

La prescrizione nel sistema penale portoghese e le garanzie dello Stato di Diritto¹

di Teresa Pizarro Beleza² e Frederico de Lacerda da Costa Pinto³

Abstract: The statute of limitations has been challenged in the last decades by the existence of complex criminal cases that motivate longer investigations, by the anticipation of criminal intervention (transformation of crimes of result into crimes of danger), by more complex law techniques and by the fragmentation of the relevant facts. In three crimes this difficulty is felt in particular: abuse of fiscal trust, corruption and fraud to get subsidies. The public health emergency legislation that was created in March 2020 was another step in this complexity, having divided doctrine and jurisprudence on the compatibility of such solutions with the constitutional criminal guarantees. A problem to which a recent decision by the Portuguese Constitutional Court gave an answer, similar to that offered by the Italian Constitutional Court.

Keywords: statute of limitations, the principle of legality, prohibition of retroactivity, trust, public health emergency

3867

I. Ambivalenza della prescrizione dei valori dello Stato di Diritto

La prescrizione ha una pluralità di significati nell'attuale Stato di Diritto e, in alcuni casi, porta anche a valutazioni contraddittorie nel sistema di garanzie penali. Il regime della prescrizione in vigore corrisponde, in sostanza, a una configurazione giuridica della seconda metà del XX secolo. Tuttavia, i due decenni del XXI secolo hanno portato nuove realtà criminologiche, nuovi spazi

¹ Ringraziamo il nostro collega, Professor Fabrizio Esposito, della *NOVA School of Law*, per la sua generosità, impegno e disponibilità nel garantire la traduzione di questo testo dall'originale in portoghese.

² Professoressa ordinaria presso la *NOVA School of Law* dell'Università Nova di Lisbona (www.novalaw.unl.pt). Coordinatrice del gruppo di ricerca *Criminalia* (CEDIS, *NOVA School of Law*).

³ Professore associato presso la *NOVA School of Law* dell'Università Nova di Lisbona. Presidente del Consiglio Pedagogico. Membro del gruppo di ricerca *Criminalia* (CEDIS, *NOVA School of Law*). Consulente della *Comissão do Mercado de Valores Mobiliários* (Commissione portoghese per il mercato dei titoli - CMVM). Le opinioni espresse in questo studio non possono essere attribuite a nessuna delle istituzioni alle quali sono professionalmente legato.

tecnologici e nuovi problemi che sfidano le soluzioni attuali, creando talvolta rischi di erosione delle garanzie penali e della legittimità del potere punitivo; o, almeno, la necessità di ripensare alcuni aspetti del regime giuridico e i contorni di alcune garanzie.

1. Si sa che il tempo segna tutte le cose di questo mondo in modo più o meno invisibile. Per questo i testi sacri ci dicono che "Per ogni cosa c'è il suo momento, il suo tempo per ogni faccenda sotto il cielo" (Ecclesiaste 3:1). Il potere punitivo dello Stato è anche soggetto al segno conforme del tempo e, di regola, ha un tempo per nascere e un tempo per morire. Fuori dal tempo giusto, la legittimità del potere punitivo può subire il logorio della mancata corrispondenza con il mondo della vita e con la memoria delle persone del suo tempo.

In questa luce, la prescrizione svolge un'importante funzione di razionalizzazione della pretesa punitiva dello Stato, come ostacolo procedurale alla continuazione del procedimento o all'esecuzione di una pena, a seconda del tempo trascorso dalla data dei fatti o dalla condanna definitiva. Questa funzione razionalizzatrice può essere vista come una manifestazione del principio del minimo intervento e della necessità della pena, con uno scopo organizzatore dell'esercizio del potere punitivo e del principio della fiducia del cittadino. Al di là del momento giusto, la legittimità materiale del potere punitivo può essere attenuata e la necessità della punizione diminuita. Questo giustifica anche la prevalenza della certezza del diritto per il cittadino dal momento in cui il processo e la pena appaiono fuori dal tempo e dalle persone.

Non si tratta quindi di un imperativo giusnaturalistico, ma piuttosto di una consapevole opzione politica per modellare il potere punitivo dello Stato. Questa funzione razionalizzatrice si manifesta in una garanzia, data dallo Stato a qualsiasi cittadino, di non aggiornare il conflitto penale in momenti temporalmente sfasati rispetto agli avvenimenti sociali, permettendo così l'affermazione di una fiducia pacificatrice nella società.

La configurazione specifica di questa garanzia varia da sistema a sistema. Ma in uno Stato di Diritto il rafforzamento della fiducia sociale nelle azioni dello Stato è un bene in sé e un valore al servizio della libertà individuale. Ciò è tanto più vero in quanto la prescrizione si basa su motivi sostanziali e procedurali rilevanti, come una riduzione significativa delle esigenze di prevenzione punitiva e la stessa necessità sociale della pena, l'indebolimento della censura sociale del colpevole o le potenziali difficoltà probatorie e il rischio di aumentare gli errori giudiziari.⁴ Il tempo modella e limita la realtà e anche il Diritto e, in particolare, condiziona l'esercizio del potere punitivo dello Stato.

⁴ Sull'argomento, per tutti, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, 1993, 698 e ss.

2. La Costituzione portoghese del 1976 (CRP) contiene, fin dall'inizio, una forte "Costituzione penale" che comprende un'ampia collezione di garanzie sostanziali nell'applicazione del diritto penale (articolo 29) e della procedura penale (articolo 32). Inoltre regola autonomamente materie specifiche come la detenzione, la custodia preventiva, i limiti delle pene e delle misure di sicurezza, l'*habeas corpus*, l'espulsione, l'extradizione e il diritto d'asilo o la protezione del domicilio e della corrispondenza, anche e soprattutto in materia penale (articoli 27, 28, 30, 31, 33 e 34 della CRP). Ma, curiosamente, non prevede da nessuna parte la figura della prescrizione del reato o della pena.

Ciò significa che la prescrizione - o un certo regime di prescrizione - non deriva da un'esplicita esigenza costituzionale, ed è anche per questo che l'esistenza legale di reati imprescrittibili, ad esempio, o l'alterazione dei termini di prescrizione da parte di nuove leggi nel corso del procedimento, non sarà necessariamente incostituzionale. Il quadro costituzionale di queste materie richiede l'uso di altri referenti, come vedremo.

L'assenza di un regime costituzionale esplicito sulla prescrizione del processo penale e delle pene ha permesso alla Corte Costituzionale di affermare, un tempo, che la Costituzione non riconosce un diritto dell'imputato alla prescrizione, ma che questa figura integra l'insieme delle garanzie penali dello Stato di Diritto (articolo 2 della Costituzione) con rilevanza in varie materie, tra cui le esigenze di sicurezza, uguaglianza, proporzionalità e, inequivocabilmente, l'esigenza di legalità e il divieto di retroattività.⁵ La portata di quest'ultimo divieto è più discutibile, come si vedrà nel corso di questo studio.

