5 ottobre 1993 n. 402 modificativa dei criteri di ragguglio di cui all'articolo 135 c.p.⁵⁶. Con tale pronuncia le Sezioni Unite ritenevano applicabile, anche in caso di

⁵⁴ Reperibile in www.osservatoriocedu.eu (consultato in data 5 luglio 2018).

⁵⁵ Consultabile in www.giucost.org (visitato in data 3 agosto 2018).

⁵⁶ Nel caso di specie l'imputato veniva rinviato a giudizio per la violazione dell'allora vigente art. 80, comma 13, c.d.s. per guida di un'autovettura senza avere mai conseguito la patente. Procedendo con l'istituto dell'applicazione della pena su accordo delle parti, pretore adito raggugliava la stessa pena detentiva in L. 1.000.000 di ammenda, applicando i parametri di cui all'art. 53 della l. n. 689 del 1981, *id est*, L. 25.000 per giorno di detenzione.

Il procuratore generale presso la corte d'Appello impugnava la decisione di primo grado, ritenendo illegittima l'operazione del ragguglio, stante l'entrata in vigore della l. 5 ottobre 1993 n. 402, la quale modificava l'art. 135 c.p., prevedendo una quota di ragguglio di L.

variazione dei criteri di ragguaglio contenuti in disposizioni esterne al codice penale, - come è, giustappunto l'art. 53 della l. 24 novembre 1981 n. 689 -, l'efficacia retroattiva della *lex mitior*, anticipando di parecchi anni la giurisprudenza europea del caso *Scoppola*.

In primis concentrandosi sulla natura dell'articolo 53 legge n. 689 del 1981 la Cassazione affermava la «*natura di vera e propria "pena" delle sanzioni sostitutive previste dal citato articolo 53 e, quindi, del carattere sostanziale delle stesse*» incarnando, l'articolo *de quo*, «*una disposizione di rinvio a norme (artt. 135 e 133 bis cp.) di contenuto chiaramente sostanziale perché incidenti sul trattamento sanzionatorio applicabile in concreto*». Da tale fondamentale premessa muovevano le Sezioni Unite: «*è da escludere che la sanzione sostitutiva di cui l. n. 689-81 rappresenti una semplice modalità esecutiva della pena detentiva breve; anche perché la norma incriminatrice si compone di precetto e sanzione ed ogni norma che comunque integri o completi la sanzione stessa deve ritenersi norma di tipo sanzionatorio e, quindi, avente natura essenzialmente sostanziale e, come tale, detta disposizione è soggetta, in caso di successione della legge nel tempo, al principio di cui all'art. 2 c.p.*».

Le Sezioni Unite, con parole quasi oracolari, continuavano nell'anticipazione del principio *Scoppola*: dovendosi ritenere di natura sostanziale e non processuale, l'intera l. 24 novembre 1981 n. 689. L'analisi, dunque, non si limitava solamente all'art. 135 c.p. il quale veniva connotato come disposizione «*priva di qualificazione*», giacché «*strumentale ad altro effetto giuridico consistente nella operazione di ragguaglio tra pena detentiva e pena pecuniaria*». Concludeva la Suprema Corte sostenendo che «*è solo la disposizione che regola tale effetto che deve ritenersi di natura sostanziale*» e, come tale, solo questa deve sottostare ai principi tipici della legge penale, a prescindere dalla collocazione sistematica della stessa⁵⁷.

Proseguendo sulla strada sin qui tracciata, merita una riflessione un arresto della Cassazione del 2015⁵⁸, che forse si discosta dagli argomenti sin qui evocati, affermando la non applicabilità retroattiva della *lex mitior* per quanto riguarda la totalità delle norme processuali.

La sentenza in commento attiene all'applicabilità del principio di retroattività della legge più favorevole a disposizioni processuali riguardanti, nel caso specifico, la modifica dell'art. 274, comma 2, lett. *b*) e *c*) c.p.p. in tema di esigenze cautelari. Per la Suprema Corte, tali variazioni non potrebbero ritenersi efficaci in riferimento alle misure cautelari applicate prima della l. n. 47 del 16 aprile 2015.

75.000= per giorno di detenzione, cifra ben maggiore rispetto a quella prevista dal succitato art. 53.

⁵⁷ Così come espresso dalla Cass. pen. S.U. n. 11397 del 25 ottobre 1995 in www.cassazionepenale.it (consultato il 27 maggio 2018).

