

## L'ABOLIZIONE DELLE CONTRAVVENZIONI IN PORTOGALLO. UNA POSSIBILE ALTERNATIVA AL TRADIZIONALE BINOMIO?

di Valentina Scaglioni

SOMMARIO: 1. Premessa. Delitti e contravvenzioni. Un binomio irriducibile? La situazione italiana – 1.1. L'ineludibile confronto con gli altri ordinamenti giuridici europei. L'esperienza portoghese – 2. Le ragioni dell'abolizione della figura contravvenzionale in Portogallo, fra sussidiarietà del diritto penale e autonomia (sostanziale e processuale) del *direito de mera ordenação social* – 3. Alle origini del binomio: ragioni storico-giuridiche. L'evoluzione della figura della *contravenção* – 3.1. Il codice penale del 1982 e il contestuale movimento di depenalizzazione. Presupposti dell'accoglimento della distinzione fra "*direito penal*" e "*direito de mera ordenação social*" – 3.2. Le funzioni politico-criminali dell'illecito di *mera ordenação social* e il necessario superamento della tripartizione degli illeciti sanzionatori – 4. La fine di un'evoluzione. Le tre leggi del 2006 e la definitiva abolizione delle *contravenções* – 5. Una (definitiva) abolizione delle figure contravvenzionali? La posizione contraria di Miguel Pedrosa Machado – 5.1. Concordanza di opinioni in dottrina amministrativa e penale a favore della definitiva abolizione delle *contravenções* – 5.2. La critica alla distinzione sostanziale fra *direito penal* e *direito de mera ordenação* e allo stesso concetto di *contra-ordenação* alla base dell'opinione minoritaria di Machado. Il superamento di tale opinione minoritaria – 5.3. La costituzionalità del regime transitorio fissato dalle tre leggi del 2006. L'uniformità della giurisprudenza nel ritenere definitivamente abolite le *contravenções* – 6. La compresenza del *direito de mera ordenação social* e delle figure contravvenzionali nel lento processo di eliminazione delle *contravenções*. Problematiche costituzionali. Il divieto dell'applicazione retroattiva della legge penale sfavorevole – 6.1. La problematicità della conversione di fattispecie penali in *contra-ordenações* in termini di successione di leggi nel tempo – 6.2. La legge *posteriormente descriminalizadora*: fondamento ad una revisione di sentenza? – 7. La competenza del Governo in tema di depenalizzazione in relazione alle rimanenti (o *ex novo* create) *contravenções* – 8. L'efficacia di testi regolamentari nella conversione di fattispecie contravvenzionali in illecito di *mera ordenação social* – 9. La questione della costituzionalità delle multe contravvenzionali fisse – 9.1. Mutamento dell'orientamento costituzionale in relazione all'affermarsi del *direito de mera ordenação social* e dell'illecito *de mera ordenação social* – 10. Conclusioni. L'esperienza giuridica portoghese del *direito de mera ordenação social* come modello di riferimento. La necessità di una riforma "complessiva" del sistema penale italiano. La costruzione di un illecito penale "minore" e la possibilità di due o più circuiti differenziati di diritto penale.

### 1. Premessa. Delitti e contravvenzioni. Un binomio irriducibile? La situazione italiana.

Il fenomeno del moltiplicarsi del numero delle fattispecie penalmente rilevanti contraddistingue i diversi ordinamenti giuridici europei, a partire già dalla seconda metà del XVIII secolo. Esso presentò, sin dall'inizio, certamente un aspetto di carattere "positivo", ossia quello di intervenire a prestare tutela giuridica (penale) di nuovi interessi ritenuti esserne meritevoli, in un determinato contesto sociale. Dall'altro lato però, tale fenomeno ha mostrato un ulteriore aspetto di carattere, potremmo dire,

“negativo”, ossia si è posto come il risultato di un lungo e complesso processo di “inflazione” della pena ed un suo utilizzo indiscriminato<sup>1</sup>.

La conseguenza principale di tale fenomeno è la violazione dei principi costituzionali che dovrebbero regolare la formulazione delle fattispecie legali e, in modo particolare, quelle penali; ma anche quella che il penalista portoghese Eduardo Correia ha chiamato “*desentronização*”<sup>2</sup> del diritto penale, ovverosia una sorta di “detronizzazione” della sanzione penale. Si potrebbe dire una deficienza di “efficacia” in termini punitivo-rieducativi della stessa, una perdita di centralità e di “prestigio”<sup>3</sup> della sanzione penale dovuta alla mancanza di “sincronizzazione” della giustizia penale con il contesto sociale e giuridico di riferimento in quanto essa verrebbe spesso a trovarsi al servizio di fini di carattere dogmatico e non alla protezione di specifici beni giuridici, a discapito di quello che, nell’ambito delle moderne democrazie pluraliste, dovrebbe essere il ruolo principale della tutela penale.