Alla luce del principio di fiducia, uguaglianza e proporzionalità, i regimi giuridici che contengono termini di prescrizione eccessivamente lunghi o che comportano differenze di trattamento materialmente ingiustificate tra diversi attori e diversi reati possono, ad esempio, essere contestati.

Questa discussione assume attualmente una particolare rilevanza quando il legislatore, ad esempio, sembra ammettere la possibilità di aumentare significativamente i termini di prescrizione per i reati di corruzione e i reati connessi (ad esempio traffico di influenza, abuso di potere, ricezione indebita di vantaggi o malversazione).

Il requisito della legalità può essere formulato per tutta la legislazione, sostanziale o procedurale, che regola i termini di prescrizione e il loro conteggio, comprese le cause di sospensione e interruzione di tali termini. Da questo punto

⁵ Tra le altre, la Sentenza della Corte Costituzionale n. 366/2018, del 3 luglio (Maria Rangel de Mesquita), invocando nello stesso senso le sentenze n. 483/2002, n. 629/2005 e n. 126/2009, che sostengono che non esiste un diritto soggettivo dell'imputato alla prescrizione, ma che la figura acquista rilevanza costituzionale alla luce dei principi fondamentali dello Stato di Diritto. Recentemente, la sentenza della Corte Costituzionale n. 500/2021 del 9 luglio (Joana Fernandes Costa), disponibile su www.tribunalconstitucional.pt.

di vista, la Corte Costituzionale portoghese⁶ ha formulato il requisito della legge che contempla esplicitamente le cause di sospensione o interruzione, togliendo legittimità a soluzioni giudiziarie che, senza supporto esplicito nella legge, determinano la sospensione o l'interruzione del corso della prescrizione per cause simili a quelle previste, ma senza avere supporto letterale e, pertanto, atipiche da questo punto di vista.

3. C'è anche un altro lato della questione. La prescrizione è oggi un problema serio anche per gli Stati di Diritto che, negli ultimi due decenni, si sono trovati di fronte a due fenomeni particolari:

Dopo una prudente depenalizzazione (avvenuta negli anni ottanta) abbiamo assistito, da un lato, a un'espansione molto significativa del diritto penale in nuovi ambiti (con nuove forme di crimine organizzato o articolazioni molto complesse tra più agenti), tra cui i campi tecnologici e il crimine organizzato nazionale e transnazionale. Un'espansione per la quale, d'altra parte, le istanze giudiziarie erano di regola poco o per nulla preparate.

In questo contesto, il debole investimento fatto per decenni dal potere politico nella modernizzazione delle strutture giudiziarie e di polizia (tribunali, giudici, forze di polizia, supporto tecnico specializzato) e l'aumento della pendenza giudiziaria ha trasformato la prescrizione in una ghigliottina per l'attuazione della giustizia penale e in un pericoloso fattore di erosione della fiducia nello Stato di Diritto: quando la magistratura non è in grado di indagare e punire in tempo, spesso il crimine paga o si genera una convinzione (forse esagerata) che paga. In questi casi, la sensazione di disuguaglianza sociale di fronte alla legge si accentua, ledendo la credibilità stessa del sistema di giustizia penale. Quando il potere punitivo dello Stato non viene esercitato in tempo e in un tempo ragionevole per far valere il diritto violato (il "tempo giusto"), ciò che prevale è la possibile ingiustizia e la debolezza del potere punitivo. Sia a livello reale, sia a livello delle percezioni sociali su come funziona la giustizia. Anche se queste sono esagerate e infondate.

Una debolezza di questa natura è spesso compensata dall'eccessiva copertura mediatica dei momenti preliminari del processo, come l'arresto, il primo interrogatorio giudiziario o l'applicazione di misure coercitive prima dell'imputazione stessa. La copertura giornalistica di questi atti finisce per svalutare la centralità del dibattimento (come momento costitutivo del giudizio di responsabilità penale) e converte mere fasi preliminari del processo penale in mere fonti della gogna punitiva mediatica. Questo costituisce una strada aperta all'erosione e alla negazione dello Stato di Diritto, sempre alimentata dall'irrazionale populismo della manipolazione politica.

⁶ Si veda la Sentenza della Corte Costituzionale n. 183/2008 del 12 marzo (Maria Lúcia Amaral), disponibile all'indirizzo www.tribunalconstitucional.pt, che viene discussa di seguito.

L'adeguata risoluzione di questo problema non passa, però, attraverso il prolungamento reattivo dei termini di prescrizione - di per sé un rimedio facile ma poco efficace - perché questa via non crea da sola i mezzi o le competenze che mancano all'indagine penale e al sistema giudiziario. Solo l'investimento finanziario, logistico e scientifico nell'ammodernamento dell'apparato giudiziario, degli organi di polizia giudiziaria e dei mezzi per svolgere le indagini penali può evitare (o minimizzare) i problemi sopra menzionati. Questo è anche il modo più sicuro per difendere lo Stato di Diritto contro un populismo giuridico aggressivo.

4. La prescrizione della procedura pur essendo, di regola, favorevole all'accusato può creare una certa erosione dell'aspetto sociale della presunzione d'innocenza.⁷

Il termine di prescrizione è imposto ai soggetti processuali come una regola di diritto pubblico che non dipende dalla volontà dei soggetti processuali. Una volta scaduto il termine di prescrizione, l'imputato non ha la possibilità di chiedere la prosecuzione del procedimento per ottenere un'assoluzione sostanziale. Se il procedimento ha un «assistente» (la vittima o chi la rappresenta, un soggetto del procedimento penale con forti poteri di intervento nel processo), non può nemmeno chiedere la continuazione del procedimento, neppure nei casi in cui anche l'imputato la preferirebbe.

Il regime cui si fa riferimento (irrilevanza della volontà dei soggetti processuali quanto alla non efficacia della prescrizione) è in linea con la dimensione giuridica della presunzione d'innocenza dell'imputato, poiché senza una condanna definitiva l'innocenza prevale in modo assoluto. Ma la soluzione è in qualche modo erosiva per la dimensione sociale della presunzione d'innocenza, poiché la prescrizione può essere applicata dopo l'applicazione di misure coercitive (che richiedono prove o forti indizi di coinvolgimento nei fatti), un'incriminazione o anche dopo una decisione giudiziaria che imputa la responsabilità penale all'imputato, senza che quest'ultimo possa contrastare tali imputazioni nel processo una volta che sia stato dichiarato prescritto.