⁵⁸ Nello specifico Cassazione Penale, Sez. IV del 21 maggio 2015, n. 24861 in www.cassazionepenale.it (consultata il 3 giugno 2018).

In realtà, anche con tale pronuncia, la Corte non si distanzia così nettamente dall'impostazione europea; ne muta solamente la prospettiva di arrivo. I giudici italiani dimostrano di concentrarsi comunque sull'intrinseca natura della disposizione, connotando l'art. 274 c.p.p. come norma meramente processuale e non di matrice sostanziale.

la Corte, difatti, pur percorrendo la medesima strada, giunge ad una meta diversa, non variando, però la linea del sentiero e classificando come esclusivamente processuali le norme afferenti alle misure cautelari.

Il risultato ottenuto, pur non condivisibile, prende abbrivio dalle pronunce della Corte Costituzionale n. 265 del 21 luglio 2010 sul medesimo tema.

Sul punto la Consulta attua un ragionamento - quasi "necessario" - imperniato sulla essenziale differenza tra la custodia cautelare in carcere e la detenzione a seguito di pena.

Assumendo quale punto di partenza la distinzione ontologica tra le due forme di detenzione, viene da sé che la misura cautelare, e con essa le norme che la disciplinano, mai possano essere assimilate alla pena, e, come logica conseguenza, mai le disposizioni che disciplinano la cautela possono connotarsi come sostanziali

⁵⁹

Facendo proprio il ragionamento dei giudici costituzionali, dunque, la Corte sembra operare la classica scelta tra due mali: ignorare l'incidenza delle disposizioni cautelari sulla libertà personale, che ben le potrebbe far assurgere a norme intrinsecamente sostanziali, oppure dovere ammettere che la misura cautelare personale si pone in contrasto alla presunzione di non colpevolezza.

Come pure s'è visto, la Cassazione più volte si è pronunciata sull'istituto della successione delle leggi processuali con ragionamenti di difficile condivisione. I giudici romani, difatti, venivano investiti della questione circa il d.l. 1 luglio 2013 n. 78 il quale modificava l'art. 280, comma 2, c.p.p., prescrivendo che solamente nei procedimenti per reati puniti nel massimo con cinque (e non con quattro) anni di reclusione avrebbe potuto applicarsi la cautela più afflittiva e, al contempo, elevava la pena massima per il reato di cui all'articolo 612-bis c.p. ad anni cinque di reclusione⁶⁰.

⁵⁹ Tra le tante si ricorda C. Cost., sent., 21 luglio 2010, n. 265 in www.cortecostituzionale.it (consultato il 4 marzo 2018) secondo la quale «*Affinché la restrizione della libertà personale nel corso del procedimento sia compatibile con la presunzione di non colpevolezza, è necessario che essa assuma connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva. La custodia cautelare deve soddisfare esigenze proprie del processo, diverse da quelle di anticipazione della pena, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è ancora stato giudicato colpevole in via definitiva*».

⁶⁰ Come evidenziato da Cass., sez. V, 10 giugno 2014, n. 31839 consultabile in www.dirittoegustizia.it (consultato il 16 febbraio 2018).

Secondo l'autorità giudiziaria rimettente, nel particolare caso, i principi della successione delle leggi penali nel tempo opererebbero in una duplice direttiva: irretroattivamente per quanto attiene alla disposizione sostanziale e nel senso della retroattività della *lex mitior* in riferimento alla modifica della norma cautelare.

Di opposta visione l'organo dell'accusa, sostenendo che fosse ben diversa la *ratio legis* perseguita dal legislatore: perorare la previsione ed il mantenimento della custodia cautelare in carcere nelle fattispecie di *stalking*, soprattutto a fronte di un'opinione pubblica parecchio sensibile ai recenti fatti di cronaca.

La Corte, pur ribadendo che la natura di una norma non debba essere desunta solamente dalla propria collocazione sistematica⁶¹, sosteneva che la particolarità del caso imponesse un'analisi ed una valutazione che andasse oltre i principi *stricto sensu* giuridici: decisive devono considerarsi la *voluntas legis* e le ragioni a motore della riforma legislativa⁶².

Anche la volontà del legislatore, dunque, costituisce un parametro per l'applicabilità della legge penale nel tempo.