Precisamente, l’attuale fase di espansione penalistica viene identificata da parte della dottrina italiana più attenta con il “problema della legislazione speciale”<sup>4</sup>. E, in particolare, questa espansione del campo dell’illecito penale assai estesa e principalmente di carattere complementare presenta la caratteristica ulteriore di essere costituita in prevalenza da contravvenzioni, specie di reati a cui il Legislatore penale, al di là di ogni disputa dottrinarica a riguardo, ha da sempre conferito un disvalore quantitativamente minore.

Questo trasferimento al campo dell’illecito contravvenzionale, però, come è notorio, ha visto da sempre il coinvolgimento non solo di offese ad interessi di modesta rilevanza, ma anche di quelle dotate di particolare significato sociale; ma non solo: dall’altro lato, infatti, nel dominio penale, seppure appunto nella veste di contravvenzione, sono stati inclusi meri reati bagatellari, andando a svilire e a mettere in crisi le fondamenta del tradizionale binomio fra delitti e contravvenzioni, caratterizzante da sempre la tradizione giuridica italiana e quella di altri ordinamenti giuridici europei. Ecco che, conseguenza di questo processo, fu l’accendersi del dibattito in merito alla ragione del persistere di una tale distinzione.

In Italia la discussione in merito si fece ancora più accesa soprattutto a partire dalla legislazione in materia di illecito amministrativo e di depenalizzazione (legge 24 novembre 1981, n° 689 “Modifiche al sistema penale”<sup>5</sup>) la quale avendo l’obiettivo di

---

<sup>1</sup> C.E. PALIERO, “*Minima non curat praetor*”-*Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985; Si pensi appunto alla formula coniata per la prima volta da Frank nel XIX secolo per descrivere il fenomeno in parola ossia “*iperτροφία del diritto penale*”.

<sup>2</sup> E. CORREIA, *Direito penal e direito de mera ordenação social*, separata do Vol. XLIX, 1973, do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1.

<sup>3</sup> C.E. PALIERO (nota 1).

<sup>4</sup> M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2000.

<sup>5</sup> Ulteriori interventi di depenalizzazione sono stati operati dalla legge n° 561 del 23 dicembre 1993, dal D.Lgs. n° 480 del 13 luglio 1994 che ha riformato la disciplina sanzionatoria contenuta nel Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (T.U.L.P.S.), dal D.Lgs. n° 626 del 19 settembre 1994 e dal D.Lgs. n° 758 del 19 dicembre 1994. Da ultimo, la legge-delega 25 giugno 1999, n° 205 è stata ispirata proprio dalle citate

rivalutare appunto l'illecito amministrativo, depenalizzando molte figure prima appartenenti al dominio del diritto penale, ha reso ancora più forte l'interrogativo se non sia opportuno, in vista di una riforma del nostro sistema penale, superare quella che ormai viene considerata da molti come una desueta bipartizione. E questo, scegliendo fra diverse possibili soluzioni, differenti fra loro ma che vadano a contemplare tutte una maggiore razionalità in termini di fattispecie penalmente rilevanti, facendo sì che quest'ultime raccolgano quei fatti tipici effettivamente caratterizzati da un disvalore di carattere penalistico.

Quando si affronta il dibattito circa quali debbano essere i confini della tutela penale in un'ottica di riforma organica del codice penale estesa sino alla parte speciale<sup>6</sup> e se e quale spazio nell'ambito dell'illecito penale debba ancora essere riservato alle contravvenzioni, non è perciò possibile non affrontare il tema, appunto reso attuale da una relativamente recente legislazione di depenalizzazione<sup>7</sup>, dei confini fra la sanzione penale e la sanzione amministrativa. E questo perché, nell'ordinamento italiano, accanto al tradizionale binomio, è presente un illecito amministrativo dotato di una corrispondente disciplina sia sostanziale che processuale. Il Legislatore nella sezione I del Capo I della legge 24 novembre 1981 n° 689 ha optato per una disciplina decisamente orientata sul modello del diritto penale e anzi, su alcuni punti, non vi sono dubbi circa le finalità preventive attribuite alla sanzione amministrativa<sup>8</sup>. Si pone quindi al Legislatore del futuro una costante alternativa tra illecito penale e illecito amministrativo<sup>9</sup>.