C'è anche una certa asimmetria sistematica nelle regole: in un crimine semipubblico o privato, in cui l'inizio del procedimento penale dipende dalla presentazione di una querela da parte della vittima, la successiva archiviazione del caso dipende - giustamente - dalla mancata opposizione dell'imputato (articolo 116, n. 2 del Codice Penale). Allo stesso modo, l'archiviazione del caso quando la rinuncia alla pena avviene dopo l'imputazione dipende dall'accordo dell'imputato (articolo 280, n. 2 del Codice di Procedura Penale). Lo stesso non vale, però, per la dichiarazione della prescrizione dei procedimenti penali in cui,

⁷ Sulle dimensioni giuridiche e sociali della presunzione di innocenza, Teresa Pizarro Beleza, «O processo penal português em tempos de mudança» in *Themis Especial* n.º 6 (2018), 73 e ss.

nonostante i sospetti lanciati o le accuse formali contro l'imputato, quest'ultimo, in caso di prescrizione, non può chiedere la continuazione del procedimento.

II. Modalità di prescrizione, differenziazione dei termini e reati imprescrittibili

Nel sistema penale portoghese, i termini di prescrizione sono normativamente indicizzati alla gravità astratta della pena legale e sono poi completati da cause di sospensione e interruzione, sempre con limiti massimi di durata. Di regola, ciò impedisce che la sospensione o l'interruzione del decorso dei termini generi situazioni indeterminate per quanto riguarda i termini di prescrizione.

1. Il diritto portoghese prevede due forme di prescrizione: la prescrizione dell'azione penale (articoli da 118 a 121 del Codice Penale) e la prescrizione delle pene (articoli da 122 a 126 del Codice Penale). Nel primo caso, il trascorrere di un periodo di tempo prescritto dalla legge impedisce l'inizio o la continuazione del procedimento; nel secondo caso, la pena imposta in una sentenza definitiva non può più essere eseguita.

La prescrizione delle pene in Portogallo va da quattro anni (per le pene specifiche di meno di due anni di reclusione o per le pene di altra natura) a venti anni (per le pene specifiche di più di dieci anni di reclusione) (articoli 122 del Codice Penale). Le misure di sicurezza si prescrivono dopo quindici anni (se sono di custodia) e dieci anni (se non sono di custodia). Il periodo di prescrizione per la revoca della patente di guida è di cinque anni (articolo 124).

I termini di prescrizione dei procedimenti penali variano normalmente secondo i limiti massimi astratti delle pene corrispondenti al reato imputato nel procedimento, tra due anni e quindici anni (articolo 118 del Codice Penale). Il decorso del termine di prescrizione opera in relazione a ciascun reato considerato individualmente, anche se l'accusa è fatta sotto il regime dei reati concorrenti. Il decorso di questi termini può essere sospeso o interrotto per cause stabilite dalla legge (articoli 120 e 121 del Codice Penale), ma esistono dei limiti massimi (il termine legale più la metà) per i termini soggetti a queste vicissitudini (articoli 120, comma 2 e 121, comma 3 del Codice Penale). Così, ad esempio, un termine di prescrizione legale di cinque anni ha normalmente un limite massimo (comprese le sospensioni e le interruzioni) di sette anni e mezzo.

Recentemente, è stato creato un nuovo limite all'estinzione del procedimento penale per prescrizione: nei reati contro la libertà sessuale e l'autodeterminazione dei minori, il procedimento penale non si estingue per prescrizione prima che la vittima abbia compiuto ventitre anni (articolo 118, comma 5 del Codice Penale). Questa soluzione ha ristabilito un equilibrio giuridico nella protezione della vittima e dei mezzi procedurali a sua disposizione.

È prevedibile che questi limiti di tempo possano essere rivisti e aggiornati durante il prossimo decennio. Ma, con piccole variazioni, questi dovrebbero rimanere i tempi di riferimento nel sistema penale portoghese.

2. Fino alla fine del XX secolo, non esistevano crimini imprescrittibili nell'ordinamento giuridico portoghese e i casi solitamente segnalati a livello internazionale (ad esempio alcuni crimini contro l'umanità e i crimini commessi negli stati totalitari) erano soggetti alle maggiori riserve della dottrina.⁸ Tuttavia, la legge n. 31/2004, del 22 luglio (aggiornata dalla legge n. 11/2019, del 7 febbraio) ha dichiarato imprescrittibili il perseguimento e le pene per i crimini di genocidio, contro l'umanità, guerra e aggressione (vedi articolo 7). Questi sono gli unici casi di crimini imprescrittibili nel sistema penale portoghese, la cui esistenza si cerca di legittimare con gli impegni internazionali assunti, la difficoltà di perseguire tali crimini e la loro alta e sussistente offensività.

III. Sistematicità della prescrizione e delle garanzie penali

La natura della prescrizione è stata molto discussa nella teoria giuridica portoghese. Non si tratta solo di una questione di stretta classificazione, né di una disputa meramente teorica: la soluzione del problema può interferire con la configurazione delle garanzie applicabili, in particolare per quanto riguarda l'interpretazione della legge o la vigenza temporale della successione delle leggi.

1. La connotazione esclusivamente *materiale* dell'istituto è stata difesa dalla giurisprudenza più antica e ha continuato ad esserlo negli orientamenti più recenti.⁹ La *natura procedurale* della figura ha già avuto forti sostenitori sulla base, in particolare, della sua anticipazione logica in relazione alla decisione sul merito, avendo recuperato qualche proiezione, pur rimanendo chiaramente minoritaria.¹⁰ Infine, la tesi della *natura mista* della prescrizione ha guadagnato

⁸ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993, 703-704 (§ 1132).

⁹ Informazioni su questo orientamento si possono trovare in Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993, 700 (§ 1127). Attualmente, José de Faria Costa, *Direito Penal*, Lisboa, 2017, 95-96, sottolinea la preponderanza della natura materiale perché il regime della figura contende i diritti dell'accusato; e, già in un momento precedente, dallo stesso autore, "O Direito Penal e o Tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em torno da prescrição)", *Linhas de Direito Penal e de Filosofia*, Coimbra, 2005, 163 e seguenti, specialmente p. 176 e seguenti. Per una lettura della giurisprudenza della Corte Costituzionale portoghese sull'argomento e le varie tendenze che sono state trattate, si veda la Sentenza della Corte Costituzionale n. 500/2021 del 9 luglio (Joana Fernandes Costa), disponibile su www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁰ Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, Lisboa, 1940-41, 120, e *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa, 1958, 60-61, in relazione al tema a pagg. 5-8. Anche Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Vol. I, Coimbra, 1963, 161-162, all'epoca anche ammettendo la

sostenitori significativi negli ultimi anni e può essere considerata la dottrina predominante in Portogallo, nella dottrina e nella Corte Costituzionale, che si associa all'*acquis* essenziale delle garanzie sostanziali del diritto penale.¹¹ Questa corrente sottolinea il carattere misto della figura (sostanziale e processuale) e, in alcune prospettive, gli autori integrano il regime di prescrizione nelle garanzie del diritto sostanziale invocando, a tal fine, il concetto di "norme processuali sostanziali", in un senso ampio che copre tutta la legislazione con effetti sull'efficacia della responsabilità penale dell'imputato.¹²

Si evidenziano diversi argomenti a sostegno della concezione mista della prescrizione. *Brevitatis causae*, sebbene la decisione sia essenzialmente procedurale, si sottolinea il fatto che la prescrizione è regolata nel Codice Penale e non nel Codice di Procedura Penale, che condiziona l'esercizio del potere punitivo dello Stato e l'attribuzione della responsabilità penale o che il passare del tempo si riflette sulle finalità delle pene, degradando la legittimità e la necessità della punizione. Tutti questi aspetti sono rilevanti ma non completamente decisivi.

proroga del termine da parte di una nuova legge, una posizione che ha espressamente limitato in seguito. Inoltre, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Coimbra, 2013, 1031-1032, che tratta la prescrizione come una condizione negata di procedibilità soggetta a garanzie di difesa proprie dello Stato di Diritto.