Appare, tuttavia, più condivisibile l'orientamento per cui, al di là della collocazione sistematica e della volontà del legislatore, debba essere l'intrinseca natura di una disposizione a sussumerla sotto l'egida della, retroattività o dell'irretroattività. In tal senso la Cassazione esplicitamente afferma come «*le norme del codice di procedura penale che regolano i riti premiali nella parte in cui disciplinano le riduzioni di pena devono essere intese come norme regolatrici di "sanzioni"*» e come tali aventi natura *sostanzialmente sanzionatoria*⁶³.

Concludendo questo breve *excursus* non può non citarsi una recentissima sentenza della Suprema Corte, che applica il percorso argomentativo sin qui seguito ad una modifica processuale introdotta proprio dalla l. n. 103 del 2017, nello specifico guardando alla modificazione dell'art. 442 comma 2, c.p.p.⁶⁴.

⁶¹ «*La natura di una norma non deve essere valutata esclusivamente con riferimento alla sua collocazione formale o al momento applicativo all'interno del processo, bensì avuto riguardo (anche) ai concreti effetti pratici che produce. Così, anche una norma del codice di procedura e destinata ad applicarsi nel corso del processo può avere natura - anche solo in parte - sostanziale, laddove, come nel caso di specie, intervenga sulle condizioni di applicabilità (e, quindi, di permanenza) di una misura che incide sullo status libertatis del soggetto*». In questi termini la citata pronuncia, al § 9.

⁶² «*Nel caso di specie, ci troviamo di fronte ad una modifica priva di disciplina transitoria e, dunque, aperta a più soluzioni; il dichiarato fine del legislatore (nel prevedere altresì l'aumento della pena per il reato di atti persecutori) di voler mantenere la custodia cautelare per tale reato, non solo non contrasta con la ratio oggettiva della legge, ma, anzi, è con essa assolutamente compatibile; è la stessa contestualità dell'intervento modificativo delle due norme (art. 280 c.p.p. e art. 612-bis c.p.) ad assegnare al decreto legge, oggettivamente, la volontà di mantenere la possibilità di irrogare la custodia in carcere per tale reato*». Così In questi termini la citata pronuncia, al §13.

⁶³ Così in Cass., sez. II, 7 dicembre 2017 n. 54958 consultabile in www.quotidianogiuridico.it (consultato il 7 gennaio 2018).

⁶⁴ Nello specifico Cass., sez. IV, 11 gennaio 2018, n. 832 reperibile in www.dirittoegustizia.it (consultato il 23 aprile 2018).

La disposizione in questione prevedeva, prima dell'entrata in vigore della riforma Orlando, la diminuzione della pena di un terzo in caso di condanna a seguito di giudizio abbreviato,

Oggi, il secondo paragrafo dell'art. 442, comma 2, c.p.p., prevede sì la diminuzione di un terzo della pena, ma solo se si procede per un delitto; qualora si proceda per una contravvenzione, lo sconto è della metà. La Suprema Corte, ribadendo che «*l'art. 442, comma 2, c.p.p., pur essendo norma di carattere processuale, ha effetti sostanziali*» in quanto disciplina la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato.

Per tale ragione la disposizione in commento «*deve soggiacere al principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7, p. 1, CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, vale a dire irretroattività della previsione più severa ma anche, e implicitamente, retroattività o ultrattività della previsione meno severa*».

Riprendendo le parole della Corte, «*la riduzione di pena conseguente alla scelta del rito abbreviato, incidendo sul trattamento sanzionatorio concreto, ha ricadute necessariamente sostanziali, la cui natura non muta nonostante siano collegate non all'illecito penale in sé, ma ad un comportamento successivo, consistente nell'esercizio di una facoltà processuale*». In conclusione il secondo comma dell'articolo 442 c.p.p., come novellato dalla recente l. n. 103 del 2017, «*nella parte in cui prevede che, in caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà, anziché di un terzo, se si procede per una contravvenzione, pur essendo disposizione processuale, comporta un trattamento sostanziale sanzionatorio più favorevole e si applica come stabilisce l'art. 2 c.p., comma 4, anche alle fattispecie anteriori, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*».

5. Decreto penale di condanna e soluzioni processuali.

Ritenuta pacifica la natura di disposizione formalmente procedurale, ma intrinsecamente sostanziale, dell'art. 459, comma 1-bis, c.p.p. e consolidata la riconducibilità della stessa agli artt. 25 Cost., 7 Cedu e 2, comma 4, c.p., occorre ora prospettare come, concretamente, potrebbe applicarsi in ambito processuale la retroattività di detta *lex mitior*.