In Italia attualmente il mantenimento del tradizionale binomio delitti-contravvenzioni è previsto tramite l'utilizzo di un criterio distintivo di carattere formale. L'articolo 39 del vigente codice penale, infatti, distingue i primi dalle seconde "secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo codice". Per stabilire se un reato è "delitto" o "contravvenzione" basta perciò, almeno

---

esigenze deflattive. Anche in questa legge si prevedeva l'abrogazione di determinate fattispecie previste dal codice penale, in quanto da considerarsi ormai superate (come, ad esempio, la sfida a duello, di cui all'articolo 394 c.p.), oppure non in linea con una concezione del bene giuridico costituzionalmente orientata. Con questo provvedimento si delegò il Governo a trasformare in illeciti amministrativi numerose fattispecie contenute nel codice penale, nonché di alcuni ambiti della legislazione speciale; ad operare una riforma dei reati in materia di imposte sui redditi e del valore aggiunto; a predisporre un sistema di sanzioni alternative alla detenzione per i reati di cui al libro terzo del codice penale e per le contravvenzioni di fonte legislativa, non oggetto di depenalizzazione. Le discipline interessate dal provvedimento furono quelle in materia di navigazione, circolazione stradale, dell'autotrasporto, degli alimenti, della legislazione finanziaria, tributaria, dei mercati finanziari e mobiliari nonché dell'assegno. La legge 205/1999, accanto ad una delegata depenalizzazione per materia, fornì una lunga elencazione di leggi estremamente eterogenee, di cui andava a delegare la trasformazione in illeciti amministrativi, delle relative fattispecie di reato. È stato il D.Lgs. n° 507 del 30 dicembre 1999 ad attuare tale delega.

<sup>6</sup> F. C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1992, 453.

<sup>7</sup> G. AZZALI in AA.VV., *L'illecito penale amministrativo. Verifica di un sistema*, Padova, 1987, 3.

<sup>8</sup> E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problema di scienza della legislazione*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1984, 593-594.

<sup>9</sup> F. C. PALAZZO in AA.VV. (nota 6), 14.

in linea teorica, guardare meccanicamente alla specie di pena comminata<sup>10</sup>. Secondo i dati una ricerca del MURST, dedicata alla riforma del diritto penale complementare, che ha visto impegnati vari studiosi, negli anni 1999-2001 in un'opera di censimento e analisi critica delle leggi penali speciali, in vista della loro riduzione numerica (depenalizzazione) e riorganizzazione in rapporto con la riforma "principale" di un futuro codice penale italiano, come risulta dalla relazione di Massimo Pavarini, sotto il profilo numerico le fattispecie penali *extra codicem* (ed esclusi anche i codici penali militari) conteggiate alla data del 31 dicembre 1999 evidenziano 5431 norme-precetto, di cui solo 874 delitti. Le 4557 contravvenzioni (l'83,9% del totale) sono punite prevalentemente (oltre il 90%) con la pena alternativa, e come tali obblazionabili. Appena il 7% delle contravvenzioni è punito solo con l'ammenda o solo con l'arresto. Se a ciò si aggiunge il fatto che più del 60% del totale dei delitti sanzionati con la reclusione si colloca in una fascia inferiore ai 3 anni (e il 40% del totale), con circa 300 fattispecie delittuose punibili con pena superiore ai tre anni, si coglie in termini quantitativi il grado di verosimile ineffettività della sanzione detentiva pur comminata in astratto. Circa il 95% del diritto penale complementare appare, in linea teorica, come un diritto penale non della prigione (così continua il Pavarini)<sup>11</sup>.

Dati questi che vanno a supporto di proposte che richiedono un eventuale superamento della tradizionale *summa divisio*. Perché, nonostante quanto affermato dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio 1986 relativa ai "Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali", ossia che la scelta (fra qualificazione delittuosa o contravvenzionale) del Legislatore non possa essere né casuale né arbitraria, ma debba piuttosto essere adeguata ai contenuti ed alla struttura propri dell'illecito contravvenzionale e delittuoso, "secondo l'esperienza normativa maturata nel processo storico di formazione delle due categorie e secondo la disciplina per ciascuna di esse stabilita" e di come non appaia opportuno che "la qualificazione contravvenzionale continui ad essere attribuita (...) a quelle ipotesi che si caratterizzano semplicemente per essere illeciti "minori" rispetto ai delitti" e di come "queste ultime fattispecie sono state in tale forma inserite giustificatamente nel sistema, per difetto di ogni possibile alternativa, fino a quando nel nostro ordinamento non è stato ridato spazio alla violazione amministrativa (legge 24 novembre 1981, n° 689) (...) l'area delle contravvenzioni è servita infatti da ricettacolo di ogni illecito variamente "minore" oppure è servito per nascondere un mero diritto "bagatellare" privo di quel disvalore che dovrebbe caratterizzare l'illecito penale".

---

<sup>10</sup> È l'articolo 17 a disporre che "le pene principali stabilite per i delitti sono l'ergastolo, la reclusione e la multa", mentre "le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono l'arresto e l'ammenda".