¹¹ Con diverse formulazioni e conseguenze: Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal*, 1° volume, 2° edizione, Lisboa, 1984, p. 462, riferendosi all'estensione del termine di prescrizione della legge precedente da parte di una nuova legge, non perché si tratti di retroattività, ma perché crea una situazione più sfavorevole per l'autore del fatto; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993, 700-701, respingendo la stessa ipotesi di estensione; Maria Fernanda Palma, *Direito Penal*, 2a edizione, Lisboa, 2017, 162 e seguenti, anche sull'estensione della prescrizione; chiaramente, José de Faria Costa, *Direito Penal*, Lisboa, 2017, 95-96, considerando preponderante nell'individuazione delle garanzie la dimensione materiale per collisione con i diritti dell'imputato. Si veda anche Paulo e Sousa Mendes e Helena Bolina, «Das causas suspensivas e interruptivas da prescrição do procedimento contra-ordenacional», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 5 (1998), 136 e ss, e la dottrina citata nella nota seguente. Per una lettura interessante e critica delle varie proposizioni sulla vigenza temporale del diritto penale, a partire dal "principio di non trascrizione", Pedro Caeiro, «Aplicação da lei penal no tempo e prazos de suspensão da prescrição do procedimento criminal: um "caso prático"». *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Volume I, Coimbra, 2001, 232 e ss. Inoltre, Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, 3.ª edizione, Coimbra, 2021, 29-33. Si veda anche, con molte informazioni sull'argomento, la recentissima Sentenza della Corte Costituzionale n. 500/2021 del 9 luglio (Joana Fernandes Costa), disponibile su www.tribunalconstitucional.pt.

¹² Si vedano, Américo Taipa de Carvalho, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª edizione, Coimbra, 2008, 347 e ss, e 379 e ss; Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 3.ª edizione, Lisboa, 2015, 476, e, do mesmo Autor, *Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa, 2011, 63 e ss; Germano Marques da Silva, *Direito Processual Penal Português*, Vol. I, 2.ª edizione, Lisboa, 2017, 122 e ss, e Vol. III, Lisboa, 2014, 45-46.

2. Per offrire una risposta al problema della natura della prescrizione, non si possono prendere in considerazione solo gli aspetti valutativi legati agli effetti del tempo su fatto, pena e aspettative degli agenti. È necessario, inoltre, considerare come la figura si relaziona sul piano normativo con il fatto penalmente rilevante (il fatto punibile).

La prescrizione non si limita a una circostanza che opera da sola: essa opera per dichiarazione giudiziale sulla base del decorso del tempo dal fatto accaduto o dalla pena inflitta. Si tratta quindi di una questione (il passare del tempo e una decisione che lo dichiari) che non ha una connessione immediata con l'atto illecito commesso dall'autore.¹³ In altre parole, non è la valutazione del *fatto punibile* che è presa in considerazione, ma il *tempo della risposta sanzionatoria dello Stato* al fatto stesso. Per questo non sembra errato classificarlo come un presupposto processuale (negativo), cioè come un ostacolo (estraneo al fatto tipicamente illecito, colposo e punibile) che impedisce di entrare nel merito della causa.

Nonostante ciò, è possibile associare la prescrizione ad aspetti materiali, come la diminuzione della necessità della punizione con il passare del tempo. Non solo è possibile, ma anche corretto, poiché le ipotesi procedurali sono anche un modo legittimo di fare scelte di politica penale, in particolare in funzione della possibilità o impossibilità di perseguire i fini della pena statale. Ma siccome il fatto illecito e colposo è il nucleo del reato (*fatto punibile*) e la prescrizione è un evento strano che è temporalmente sfasato rispetto ad esso, siamo di fronte ad un presupposto processuale (una condizione negativa per la possibilità dell'azione penale) e non ad un presupposto materiale della pena.

La Corte Costituzionale portoghese, nella sua ultima decisione in materia (luglio 2021), mostra una certa preferenza per la prospettiva mista della prescrizione, sottoponendo parte del suo regime (ma non tutti gli aspetti) alle garanzie di legalità, sia per quanto riguarda il requisito del diritto rigoroso che il divieto di retroattività *in pejus*, con l'eccezione, tuttavia, delle cause di sospensione dettate da leggi di emergenza di natura temporanea.¹⁴ L'ultimo capitolo di questo studio sarà dedicato a questa specifica questione.

3. La legislazione sulla prescrizione modella inequivocabilmente la portata e l'efficacia del potere punitivo dello Stato e, proprio per questo, a prescindere dal carattere dogmatico della figura, la legislazione sulla prescrizione deve rispettare i valori essenziali dello Stato di Diritto: legalità, fiducia, uguaglianza

¹³ Sulla distinzione tra le ipotesi di responsabilità materiale e procedurale sulla base di questo criterio di "connessione immediata con il fatto illecito" (criterio che risale al pensiero di Gallas, Schmidhäuser e Stratenwerth), Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Coimbra, 2013, 1020 e ss, e 1028 e ss.

¹⁴ Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 500/2021 del 9 luglio (Joana Fernandes Costa), disponibile su www.tribunalconstitucional.pt.

e proporzionalità. Ognuno di questi aspetti ha avuto una rilevanza teorica e pratica per noi.