Deve premettersi, come detto, che l'assenza di disposizioni di diritto transitorio, oltre al principio richiamato poc'anzi, possano far affermare che la volontà del legislatore si concreti nell'operatività delle norme di diritto intertemporale comuni, e nel caso specifico, l'operatività della disposizione più favorevole al reo.

Fatta questa premessa, non può non evidenziarsi il vuoto normativo in tal modo creatosi.

La struttura del procedimento per decreto, in effetti, non consente esplicitamente la possibilità di recuperare eventuali *vulnera* presenti nella decisione monitoria.

Quale efficacia, dunque, per un decreto penale di condanna recante pena detentiva sostituita con pena pecuniaria ragguagliata precedentemente all'entrata in vigore dell'attuale art. 459, comma 1-bis, c.p.p., opposto ed ancora *sub iudice*?

Come s'è visto, nel caso in cui l'imputato intenda fare valere le proprie ragioni in dibattimento, non condividendo il *quantum* della sanzione comminata all'interno del decreto, può opporsi nei termini dell'art. 461 c.p.p.

Ad abundantiam l'art. 461, comma 2, c.p.p. ritiene che l'opposizione, a pena di inammissibilità, debba contenere gli estremi del decreto di condanna, la data del medesimo ed il giudice che l'ha emesso. Nulla è previsto circa l'indicazione dei motivi dell'opposizione.

L'opposizione al decreto penale di condanna, dunque, si sostanzia in un atto dalla duplice natura: da un lato è riconducibile al gravame, devolvendo al giudice *a quem* l'intera causa affinché giudichi *ex novo* con la medesima ampiezza di poteri caratterizzante il giudice *a quo* e, dall'altro, presenta delle peculiarità uniche.

In primo luogo tale impugnazione è, di fatto, sprovvista dell'effetto devolutivo in quanto, una volta proposta e ritenuta ammissibile, il processo prosegue dinanzi al giudice del medesimo grado e non di fronte ad uno di grado superiore.

Quanto all'indicazione di specifici motivi, nulla è previsto. Addirittura, qualora l'atto oppositivo ne fosse fornito, il giudice ben potrebbe prescindervi, avendo piena cognizione di tutti i punti costituenti la decisione e non solamente di quelli indicati⁶⁵.

Infine, non sussiste il divieto di *reformatio in peius* e l'opposizione del singolo sortisce semplicemente un effetto estensivo nei confronti della pluralità di imputati per il medesimo fatto.

A norma dell'articolo 464, comma 3, c.p.p., nel giudizio conseguente all'opposizione il decreto penale di condanna deve essere revocato.

La revoca, a mente della disposizione predetta, non necessita nemmeno di un atto formale del giudice, in quanto producibile *ex lege* a seguito di accoglimento della richiesta di opposizione la quale «risolve la rilevanza giuridica della decisione impugnata e ripropone l'intera res iudicanda»⁶⁶.

Dal quadro normativo elencato, appare di difficile condivisione la più logica ed immediata soluzione che attribuisce al giudice del dibattimento il potere di sanare il difetto di calcolo determinato dalla differenza tra vecchi e nuovi parametri, applicando così, su richiesta dell'imputato, la pena più favorevole ragguagliata all'attuale comma 1-bis.

Tale prospettiva non appare priva di possibile fondamento normativo ma necessita di un'operazione analogica di non semplice affermazione.

Stante il combinato disposto tra gli artt. 448, comma 1, c.p.p. e 464, comma 4, c.p.p., l'espansione del potere del giudice dibattimentale di sanare il *vulnus* causato dal mutato ragguaglio potrebbe apparire concreta.

Tuttavia, tale conclusione mal si concilia con l'intrinseca *ratio* del rito in questione rischiando, oltremodo, di frustrare la scelta di celerità ed economia processuale adottata dal pubblico ministero in sede di indagini preliminari.

⁶⁵ Così R. ORLANDI, *Procedimenti*, cit., p. 751.

⁶⁶ Con le parole di F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012 p. 750 ss.

L'assunto è sostenibile attraverso un'attenta lettura delle disposizioni testé richiamate..