<sup>11</sup> M. DONINI, *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno di Modena, 14-15 dicembre 2001 (a cura di M. DONINI), Giuffrè Editore, Milano, 2003; ID, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti* (a cura di M. DONINI e D. CASTRONUOVO), Cedam, Padova, 2007, 255-256.

L'obiettivo è quello di elaborare una riforma complessiva del sistema penale, tale da abbracciare anche la legislazione complementare. Uno studio questo, il quale si presenta sempre più complesso poiché va considerato come gli attori in gioco, attualmente siano non solo nazionali, bensì, come è noto, stia diventando (e diventerà) sempre più considerevole il ruolo delle istituzioni europee anche in tema di diritto penale. Di regola, infatti, la materia penale viene lasciata alla sovranità dei singoli Stati nazionali (non possedendo le istituzioni europee potestà punitiva penale, ma solo di carattere amministrativo), però molti dei precetti dell'Unione vanno ad incidere su materie che nel nostro ordinamento occupano larga parte della legislazione penale complementare (come il diritto penale dell'impresa e dell'economia)<sup>12</sup> e va a prendere sempre più piede un diritto sanzionatorio di ampia portata, a carattere ibrido, nel quale i confini tra penale in senso stretto e penale-amministrativo o amministrativo si fanno più sfumati<sup>13</sup>.

### *1.1. L'ineludibile confronto con gli altri ordinamenti giuridici europei. L'esperienza portoghese.*

Ecco che quindi, la ricerca di una possibile soluzione volta al superamento del tradizionale binomio delitti-contravvenzioni, non può prescindere dalle differenti esperienze adottate da altri ordinamenti giuridici. Infatti trovandosi essi in una costante iterazione, soprattutto nel contesto di un'Europa unita, risulta, all'opposto, particolarmente utile per i giuristi e gli operatori del diritto volgere lo sguardo, nell'ottica di una riforma del sistema penale nel suo complesso, alle diverse esperienze dei Paesi Europei<sup>14</sup>.

Particolarmente interessante, con riferimento al tema qui trattato, risulta essere l'esperienza portoghese. Infatti in Portogallo dopo l'entrata in vigore del nuovo codice penale del 1982 a seguito del decreto-legge n° 400 del 24 settembre 1982, troviamo accanto al cosiddetto diritto penale classico o primario (e a quello che, secondo alcuna dottrina, potrebbe essere definito come un vero e proprio diritto penale secondario o

---

<sup>12</sup> Sappiamo come gli interessi comunitari possono essere oggetto di tutela penale soltanto in forma indiretta attraverso norme penali nazionali introdotte spontaneamente dagli Stati o in attuazione di obblighi derivanti dai Trattati istitutivi o da Convenzioni.

<sup>13</sup> G. FIANDACA, *Relazione introduttiva in Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno di Modena, 14-15 dicembre 2001, a cura di M. Donini, Giuffrè, Milano, 2003, 19.

<sup>14</sup> A. VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do Direito Penal Clássico*, Coimbra editora, 2013, 155. Qui si dice come, addirittura, in tema di *direito contra-ordenacional*, di diritto di mero ordine sociale, per quanto ad oggi non sia possibile parlare ancora di un di un *direito contra-ordenacional* europeo, certamente è opportuno e inevitabile stabilire come ambito di studio l'orizzonte comunitario. Tra le diverse voci quella di Tiedemann che, già nel 1993 si espresse sostenendo come la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e la Commissione Europea avessero cominciato a sviluppare una parte generale in materia di *direito contra-ordenacional*, andando ad individuare sin da subito, il principio di legalità e quello di colpevolezza, con le rispettive conseguenze sul piano dell'errore e dell'ammissibilità delle cause di giustificazione.

amministrativo<sup>15</sup>), un ulteriore ambito del diritto: il cosiddetto *direito de mera ordenação social*, dotato di autonomia sia sostanziale che processuale. Il diritto penale portoghese è costituito solo dai crimini (*crimes*) e la maggior parte delle vecchie contravvenzioni decriminalizzate occupano ora una parte delle cosiddette *contra-ordenações* che vanno a formare un'area di diritto parallela al diritto penale classico e allo stesso diritto amministrativo<sup>16</sup>. Quindi è un ordinamento che oggi si presenta privo della figura contravvenzionale, contemplando, invece, accanto al diritto penale, e al diritto amministrativo, un ulteriore ambito del diritto dotato di autonomia sia sostanziale che processuale.