Il requisito della legalità in materia di prescrizione ha tre implicazioni specifiche: in primo luogo, si tratta di una materia rientrante nella competenza relativa dell'Assemblea della Repubblica (articolo 165, comma 1, lettere c) e d) della Costituzione): il Parlamento può creare, modificare o estinguere i termini di prescrizione, compresa la creazione di nuove cause di sospensione e interruzione del decorso dei termini. Il Governo non può modificare il regime di limitazione senza essere autorizzato dal Parlamento. In secondo luogo, il regime esige il rispetto del modo in cui si configurano giuridicamente i vari casi e termini (*lege stricta*), cioè nell'interpretazione e applicazione delle soluzioni giuridiche. In terzo luogo, ciò implica il divieto di analogia (almeno *in malam partem*), compreso il divieto di invocare cause atipiche di sospensione o interruzione della prescrizione.¹⁵

L'aspetto della vigenza temporale della legalità è meno lineare.¹⁶ Possiamo considerare come dottrina dominante e pacifica in Portogallo il divieto di una nuova legge per estendere un termine di prescrizione che è già stato estinto, cercando con questo di far rivivere processi che si sono già conclusi.¹⁷ In questi casi, una situazione giuridica si è già consolidata e il potere punitivo dello Stato si è già estinto, il che significa che non può essere rianimato da una nuova legge che avrebbe un effetto neo-criminalizzante retroattivo, che è intollerabile perché colpisce una situazione giuridica già consolidata. La stessa tendenza sembra essere seguita dalla Corte Costituzionale in relazione alle nuove cause di interruzione della prescrizione, considerandole come coperte dal divieto di retroattività sfavorevole per creare un nuovo termine di prescrizione.¹⁸

¹⁵ A questo proposito, la Sentenza della Corte Costituzionale n. 183/2008, del 12 marzo (Maria Lúcia Amaral), in cui l'essenza del problema giuridico in questione era il fatto che la causa di sospensione non era espressamente prevista dalla legge processuale (dimensione interpretativa del principio di legalità) e che non era possibile invocarla per analogia. Pertanto, si è concluso che «poiché la dichiarazione di contumacia non è legalmente prevista come causa di sospensione della prescrizione, né la sospensione della prescrizione è legalmente prevista come effetto necessario della dichiarazione di contumacia, è chiaro che - nei limiti del principio di legalità - non si può considerare che la dichiarazione di contumacia (come atto normativamente previsto dall'articolo 336 del Codice di Procedura Penale) sia una causa di sospensione della prescrizione. Alla luce della formulazione originaria dell'articolo 119, n. 1 del Codice Penale, una dichiarazione di inammissibilità (come atto previsto dall'articolo 336 del Codice di Procedura Penale) non poteva essere considerata una causa di sospensione della prescrizione legalmente prescritta» (disponibile su www.tribunalconstitucional.pt).

¹⁶ Per tutti, Américo Taipa de Carvalho, *Sucessão de leis penais*, 3ª edizione, Coimbra, 2008, 347 e ss.

¹⁷ Si veda la dottrina di cui sopra nelle note 11 e 12.

¹⁸ Questo sembra risultare dalle distinzioni fatte dalla Sentenza della Corte Costituzionale n. 500/2021, del 9 luglio (Joana Fernandes Costa) tra il regime delle cause di sospensione e interruzione della prescrizione (disponibile su www.tribunalconstitucional.pt).

Negli ulteriori casi in cui le nuove leggi cambiano i termini di prescrizione, le risposte sono meno categoriche. Ma è possibile identificare una dottrina maggioritaria che, dati gli effetti sfavorevoli della nuova legge sulla situazione dell'imputato, ritengono che sia inapplicabile a casi già in corso: o perché la retroattività è intollerabile o perché, se non è retroattiva, sarà comunque una legge sfavorevole. Ciò implicherebbe, da un lato, che una nuova legge che prolunga i termini di prescrizione per gli atti commessi prima dell'entrata in vigore della legge non si applicherebbe alle cause già in corso e, dall'altro, l'obbligo di scegliere la legge più favorevole in caso di successione di leggi con termini di prescrizione diversi (articolo 29, comma 4, della Costituzione e articolo 2 del Codice Penale). Per quanto riguarda la creazione di nuove cause di sospensione del decorso dei termini, la Corte Costituzionale portoghese sembra ammettere che la questione deve essere considerata in termini concreti, a seconda della giustificazione della nuova legge.¹⁹

4. Infine, il controllo costituzionale dei termini di prescrizione è stato effettuato anche alla luce del principio di fiducia, delle esigenze di uguaglianza davanti alla legge e del principio di proporzionalità, specificamente per il divieto di eccessi.²⁰

La portata pratica di ciascuno di questi principi non è esattamente la stessa: il principio di fiducia (articoli 2 e 27, comma 1, della Costituzione), richiedendo elementi a sostegno della prevedibilità delle soluzioni da adottare nel processo, ha fornito un solido punto di appoggio contro modifiche legislative inattese e ingiustificate rispetto al regime in vigore all'epoca dei fatti;²¹ il principio di uguaglianza (articolo 13 della Costituzione) finisce per essere rilevante solo se il legislatore crea termini di prescrizione diversi a seconda delle categorie di agenti (ad esempio, enti pubblici o privati, lavoratori del settore privato o lavoratori del settore pubblico). Il principio di proporzionalità è ristretto dalla libertà d'azione riconosciuta al legislatore, funzionando piuttosto come un limite insormontabile in casi estremi attraverso il divieto di eccesso. In questa luce sarebbe incostituzionale, ad esempio, estendere materialmente le cause di interruzione o sospensione fino a rendere i processi imprescrittibili senza una giustificazione materiale plausibile.

Infine, il regime descritto permette di affermare che è costituzionalmente ammissibile, anche se residuale, l'esistenza di crimini imprescrittibili purché tale

¹⁹ Si veda la Sentenza della Corte Costituzionale n. 500/2021 del 9 luglio (Joana Fernandes Costa).

²⁰ Per una lettura della giurisprudenza attuale su questi principi in materia di prescrizione, si veda, per tutti, l'ultima Sentenza della Corte Costituzionale n. 500/2021, del 9 luglio (Joana Fernandes Costa).

²¹ Una comprensione simile è stata trovata nella Sentenza della Corte Costituzionale n. 449/2002 del 29 ottobre (Maria Fernanda Palma), disponibile su www.tribunalconstitucional.pt.

soluzione sia materialmente necessaria e giustificata, come nel caso dei crimini contro l'umanità sopra menzionati. A parte questi casi, non c'è spazio nell'assiologia costituzionale per il legislatore di creare crimini imprescrittibili, né questo è richiesto dalla dottrina nazionale.

IV. La struttura tipica delle incriminazioni, l'offensività materiale e la prescrizione

Si sa che la tipicità è un momento di analisi del sistema del fatto punibile che ha un'origine processuale.²² Ma, inoltre, la configurazione tipica del fatto condiziona diversi aspetti del regime sostanziale e procedurale della responsabilità penale, compreso il conteggio della prescrizione: in alcuni casi in modo più semplice e in altri sollevando complesse questioni teoriche e pratiche.

1. Il criterio essenziale per identificare il momento a partire dal quale si conta l'inizio della prescrizione dell'azione penale è quello della consumazione del reato (articolo 119, n. 1 del Codice Penale). È quindi con riferimento al fatto tipico che si verifica effettivamente (e non con riferimento alla conoscenza di esso da parte delle autorità giudiziarie) che inizia a decorrere il termine di prescrizione del procedimento penale.