L'analogia con il procedimento di applicazione di pena su richiesta delle parti, se da un lato è da più parti convalidato e noto, stante la comunanza degli artt. 53 l. 24 novembre 1981 n. 689 e 4 l. 12 giugno 2003 n. 134 che aveva infatti recepito l'inedito modello dei "tassi giornalieri"⁶⁷, dall'altro non può che evidenziare notevoli differenze.

Dal tenore dell'art. 448 c.p.p. e da un'analisi precisa del procedimento per decreto, emerge come la soluzione analogica predetta troverebbe ragione solo ed esclusivamente «*prima dell'apertura del dibattimento*».

Se, diversamente, l'analogia in questione venisse estesa anche alla fase successiva alla chiusura del dibattimento, o all'eventuale impugnazione, questa sarebbe completamente inutile e priva di reale efficacia. Il giudice dell'opposizione a decreto penale di condanna - ossia il giudice dibattimentale - possiede già insito nella propria funzione il potere di rideterminare la pena, sia in *melius* che in *peius*. Inoltre, come intendersi i *beneficia* connaturati al rito per decreto riapplicabili dal giudice del dibattimento ?

Collocando, per altro verso, tale potere del giudice nella fase antecedente all'apertura del dibattimento verrebbe preservata la finalità deflattiva e di economicità processuale dell'istituto⁶⁸.

Sorge qui un differente problema: il giudice dibattimentale, per sua natura e funzione, non ha alcuna conoscenza del contenuto del fascicolo del pubblico ministero, affrontando il dibattimento con stato di *virgin mind*⁶⁹. Come ritenere possibile l'esercizio del potere di rideterminazione della pena ai nuovi parametri di ragguaglio, - si ricorda incidenti sullo stato patrimoniale personale e familiare del reo -, senza la possibilità di avere contezza di tale situazione fattuale ?

L'analogia compiuta appare, pertanto, monca e bisognosa di ulteriori correttivi.

Uno di questi possibili potrebbe essere costituito dalla possibilità di inserire, in caso di opposizione ritenuta ammissibile, un comma ulteriore all'articolo 461 c.p.p. che in tal modo reciti: «*gli atti di indagine riguardanti la condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare, compiuti dal pubblico ministero o dall'imputato a norma degli articoli 391-bis - 391-decies, in caso di*

⁶⁷ Vedi sul punto F. BRICOLA, *Pena pecuniaria, pene fisse e finalità rieducativa*, in G. BETTIOL (a cura della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova), *Sul problema della rieducazione del condannato*, Giuffrè, 1964, p. 213 ed E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, pp. 440-441.

⁶⁸ Già i lavori preparatori e la Relazione al progetto preliminare, difatti, chiariscono l'esistenza di una lettura più profonda delle direttive della legge delega, in base alla quale è possibile enucleare una *ratio* sottesa ai procedimenti alternativi consistente nell'esigenza di istituire incentivi premiali con finalità deflattive. Così G. NICOLUCCI, *Il procedimento per decreto penale*, Giuffrè, 2008, p. 40.

⁶⁹ Con espressione di D. SIRACUSANO, *Gli atti del dibattimento*, in *Diritto processuale penale*, vol. 2, Giuffrè, 2011, p. 347.

opposizione ritenuta ammissibile, confluiscono nel fascicolo di cui all'articolo 431 c.p.p.».

Più immediata, per altro verso, appare la soluzione di considerare tali aspetti alla stregua di «*fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali*» come previsto dall'articolo 187, comma 2, c.p.p.

Una tale soluzione consentirebbe di escludere, per tali materiali, la rigidità delle scansioni afferenti all'*iter probatorio*, ben potendo essere prodotti dalla parte che ne ha interesse anche in sede di prima udienza⁷⁰.

Beninteso l'impostazione prospettata imporrebbe alla difesa l'onere di chiarire, in riferimento a tali elementi, la rilevanza e la decisività in un ottica che, se da un lato consente una possibile soluzione al vuoto normativo causato dalla legge di riforma, dall'altro rischia di imporre un'inversione dei ruoli distante dal generale principio accusatorio.

Proseguendo nel vaglio delle possibili soluzioni, anche l'interpretazione estensiva dell'art. 464, comma 4, c.p.p. non appare di agevole proposizione.

Sul punto occorrerebbe interpretare la stessa come «*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*»⁷¹.

Tale operazione rischierebbe di snaturare completamente la scelta operata dal pubblico ministero, cambiando in modo incomprensibile la fisionomia del procedimento stesso⁷².