Va però precisato come, ed è questo un aspetto della questione che merita particolare attenzione, il percorso che ha portato il sistema penale portoghese ad assumere la configurazione che esso presenta oggi non sia stato rapido né tanto meno privo di ostacoli. Infatti, il processo di introduzione del *direito de mera ordenação social* ha avuto inizio molto tempo addietro sia per quanto riguarda il coacervo di riflessioni dottrinali che ha portato alla sua elaborazione<sup>17</sup>, sia per quanto riguarda gli interventi

---

<sup>15</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal-Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, 2° edição, Coimbra Editora, 115. Secondo Jorge de Figueiredo Dias, infatti, sarebbe opportuno individuare nell'ambito del diritto penale, il diritto penale "classico" o "primario" (ossia le fattispecie contenute all'interno del codice) e quello "secondario" (ossia la legislazione di carattere complementare) e questo perché "la forma del relazionarsi fra l'ordine assiologico costituzionale e l'ordine legale dei beni giuridici degni di tutela penale permette di elaborare e gettare le basi di una distinzione che giorno dopo giorno si rivela più importante per la politica criminale e la dogmatica giuridico-penale: ossia la distinzione fra, da un lato, il cosiddetto *direito penal de justiça*, *direito penal clássico* o *direito penal primário*, corrispondente essenzialmente alle fattispecie incluse nei codici penali; e dall'altro lato il *direito penal administrativo*, *direito penal secundário* o *direito penal extravagante*, contenuto nelle leggi avulse non incluse nel diritto penale. Se la differenza tra questi due mondi, sembrerebbe essere di carattere formale e accidentale, finisce invece in fondo per radicarsi essenzialmente, da un punto di vista materiale, nel differente ambito di relazione dei beni giuridici con l'ordine assiologico costituzionale. Infatti in quanto le fattispecie del diritto penale di giustizia si relazionano in ultima battuta, direttamente o indirettamente, con l'ordine giuridico-costituzionale relativo ai diritti, le libertà e le garanzie delle persone; il diritto penale secondario, del quale si trovano gli esempi per eccellenza nel diritto penale economico (il diritto di impresa, di mercato, del lavoro, di sicurezza sociale), finanziario, fiscale, doganale, eccetera, si relaziona essenzialmente con l'ordinamento giuridico-costituzionale relativo ai diritti sociali e all'organizzazione economica. È una differenza che si radica, a sua volta, nell'esistenza di due zone relativamente autonome nell'ambito dell'attività di tutela posta in essere dello Stato: una che mira a proteggere la sfera la sfera di attuazione specificamente personale (anche se non necessariamente "individuale") dell'uomo: dell'uomo "in quanto uomo"; l'altra che mira a proteggere la sua sfera di attuazione sociale: dell'uomo "come membro della comunità".

<sup>16</sup> G. TORRE, *Portogallo: alcune osservazioni sul diritto penal secundário*, in M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2000, 157 ss.

<sup>17</sup> Se appunto come si è anticipato il Legislatore portoghese è stato influenzato dalla dottrina di altri ordinamenti europei non va dimenticato come il pensiero penale-giuridico portoghese sia stato sempre presente (e parte importante) nel dialogo europeo: attraverso Mello Freire, Levy Maria Jordão, Henriques da Silva, e la cosiddetta "scuola di Coimbra" (tra le aule dell'Università della città di Coimbra, verrà infatti elaborato il nuovo codice penale, seppure, come vedremo, non vi sarà totale coincidenza con quello poi entrato effettivamente in vigore) con i professori Beza dos Santos, Eduardo Correia (il quale avrà ruolo fondamentale in quanto cattedratico ma anche Ministro di Giustizia) e poi Jorge de Figueiredo Dias (cattedratico e Presidente della Commissione per la riforma del Codice Penale 1991-1995) e Dr. Costa

normativi propriamente detti (è stato il decreto-legge n° 232/79 del 24 luglio a introdurre per la prima volta tale regime anche se solo sulla carta<sup>18</sup>). Per quanto concerne, invece, la “sistemazione” delle *contravenções* è possibile affermare come il processo sia arrivato a compimento solo molto recentemente con tre decreti-legge del 2006 che mirarono a convertire in *contra-ordenações* tutte le *contravenções* (e le *trasgressões*<sup>19</sup>) che rimanevano nell’ordinamento giuridico portoghese<sup>20</sup>. È a questo punto infatti che il Legislatore portoghese intervenne a revocare, definitivamente le norme (penali e processuali) relative alle contravvenzioni<sup>21</sup>.

---

Andrade. Si può perciò parlare di una “*recorrência*”, un ricorrere, un ripetersi del dibattito attorno alla possibilità di introdurre quest’area del diritto (del diritto di *mera ordenação social*, appunto) la quale è da sempre stata, a sua volta, una riflessione sui confini della tutela penale. Si preoccuparono di recepire e di criticare le proposte nel frattempo formulate, appunto, negli altri ordinamenti, soprattutto da quello tedesco, ma concetti quali *ilícito de mera ordenação social*, *contra-ordenação*, *coima*, come vedremo, non sono nuovi al contesto portoghese, essendo stati elaborati, dibattuti e criticati da tempo prima dell’emanazione dei decreti che introdurranno il regime generale di tale diritto di ordine sociale da parte della dottrina portoghese.