Il criterio della consumazione ha una base formale, riferendosi al pieno compimento degli elementi del tipo. Nei reati materiali di lesione, questo momento corrisponde anche alla lesione effettiva del bene giuridico protetto. In questi casi c'è una coincidenza tra la consumazione formale e quella materiale. Tuttavia, ci può essere un intervallo di tempo tra i due momenti, sia per la struttura del fatto tipico che per la natura formale dell'incriminazione. Per entrambe le situazioni l'articolo 119 del Codice Penale contiene norme speciali: nei reati continuativi, nei reati abituali e nei reati permanenti la prescrizione inizia a decorrere, rispettivamente, dalla data dell'ultimo atto commesso nei primi due casi (reati continuativi e abituali) e dalla data in cui è cessata la consumazione nell'ultimo caso (reati permanenti).

Nell'ipotesi che il legislatore abbia anticipato la pena e creato incriminazioni di pericolo, la legge ordina di considerare non la data della consumazione formale ma il momento in cui, dopo la consumazione formale, si verifica la lesione del bene giuridico protetto. A tal fine, si cessa di usare come riferimento solo il concetto formale di consumazione e si comincia a usare quello

²² Un processo che ha la sua origine in Stübel e Böhmer con la normativizzazione del corpo del delitto. Si veda, Cavaleiro Ferreira, *A tipicidade na técnica do Direito Penal*, Lisbona, 1935, 49 e ss, dove si presentano alcune linee storiche dell'evoluzione del concetto di corpus delicti al concetto di tipo. Si veda anche, Alberto Gargani, *Dal Corpus Delicti al Tabestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 157 ss, che documenta la progressiva sostanzializzazione del concetto di corpus delicti. Per una panoramica, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Coimbra, 2013, 142 e ss.

di "risultato non compreso nel tipo" (articolo 119, n. 4 del Codice Penale). Cioè, il momento della lesione dell'interesse che il legislatore intende proteggere anticipando la consumazione. Così, nei reati tipicamente formali (ma materialmente orientati) è il momento della lesione dell'interesse protetto, un centro immaginario di illegalità, esterno alla descrizione giuridica del tipo di garanzia, che viene utilizzato come riferimento essenziale. La prescrizione in questi casi non comincia a decorrere dalla data della consumazione formale, ma dal momento in cui si è verificato il risultato dannoso dell'interesse protetto.

2. Il regime descritto ha, di regola, rivelato una buona capacità di adattamento alla realtà. Ma negli ultimi anni si è trovato di fronte a strutture tipiche più complesse o a realtà fattuali più frammentate che ci permettono di mettere in discussione il momento rilevante della consumazione.

Per illustrare le affermazioni fatte possiamo guardare al reato di abuso di fiducia fiscale²³ e all'articolazione tra il corruttore e l'agente corrotto al fine di determinare il momento della consumazione.²⁴

3. Nel reato di violazione della fiducia fiscale, il tipo comporta il mancato pagamento dell'importo dovuto entro il termine prescritto (il tipo di reato previsto dall'articolo 105, comma 1, del RGIT) con una situazione posteriore: notifica di pagamento dell'importo, pagamento di una multa (ammenda amministrativa) e interessi di mora entro 30 giorni da tale notifica (condizione obiettiva di punibilità di cui al comma 4 del precetto). L'atto punibile esiste solo quando questa condizione oggettiva di punibilità è soddisfatta. Prima di allora, il ritardo nella consegna delle somme dovute corrisponde solo a un misfatto (un illecito amministrativo, una *Ordnungswidrigkeit*).

Il problema fondamentale che si presentava nella giurisprudenza portoghese era sapere se la prescrizione contava dalla data del reato (mancato pagamento alla prima data) o se contava solo dal momento (successivo) in cui si verificava la condizione oggettiva di punibilità (mancato pagamento dopo essere stato avvisato di farlo, con un nuovo termine di 30 giorni), cioè quando il reato diventa un fatto punibile.

Le Corti hanno assunto orientamenti diversi e, per porre fine alle divergenze, la Corte Suprema di Giustizia (*Supremo Tribunal de Justiça, STJ*) ha uniformato la giurisprudenza attraverso la sentenza n. 2/2015, dell'8 gennaio, ritenendo che la prescrizione debba contare dal primo momento di ritardo dell'agente, cioè dalla prima data in cui il mancato pagamento avrebbe dovuto essere effettuato. Questa soluzione ha ricevuto sei voti di dissenso, tra le altre

²³ Il reato di abuso di fiducia fiscale é previsto dall'articolo 105 del *Regime Geral das Infrações Tributárias* (Regime General delle Infrazioni Tributarie - RGIT), approvato con la Lei n.º 15/2001, del 5 giugno, con alterazioni successive.

²⁴ Si vedano, a tal fine, i reati di indebita ricezione di vantaggi (articolo 372), corruzione attiva (articolo 373) e corruzione passiva (articolo 374), tutti del Codice Penale.

ragioni perché la STJ aveva iniziato a contare il periodo di prescrizione per un atto che, in quel momento, era un illecito, ma non era ancora un fatto punibile. Questo risultato solleva ancora riserve e critiche nella dottrina, poiché sembra contraddittorio iniziare a contare il periodo di prescrizione della procedura penale dal momento in cui fatto non è ancora un crimine (un fatto punibile).²⁵

4. Il problema del conteggio della prescrizione nel reato di corruzione acquista contorni più complessi, dato che comporta l'articolazione del tipo legale con fatti frammentati che hanno senso solo nel loro insieme.

In parole povere: se un funzionario prima accetta l'offerta di un regalo futuro, poi esegue l'atto richiesto e poi un membro della sua famiglia riceve il regalo promesso, quale momento deve essere preso in considerazione per iniziare il periodo di prescrizione: (i) quello dell'accettazione della proposta, (ii) quello del compimento dell'atto o (iii) quello del ricevimento effettivo il vantaggio? La questione acquisisce una rilevanza pratica significativa poiché la differenza tra il primo momento e il terzo momento può corrispondere a un grande divario temporale. Il problema deriva dal fatto che il legislatore ha, nel corso degli anni, semplificato i tipi incriminati, anticipandone la consumazione per economia probatoria. Questo porta anche ad anticipare l'inizio della prescrizione.

Anche qui la dottrina e la giurisprudenza sono divise: alcuni attribuiscono rilevanza alla consumazione formale del reato nel primo momento e altri, diversamente, ritengono che il complesso fattuale sarà completo solo nell'ultimo momento, quello della ricezione effettiva del vantaggio. Nella prima soluzione, la consumazione è anticipata e riferita al momento dell'accettazione della tangente, essendo i fatti successivi solo delle aggravanti concrete; nella seconda linea di soluzione, la lesione degli interessi protetti diventa comprensibile solo con l'intero evento e, quindi, sarebbe il momento del pagamento finale (ricezione del vantaggio o ricezione dell'ultimo vantaggio, se ci sono state più offerte) a funzionare come riferimento per contare la prescrizione da quel momento in poi.²⁶

Quest'ultima sembra essere la soluzione preferibile in quanto ha una solida base sostanziale, è in linea con la realtà ed è coerente con i casi previsti dall'articolo 119, comma 2, del Codice Penale (che dà rilevanza non al primo atto che consuma il reato ma all'ultimo atto o a tutti i fatti). Sarebbe tuttavia

²⁵ Criticamente, anche, Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, «Consumação, igualdade e prescrição nos crimes tributários», in *Liberdade Sempre, Homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca*, organização de Lúcia Dias Fonseca e Sofia Dupret Fonseca, Cabo Verde, 2020, 1123 e ss.