Altra soluzione interpretativa potrebbe considerarsi quella di estendere, anche al procedimento per decreto, l'applicabilità dell'art. 111, comma 7, Cost..

La ricorribilità per cassazione del decreto penale di condanna, emesso e non opposto, consentirebbe l'applicazione dell'art. 619, comma 3, c.p.p., ossia la rettificazione di errori non determinanti annullamento in caso di legge più favorevole all'imputato.

Sul punto, troverebbe in tal senso ragione quella parte della dottrina che considera il decreto penale di condanna come un «*provvedimento sulla libertà personale*»⁷³.

Due problematiche, però, affliggono la soluzione prospetta.

In primis, si evidenzia come l'art. 111, comma 7, Cost parli esplicitamente di «*violazione di legge*». Non appare affatto scontato che un decreto penale di condanna ragguagliato ai parametri antecedenti l'entrata in vigore del comma 1-bis costituisca una «*pena illegale*». Sul concetto espresso, sinteticamente, può definirsi

⁷⁰ In tal senso F. TRAPPELLA, *Rimedi al mancato riconoscimento della particolare vulnerabilità della persona offesa*, in *Cassazione penale*, 2017, p. 3262.

⁷¹ Così in V. AIUTI, *Condanna per decreto*, cit., p.15.

⁷² Con le parole di F. CORDERO, *Procedura*, cit., pp. 1082-1083 «*sarebbe incoerente al sistema una "conferma" del favore destinato all'acquiescente*».

⁷³ In tal senso G. PAOLOZZI, *Il procedimento alternativo per decreto penale*, Giuffrè, 1988, p. 325 ss.

tale «*la pena (o sanzione) non prevista dall'ordinamento giuridico la cui definizione non può prescindere dai vizi procedurali*»⁷⁴.

Il concetto, dunque, non parrebbe rientrare appieno nella situazione descritta, posto che i decreti penali antecedenti alla riforma Orlando apportavano un *quantum poenae* perfettamente rientrante nei limiti previsti dalla normativa al tempo in vigore.

Il concetto di “violazione di legge” dovrebbe, pertanto, registrare un’interpretazione estensiva di non agevole soluzione, imposto esclusivamente dal principio generale di retroattività della *lex mitior* inteso come principio di pari grado costituzionale, sancito dall’art. 3 Cost..

Secondariamente, l’art. 619, comma 3, c.p.p. presuppone, quale *condicio sine qua non*, la non necessità di nuovi accertamenti di fatto, preclusi alla corte di Cassazione.

Tale condizione, seppure pienamente conforme alla morfologia del procedimento per decreto, potrebbe non essere concretamente rispettabile, stante la già citata attività del pubblico ministero, spesso non orientata alla valutazione delle condizioni economiche personali e familiari dell’imputato.

A parere di chi scrive, l’unica soluzione possibile per decreti penali di condanna ragguagliati ai parametri antecedenti all’entrata in vigore del comma 1-bis, opposti, ed ancora *sub iudice*, non può che rinvenirsi nella natura intrinseca del rito.

Applicando un procedimento simile a quello utilizzato dalla dottrina nella considerazione della causalità per il reato omissivo⁷⁵, occorrerebbe chiedersi quali sarebbero gli effetti del comportamento processuale dell’imputato se il decreto penale di condanna fosse stato ragguagliato correttamente ai parametri e con i criteri indicati dall’art. 459, comma 1-bis, c.p.p.

Il ragionamento esposto è sostenibile attraverso la considerazione *tout court* del procedimento per decreto. Come pure s’è visto, la natura del procedimento speciale in questione, come quella del decreto ingiuntivo nel rito civile, presuppone un contraddittorio solo eventuale e differito, conseguenza di una concreta opzione procedurale dell’indagato o del creditore⁷⁶.

⁷⁴ Con queste parole M. GAMBARDELLA, *il danno da errore del legislatore*, in AA.VV., *La vittima del processo: i danni da attività processuale penale*, (a cura di) G. SPANGHER, Giappichelli, 2017, p. 417.

⁷⁵ Mentre la causalità dell’azione si fonda su un giudizio di realtà incentrato su un evento che si è verificato perché il soggetto concretamente ha agito, la causalità dell’omissione si fonda su un giudizio ipotetico in relazione ad un evento che non si sarebbe verificato se l’azione impeditiva fosse stata tenuta. In questi termini G. MARSEGLIA, L. VIOLA, *La responsabilità penale e civile del medico*, Halley editrice, 2007, p.116.