I primi progetti di una Parte Generale e Speciale del Codice Penale elaborate sotto la direzione di Eduardo Correia risalgono rispettivamente al 1963 e al 1966. In proposito si vedano: J. de FARIA COSTA, *A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998; M. PEDROSA MACHADO, *Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenações* in *Scientia Juridica* (1986), ripubblicato in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, cit.

<sup>18</sup> L’*ilícito de mera ordenação social* fu legalmente consacrato per la prima volta con il decreto-legge n° 232/79 del 24 luglio, qui per diretta attuazione di Eduardo Correia come Ministro della Giustizia. Il decreto-legge eliminò la categoria delle *contravenções* punibili con la pena della multa, e stabilendo all’articolo 1, 3° comma che “erano equiparabili alle *contra-ordenações* le *contravenções* e le *trasgressões* previste dalla legge vigente alle quali siano applicate sanzioni pecuniarie”.

Però il decreto-legge 411-A/79 del 1 ottobre, revocò il citato articolo 1, comma 3 del decreto-legge n° 232/79, impedendo così che si consumasse la preconizzata trasformazione, in blocco e automatica, delle *contravenções* e delle *trasgressões* vigenti e punibili con la multa in *contra-ordenações*. Il decreto 232/79 fu ancora revocato e sostituito dal decreto-legge 433/82 del 27 ottobre, che istituì il nuovo regime dell’illecito *de mera ordenação social* e del rispettivo processo.

Va detto come comunque lo stesso Legislatore del 1982 si guardò dal decretare una trasformazione globale e automatica delle *contravenções* esistenti in *contra-ordenações*. Da un lato, nell’articolato decreto del 1982 non esiste alcuna clausola generale di trasformazione analoga all’articolo 1, 3° comma del decreto n° 232/79. Dall’altro lato l’articolo 6, 1° comma del decreto n° 400/82, che approvò il nuovo codice penale, revoca il Codice penale del 1886 “con eccezione delle norme relative alle *contravenções*”. Così si mantenne la situazione creata dal citato decreto-legge 411-A/79.

<sup>19</sup> Le *trasgressões* sono delle infrazioni, al pari delle contravvenzioni, punibili con una sanzione pecuniaria denominata multa, non convertibile nella pena della prigione.

<sup>20</sup> La conversione fu realizzata dalla legge n° 25 del 30 giugno 2006 (relativa alle *trasgressões* in materia di infrastrutture stradale per le quali sia dovuto il pagamento del pedaggio), dalla legge n° 28 del 4 luglio 2007 (circa le *trasgressões* in materia di trasporti collettivi dei passeggeri) e dalla legge n° 30 dell’11 luglio 2006 (relativa alle restanti *contra-ordenações* e *trasgressões*).

<sup>21</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 160.

## 2. Le ragioni dell'abolizione della figura contravvenzionale in Portogallo, fra sussidiarietà del diritto penale e autonomia (sostanziale e processuale) del *direito de mera ordenação social*.

Ma perché l'intervento sulle *contravenções* risultava così importante per una corretta implementazione del *direito de mera ordenação social*? La *ratio* è facilmente comprensibile e pone le sue radici in precise ragioni di carattere giuridico e politico-criminale: se appunto il proposito del Legislatore portoghese era quello di andare a creare, accanto al diritto penale (classico e secondario) formato solo dai cosiddetti *crimes* (che potremmo associare alla figura dei nostri "delitti"); un ulteriore ambito del diritto, dotato di autonomia sia sostanziale che processuale (sia rispetto al diritto penale che al diritto amministrativo) a fini deflattivi, da ciò se ne doveva dedurre che, per ragioni politico-criminali, nonché ai fini di una sua effettiva e concreta realizzazione, vi fosse l'esigenza di dover intervenire sul *mare magnum* costituito dalle *contravenções* (e le *transgressões*). Contravvenzioni che erano soprattutto contenute nella legislazione speciale, e che avevano visto crescere il loro numero a dismisura, a seguito dei due conflitti mondiali.

Da una prospettiva politico-criminale, il persistere della figura delle *contravenções* in concomitanza con l'illecito di mero ordine sociale si rivelava quindi del tutto contraddittorio<sup>22</sup>.