²⁶ Recentemente, l'importante studio di Nuno Brandão, «Corrupção: a questão da consumação material e as suas consequências» in Albuquerque, Cardoso e Moura (org.), *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa, 2021, 178-194, con informazioni eccellenti sul tema in dottrina e giurisprudenza.

preferibile che il legislatore adottasse una soluzione specifica in tal senso, creando una norma speciale nell'articolo 119 del Codice Penale che chiarisse il momento in cui la prescrizione si applica nei reati che comportano una pluralità di atti interconnessi. Questa soluzione avrebbe anche il pregio di risolvere il problema del reato di frode nell'ottenimento di una sovvenzione,²⁷ dove si pone anche il problema della frammentazione del tempo (soprattutto quando la sovvenzione ottenuta in modo fraudolento viene pagata a rate nel tempo).

V. Termini di prescrizione e legislazione d'emergenza: una sfida al principio di legalità penale?

Il regime di prescrizione non è dipeso solo dall'esercizio di classificazione effettuato per determinarne la natura. La dottrina portoghese e la giurisprudenza della Corte Costituzionale hanno capito, anche se su basi diverse e con una portata diversa, che le norme sulla prescrizione, le cause di sospensione e l'interruzione del conteggio dei termini devono essere soggette al regime costituzionale delle garanzie penali, cioè i limiti interpretativi della legge penale o il divieto di analogia. Più complesso è il problema del divieto di applicazione retroattiva di nuove leggi sfavorevoli, un problema che ha ricevuto un nuovo impulso dalla legislazione di emergenza sanitaria Covid-19 (del marzo 2020), che ha approvato il sistema di sospensione dei procedimenti e dei termini di prescrizione.

1. Il problema è simile a quello che è successo in Italia da marzo 2020, ma con un processo legislativo meno lineare e più complesso.²⁸ Riducendo la questione all'essenziale: tra le varie misure adottate, la legge 1-A/2020 del 19 marzo,²⁹ ha espressamente creato un regime di sospensione dei termini di prescrizione (articolo 7, commi 3 e 4) alla luce della crisi sanitaria esistente. La legge è entrata in vigore il 20 marzo, ma ha dichiarato i suoi effetti (sospensivi) a partire dal 9 marzo.

La legge 1-A/2020 ha immediatamente sollevato due problemi in materia di prescrizione: il primo era se la sospensione del decorso della prescrizione (articolo 7, commi 3 e 4) potesse applicarsi ai procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore; il secondo era se i suoi effetti potessero essere

²⁷ Previsto nell'articolo 36 del Decreto-Lei n.° 28/84, del 20 gennaio, contenente il regime delle infrazioni anti-economiche contro la salute pubblica.

²⁸ La sequenza legislativa pertinente a questo scopo consiste in cinque diplomi: Decreto-Lei n. 10-A/2020 del 13 marzo, Decreto del Presidente della Repubblica n. 14-A/2020 del 18 marzo, che decreta lo stato di emergenza, legge n. 1-A/2020 del 19 marzo, Lei n. 4-A/2020 del 6 aprile, e poi, per quanto riguarda la fine della sospensione, Lei n. 16/2020 del 29 maggio.

²⁹ Poi interpretato e modificato dalla Lei n. 4-A/2020, del 6 aprile.

ricondotti a una data (9 marzo) precedente all'entrata in vigore della nuova legge (20 marzo).

2. Il primo problema è semplice in apparenza e complesso nei referenti che implicitamente invoca.

La questione dell'applicabilità della nuova causa di sospensione della prescrizione ai procedimenti in corso potrebbe essere considerata ovvia: da un lato, la legge ha poco senso per quanto riguarda i procedimenti che saranno avviati in futuro, in quanto ha una validità specifica legata alla durata dell'emergenza sanitaria; dall'altro, chiaramente non può applicarsi ai procedimenti già conclusi, per mancanza di scopo. Pertanto, l'intenzione e lo scopo utile della nuova legge è proprio quello di applicarla ai procedimenti in corso, sospendendo il decorso della prescrizione per i reati che sono oggetto di tali procedimenti. Limitare questa applicazione equivale a rendere inutile la risposta legislativa alla crisi pandemica.

Il secondo aspetto del problema consiste nel sapere se l'applicazione della nuova causa di sospensione a un procedimento in corso corrisponde a un caso di retroattività vietata della legge penale. In questo campo sono evidenti le divisioni dottrinali indicate all'inizio di questo studio: una prospettiva materiale o mista (sostanziale e processuale) della prescrizione, come quella che è dominante tra noi, potrebbe portare a trattare questa materia in modo equivalente al regime del diritto penale, con il divieto di retroattività *in pejus*. Tuttavia, non è stato così in Italia (nonostante la Corte Costituzionale abbia assunto una prospettiva sostanziale della prescrizione) o in Portogallo (nonostante la Corte Costituzionale portoghese - *Tribunal Constitucional* - abbia accettato il carattere misto della prescrizione).

In effetti, una tale prospettiva dovrebbe ancora superare due ostacoli: dovrebbe inquadrare il regime della nuova causa di sospensione all'interno del divieto di applicazione retroattiva della nuova legge penale (articolo 29 della Costituzione e articolo 2 del Codice Penale) e chiarire che è in gioco una situazione effettiva di retroattività.

Né un aspetto né l'altro è evidente. Da un lato, il divieto costituzionale di applicazione retroattiva della legge penale riguarda il fatto, l'imputazione e la pena (articolo 29 della Costituzione), materie alle quali è estranea una semplice causa di sospensione del corso della prescrizione. D'altra parte, la stessa Corte Costituzionale aveva già affermato in un caso precedente che una nuova causa di sospensione del corso della prescrizione non implicava una situazione di retroattività vietata, ma solo una retroattività di secondo grado o inautentica.³⁰ Pertanto, solo con un concetto ampio di diritto penale sfavorevole e un concetto molto ampio ed eterogeneo di retroattività si potrebbe vietare l'applicazione

³⁰ Sentenza 449/2002 della Corte costituzionale, 29 ottobre (Maria Fernanda Palma), disponibile su www.tribunalconstitucional.pt.

della nuova causa di sospensione della prescrizione sulla base dell'articolo 29 della Costituzione. Come vedremo più avanti, questo è stato negato dalla Corte Costituzionale portoghese in una decisione molto recente.