⁷⁶ Sulla similitudine tra decreto penale di condanna e decreto ingiuntivo non può non citarsi D. CORRADINI H. BROUSSARD, in A. GAITO, *La prova penale*, Utet, 2008, p.16 per il quale il decreto ingiuntivo ed il decreto penale di condanna, proprio perché pronunciati *inaudita altera parte*, violano il principio del contraddittorio e costituirebbero, pertanto, solamente una *factio iuris*, per quanto consentita dall’ordinamento. Ed anche R. ORLANDI, *Procedimenti, cit.*, p.783, per il quale è evidente, nel rito *de quo*, l’analogia con i

Punto comune dei due procedimenti è, senza dubbio, la marcata connotazione partecipativa del soggetto destinatario degli stessi. Come nel decreto ingiuntivo il creditore può optare per l'adempimento dell'obbligazione richiesta, allo stesso modo, nel decreto penale di condanna, l'imputato potrebbe coscientemente scegliere di non opporsi, adempiendo così all'obbligazione e saldando il debito che lo stesso può ammettere di avere nei confronti dello Stato e della collettività.

Oltretutto, lo stesso comma 1-bis, come anche l'intera composizione giuridica del rito con la previsione di amplissimi benefici per l'imputato in caso di non opposizione, è chiaramente diretta ad orientarlo nel senso della non opposizione⁷⁷.

Tanto quanto per l'ingiunto, anche per l'imputato l'elemento determinante non può che essere il *quantum poenae*, ossia l'entità in concreto della sanzione.

Ben potrebbe, difatti, l'imputato propendere per la mancata opposizione a fronte di una determinata sanzione, oppure considerare l'opposta evenienza dinanzi ad una somma differente e maggiore.

Il *quantum poenae*, allo stesso modo del *quantum debetur*, si pone come elemento essenziale per la concreta e cosciente partecipazione dell'indagato al proprio procedimento

Tale diritto partecipativo si estrinseca quale corollario del generale diritto di difesa e si esplica non solamente nella fase dibattimentale, ma anche durante tutto l'*iter* procedimentale in cui il soggetto ha la facoltà di orientare il procedimento in un verso o nell'altro.

La partecipazione dell'imputato al processo, intesa qui non come mera partecipazione fisica, bensì come partecipazione strategica e processuale, rappresenta la «*proiezione nel processo di quegli attributi di libera determinazione, autonomia, e auto-responsabilità che assistono l'individuo in ogni settore della vita sociale*»⁷⁸. In tal modo, quindi, anche nel processo penale deve essere garantita l'effettiva possibilità di agire secondo le proprie scelte, allo scopo di tutelare la riaffermazione delle proprie ragioni nel modo che il soggetto ritiene più confacenti alla propria posizione nei confronti delle accuse mossegli⁷⁹.

Ora, appare chiaro come l'art. 459, comma 1-bis, c.p.p. integri una disposizione riguardante sì la quantificazione della pena, ma presenti anche i profili di una norma afferente alla partecipazione dell'imputato al procedimento *de quo*.

E non potrebbe essere altrimenti, posto che la garanzia del diritto alla difesa, intesa come partecipazione al procedimento, soprattutto declinata alla luce dell'art. 6 Cedu, non afferrisce solamente all'assistenza tecnica e alla rappresentanza della parte privata in ogni fase del giudizio, ma concerne la più ampia possibilità

procedimenti monitori propri del rito civile dei quali il procedimento per decreto ben può rappresentare una sorta di «*trasposizione in campo penale*».

⁷⁷ Così come osservato da G. SPANGHER, *Procedimento per decreto e criteri di ragguaglio per la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria*, in G. SPANGHER (a cura di), *La Riforma Orlando*, Pacini editore, 2017, p.207.

⁷⁸ In questi termini O. DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Giuffrè, 1985, p. 153.

⁷⁹ O. DOMINIONI, *Le parti., cit.*, p. 153.

dell'imputato di partecipare coscientemente ed effettivamente al procedimento che lo riguarda. Ne deriva che il principio espresso implica la consapevolezza della partecipazione e, pertanto, che l'interessato sia posto nella condizione di comprendere e di potere valutare l'intero procedimento, determinando, in tal modo, le proprie scelte processuali⁸⁰.