E questo perché, nell'ottica della riforma che aveva avuto come obiettivo l'instaurarsi del *direito de mera ordenação social*, o un comportamento è dotato di dignità punitivo-penale e deve essere quindi qualificato come *crime*, confluendo perciò nel diritto penale primario o secondario, o non la possiede, dovendo perciò essere qualificato come una *contra-ordenação* punibile con la pena pecuniaria della *coima*<sup>23</sup>. Inoltre tale dualità non risultava contraddittoria unicamente su un piano dogmatico e politico-criminale ma andava a svilire e a depotenziare su un piano pratico la figura stessa della *contra-ordenação*, nata per arginare l'iper-criminalizzazione che, con il persistere delle *contravenções* veniva invece alimentata<sup>24</sup>. Si può dire che, se da un lato, la soluzione adottata dal Legislatore del 1982 potrebbe essere spiegata a causa del timore per gli effetti pratici negativi che potevano derivare da una subitanea, globale ed automatica trasformazione delle *contravenções* allora vigenti in *contra-ordenações* (tanto più che tale trasformazione non avrebbe potuto essere veramente totale in quanto molte contravvenzioni prevedevano la pena della prigione e per questo non avrebbero potuto essere convertite in *contra-ordenações* in modo per così dire

---

<sup>22</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 159; E. CORREIA, *As grandes linhas da reforma penal*, in *Jornadas de Direito Criminal – O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, CEJ, Lisboa, 1983, 37.

<sup>23</sup> Uno di quei punti dogmatici più importanti dove la differenza fra diritto penale e diritto di *mera ordenação social* non si traduce in mero contrasto ma di vera e propria rottura è quello della sanzione. Il diritto penale sanziona i comportamenti proibiti con le pene (*penas*); il diritto di *mera ordenação social* lo fa con le *coimas*<sup>23</sup>. La *coima* è una pena pecuniaria, mentre tra le pene criminali sappiamo come siano contemplate misure di carattere personale.

<sup>24</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 159.



automatico); dall'altro lato però al Legislatore si presentavano due compiti: quello di non creare più *contravenções* e quello di procedere ad una revoca sistematica delle contravvenzioni per comprendere quali eliminare, quali trasformare in *crimes* e quali convertire in *contra-ordenações*<sup>25</sup>.

Con la riforma del codice penale perciò le vecchie categorie dogmatiche vennero sì "abolite" dal codice ma, contestualmente, non vennero revocate, invece, le disposizioni penali, contenute nelle diverse e numerose leggi speciali, che le contemplavano<sup>26</sup>. Ecco che la eliminazione delle diverse figure contravvenzionali si è posta come graduale nel tempo e ha comportato, anzi, un *iter* legislativo piuttosto travagliato che ha visto il suo compimento, come si è anticipato, in tempi piuttosto recenti.

### **3. Alle origini del binomio: ragioni storico-giuridiche. L'evoluzione della figura della *contravenção*.**

La figura della contravvenzione nell'ambito dell'ordinamento giuridico portoghese, come in quello di altri ordinamenti europei, nacque come risposta ad una ben specifica esigenza afferente alla complessa tessitura dell'ordine giuridico degli Stati moderni prima e contemporanei poi. Un'esigenza, la quale deve essere necessariamente compresa, per poter intervenire, attualmente, sull'insieme delle norme contravvenzionali.

Fin dalla seconda metà del XVIII secolo, affermandosi gli ordinamenti giuridici europei ispirati all'idea del moderno Stato di diritto, nel periodo delle prime grandi codificazioni, si è assistito alla tendenza al trasferimento nel campo penale di molti di quegli illeciti che precedentemente, durante *l'ancien régime*, avevano natura di contravvenzioni amministrative<sup>27</sup>. Ecco mettersi in atto un vasto processo di "giurisdizionalizzazione"<sup>28</sup>, spinto dall'esigenza di apprestare una maggiore garanzia dei diritti dei cittadini nei confronti di eventuali abusi della Pubblica Amministrazione (sul solco tracciato scorta dai principi di carattere garantistico ispirati dall'Illuminismo). Con lo Stato di Polizia illuminista l'ordinamento amministrativo cominciò ad ampliarsi, così come l'ordinamento di polizia, tuttavia ancora senza la subordinazione a precetti giuridici. Fu appunto in seguito alla Rivoluzione francese che l'Amministrazione si giurisdizionalizzò e si assoggettò alle norme di legge, nello stesso momento in cui l'attività di polizia si concentrò nella protezione anticipata di pericoli indeterminati al fine di tutelare i diritti soggettivi del cittadino<sup>29</sup>, diritti che

---

<sup>25</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 159.

<sup>26</sup> G. TORRE (nota 16), 160; A. BEÇA PEREIRA, *Regime geral das contra-ordenações e coimas. Decreto-lei n° 433/82 (actualizado pelos decreto-lei n° 356/89 de 17 de outubro e decreto-lei n° 244/95 de 14 de setembro e anotado)*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1996, 11-13.