3. Il secondo problema, quello dell'entrata in vigore della legge il 9 marzo, è più complesso poiché la legge che la dichiara effettiva entra in vigore il 20 marzo. Ma ciò che la nuova legge fa è fondamentalmente riconoscere il momento in cui è iniziata la situazione di emergenza sanitaria. E con questo non sta regolando il passato, ma determinando l'inizio della sospensione che applica. Anche se la dottrina non è unanime, questa configurazione dell'ambito di efficacia della sospensione della prescrizione è accettabile nel contesto di una legge di emergenza e temporanea, in cui il presupposto fondamentale è la crisi sanitaria che la motiva: dirompente, imprevedibile e molto grave. Né si può attribuire un'intollerabile retroattività perché, come la Corte Costituzionale portoghese ha più volte considerato, se non esiste un diritto soggettivo alla prescrizione prima della scadenza del termine, non esiste una situazione giuridica consolidata che non possa essere oggetto di una nuova legge.

4. In un'importante e recente decisione, la Corte Costituzionale portoghese (*Tribunal Constitucional*), nella Sentenza n. 500/2021 del 9 luglio, ha chiaramente affermato che il regime eccezionale di sospensione del corso della prescrizione ai sensi dell'articolo 7, commi 3 e 4, della Legge n. 1-A/2020, non è incostituzionale: non viola il divieto di retroattività della legge penale previsto dall'articolo 29, comma 4, della Costituzione, e non è in contrasto con i principi di fiducia, uguaglianza e proporzionalità.

La decisione della Corte Costituzionale portoghese è la prima ad affrontare la questione nel contesto della legislazione sull'emergenza sanitaria ed è quindi anche un importante precedente persuasivo e argomentativo sul tema.

La Corte Costituzionale riconosce - e giustamente - che l'articolo 29 della Costituzione non prevede letteralmente la prescrizione, ma il regime applicabile al fatto punibile. A suo avviso, però, non è la classificazione delle norme che determina l'applicabilità o meno delle garanzie penali, ma la *ratio* delle garanzie costituzionali che determina l'assoggettamento di un certo elemento giuridico al regime costituzionale, cioè il divieto di retroattività *in pejus*. Questa è la funzione essenziale storicamente riconosciuta al principio di legalità: proteggere l'individuo contro un intervento arbitrario o eccessivo della stessa legge penale. In questo senso esatto, di garanzia politica e giuridica, le norme sulla prescrizione sono, secondo la Corte Costituzionale, soggette al principio del divieto della retroattività sfavorevole della legge penale.

Alla luce di questo quadro, la Corte Costituzionale portoghese ritiene, tuttavia, che la soluzione temporanea ed emergenziale della nuova causa di sospensione della prescrizione dovuta alla crisi della salute pubblica è estranea

alla lettera e alla *ratio* del divieto costituzionale di applicazione retroattiva della legge penale. Non solo - o non tanto - per i suoi limiti letterali, ma in particolare perché si tratta di una soluzione di emergenza meramente temporanea in risposta a una grave crisi di salute pubblica con effetti sul funzionamento delle istituzioni e sui comportamenti delle persone, e quindi imprevedibile per tutti, anche per lo Stato stesso.

Nell'economia argomentativa e nella conclusione finale della Corte Costituzionale portoghese si sente anche il peso del precedente stabilito dalla decisione della Corte Costituzionale italiana, che avviene nei seguenti termini:

«Prima della causa di sospensione che è venuta a comparire nell'articolo 83, comma 4, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, la posizione dell'agente italiano non è, dunque, molto diversa da quella dell'agente portoghese di fronte alla causa di sospensione della prescrizione contenuta nell'articolo 7, comma 3, della legge n. 1-A/2020. Così come quest'ultimo non poteva sapere, al momento in cui ha commesso il fatto criminale, che la sospensione della prescrizione del procedimento sarebbe stata imposta dal Parlamento a seguito del *lockdown* della giustizia penale causato dall'improvviso avanzare della pandemia, non poteva sapere, quando ha preso la decisione di commettere il reato, che la sospensione del procedimento - e con essa la sospensione della prescrizione - sarebbe stata determinata in una norma successiva, emanata nello stesso contesto».³¹

Rilevante a tal fine sarà il carattere eccezionale, imprevedibile e transitorio del nuovo regime di sospensione del decorso della prescrizione, che sottrae il caso alla sfera delle garanzie costituzionali applicabili ad un altro quadro sociale, senza che ciò metta in pericolo l'essenza della protezione costituzionale del principio di fiducia:

«Ecco perché, sebbene la Corte Costituzionale italiana abbia attribuito rilevanza all'esistenza di una norma di intermediazione come quella contenuta nel proemio dell'articolo 159 del rispettivo Codice Penale per concludere sulla compatibilità della norma contenuta nell'articolo 83, comma 4, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 con il divieto di retroattività (sentenza n.° 278 de 2020). In entrambi i casi, la causa di sospensione della prescrizione è interamente determinata da una legge successiva al momento in cui il reato è stato commesso, senza che si possa dire, data la natura totalmente imprevedibile degli eventi che l'hanno determinata, che la sua applicazione al procedimento in corso vanifica il requisito della prevedibilità delle conseguenze della violazione della legge penale, a cui risponde il divieto di retroattività *in pejus*».

E la Corte Costituzionale conclude, espressivamente:

³¹ Si veda la Sentenza della Corte Costituzionale n. 500/2021 del 9 luglio (Joana Fernandes Costa), paragrafo 30 del testo, in relazione al contenuto dei paragrafi da 27 a 29 della stessa. Il documento completo è disponibile per accesso gratuito su www.tribunalconstitucional.pt

«Oltre ad essere assolutamente congruente con il più ampio criterio seguito nella giurisprudenza della CEDU e della CGUE, la norma estratta dai commi 3 e 4 dell'articolo 7 della legge n. 1-A/2020, interpretata nel senso che la causa di sospensione della prescrizione ivi prevista è applicabile ai procedimenti per fatti commessi prima della sua entrata in vigore, non rientra né nella lettera né nella *ratio del* divieto di retroattività *in pejus al quale* l'articolo 29, commi 1, 3 e 4, della Costituzione sottopone l'applicazione delle leggi che definiscono azioni e omissioni punibili e stabiliscono le corrispondenti sanzioni».

5. Non saremmo lontani dalla verità se concludessimo che la questione è lungi dall'essere chiusa con questa sentenza della Corte Costituzionale. Al contrario: il dibattito su contenuto, significato e portata delle garanzie penali nel XXI secolo è stato, in effetti, aperto con le linee giustificative presentate in questa sentenza. Per i penalisti si tratta solo di un'altra tappa del percorso storico che modella l'evoluzione dell'architettura delle garanzie del cittadino di fronte all'intervento penale negli Stati di Diritto. Vedremo nei giorni a venire, ma prevedibilmente vicini, dove ci porterà la discussione informata su questa dimensione essenziale della portata e dei limiti delle leggi penali nelle nostre democrazie.