Stante tale connotazione, deve essere tutelata la prevalenza dell'interesse difensivo e partecipativo dell'imputato, anche sopra ad altre questioni riguardanti, ad esempio, l'economia processuale⁸¹.

Deve inoltre ricordarsi che il diritto di partecipazione dell'imputato al proprio procedimento, inteso nell'ottica sovranazionale del diritto al giusto processo dell'articolo 6 cedu, impone che ai diritti della Convenzione debba essere data applicazione pratica e concreta all'interno degli ordinamenti nazionali⁸².

Occorre, dunque, interrogarsi se ed in che modo gli istituti processuali presenti nel nostro ordinamento siano in grado di dare diretta e concreta applicazione ai principi sanciti dalla Convenzione: nel caso specifico, al diritto di partecipazione e alla garanzia difensiva di una scelta consapevole, insiti nel diritto ad un giusto processo⁸³.

Dalla disamina compiuta, a parere di chi scrive, un decreto penale antecedente all'entrata in vigore della riforma Orlando, ragguagliato ai parametri all'epoca vigenti, rappresenta un atto processuale viziato dalla nullità intermedia prevista dall'art. 178, lett. c), c.p.p.

Tale soluzione risulta la più conforme, non solamente ai dettami codicistici, ma anche e soprattutto ai principi costituzionale e sovranazionali, primo fra tutti il diritto di difesa.

In questo senso, tale nullità è definita «*intermedia*» dalla dottrina in quanto presenta caratteristiche proprie delle nullità assolute - potendosi rilevare anche *ex officio* -, ed in parte delle nullità relative - sanate se non rilevate dal giudice o eccepite dalle parti in un momento anteriore alla deliberazione della sentenza di primo grado⁸⁴.

⁸⁰ Così in G.LEO, *Il problema dell'incapace "eternamente giudicabile": un severo monito della corte costituzionale al legislatore*, in *Dir. pen. contemp.* (rivista online) 18 febbraio 2013.

⁸¹ Ed in tal senso non può non citarsi F. TRAPPELLA, *Il contraddittorio dopo il giudicato*, 2018, Cedam, p. 286 per il quale «*la partita della giustizia penale si gioca tutta attorno alla necessità di individuare un equilibrio tra l'efficienza del processo e la tutela dei diritti di chi in esso sia coinvolto: vettore della loro espressione è, ovviamente, il contraddittorio*».

⁸² Non per nulla le disposizioni della Convenzione e l'interpretazione fornita dalla Corte edu svolgono anche una «*funzione di indirizzo*» nell'applicabilità e nell'interpretazione delle norme di diritto interno. In tal senso M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Giappichelli, 2017, p.59.

⁸³ Sul punto in maniera maggiormente approfondita R. APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 3, p.8.

⁸⁴ Così N. TRIGGIANI, *Le nullità e le altre specie di invalidità*, in A. SCALFATI (a cura di), *Manuale di diritto processuale cit.*, p.217.

Deve trovare applicazione nell'ipotesi evidenziata il principio della «*diffusività delle nullità*»⁸⁵ per il quale la patologia dell'atto travolge e rende invalidi tutti gli atti consecutivi dipendenti da quello dichiarato nullo.

Il giudice, pertanto, dichiarata la nullità del decreto penale di condanna, sarà tenuto a restituire gli atti al pubblico ministero comportando così la regressione del procedimento allo stato ed al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo.

L'organo dell'accusa si troverà davanti ad una duplice scelta: esercitare l'azione penale nuovamente attraverso la disciplina del rito alternativo oppure mediante altre modalità previste dal codice di rito.

Nel caso in cui propendesse ancora per il procedimento di cui agli articoli 459 e seguenti c.p.p. occorrerà rideterminare il ragguglio della pena ai nuovi parametri consentendo così all'imputato di esercitare, compiutamente e consapevolmente, le proprie facoltà difensive: proporre opposizione nel termine come per legge oppure accettare la sanzione in tal modo comminata ed i *beneficia* sottesi a tale opzione.

La soluzione risulta confacente alla *ratio* stessa del procedimento per decreto il quale, se da un lato si contraddistingue per l'aspetto eminentemente deflattivo, dall'altro non può non dar conto della peculiare posizione dell'imputato e dei propri poteri dispositivo e partecipativo.

⁸⁵ Ancora N. TRIGGIANI, *Le nullità* cit., p. 222.