<sup>27</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, PG, Sesta edizione, Zanichelli editore, 862.

<sup>28</sup> C.E. PALIERO (nota 1), 13.

<sup>29</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 156.

essenzialmente andavano a costituire l'ambito su cui si demarcava la funzione protettiva del diritto penale. E quindi, quando fu necessario trovare una qualificazione giuridica per le offese all'esercizio della riferita attività di polizia dell'Amministrazione, lo si incontrò nel concetto di *contravenção* e perciò all'interno del dominio del diritto penale e delle sue forme di infrazione<sup>30</sup>.

Il passaggio da uno Stato di Diritto garante (neutrale e passivo) di posizioni giuridiche preesistenti ad uno Stato Sociale di Diritto (o *Welfare State*) volto a realizzare per tutti, citando il testo costituzionale italiano, "il pieno sviluppo della persona umana" (art. 3, 2° comma) richiedendo a tutti "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" (art. 2), ha fatto sì che aumentassero gli obblighi positivi di cui un soggetto è titolare in ragione della propria peculiare posizione economica e sociale. E a tali obblighi, nel corso del tempo, sempre più frequentemente, è stata data tutela proprio attraverso la copertura della sanzione penale<sup>31</sup>.

È in questo contesto che, presentandosi le pene di carattere criminale come misure coattive dotate di particolare effettività, il Legislatore si lasciò sedurre dall'idea (perniciosa, ma difficile da evitare) di porre l'apparato delle sanzioni criminali al servizio dei diversi fini di politica sociale, dando così vita al fenomeno della cosiddetta *hiper-criminalização* ("iper-criminalizzazione") e al nascere di quello che venne chiamato "diritto penale amministrativo"<sup>32</sup>. E appunto questa espansione del campo del dell'illecito penale principalmente di carattere complementare, presentava la caratteristica di essere costituita in prevalenza da contravvenzioni. In Portogallo, infatti, a fronte di una sempre maggiore urbanizzazione nonché "tecnologizzazione" della società, si era assistito nel corso degli anni ad un utilizzo delle sanzioni criminali al servizio di diversi fini di politica sociale (economica, finanziaria, sanitaria, educativa, ecologica, eccetera) dando luogo al fenomeno della *sobrecriminalização*, *hipercriminalização* o *inflação incriminatória*<sup>33</sup>. Simultaneamente a questo complesso insieme di interventi statuali normativo-conformatori dell'ordinamento sociale, sorsero ragioni politico-criminali convergenti al fine di creare un nuovo settore giuridico pubblico e sanzionatorio, appunto quello di "ordine sociale"<sup>34</sup>. Negli anni Sessanta e Settanta apparvero nuove, complesse e gravi forme di criminalità organizzata, come il terrorismo e il narcotraffico; nonché la criminalità economica grave dei cosiddetti "colletti bianchi" che, accanto ad un movimento politico-criminale di

---

<sup>30</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 156; A. T. CARVALHO, *Direito penal – Parte Geral – Questões Fundamentais – Teoria Geral do Crime*, 2° edição, Coimbra Editora, 2008, 118.

<sup>31</sup> C. E. PALIERO (nota 1).

<sup>32</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 157. Sappiamo come l'autonomia del diritto penale amministrativo se teorizzata dalla maggioranza delle voci in dottrina, viene criticata da altri come ad esempio da BELEZA DOS SANTOS in *Lições de direito penal – coligidas por Belmiro Pereira*, Coimbra: Neves (1930) e si veda a tal proposito VILELA (nota 14), 42.

<sup>33</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Lei criminal e controlo da criminalidade (O processo legal-social de criminalização e de descriminalização)* in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1976, 75.

<sup>34</sup> A. T. CARVALHO (nota 30), 123.

decriminalizzazione, facevano prendere coscienza dell'esigenza di un diritto penale che intervenisse da ultimo come *extrema ratio* di politica giuridica e sociale<sup>35</sup>. Se i nuovi interessi di ordine sociale necessitavano, per essere efficacemente protetti, di una tutela giuridica punitiva, ma preso atto che, la lesione di molti di questi non andava a porre direttamente in causa la struttura assiologica fondamentale della società, e/o ancora non possedevano sufficiente risonanza etico-sociale che giustificasse la criminalizzazione delle rispettive infrazioni, ecco che si richiedeva, inevitabilmente, la creazione di uno nuovo e specifico ramo del diritto pubblico sanzionatorio<sup>36</sup>. Fu naturale allora che l'antico illecito penale amministrativo (le *contravenções*) passasse a essere incluso in questo nuovo ramo del diritto e che, parallelamente alla nuova tendenza decriminalizzatrice, nascesse la coscienza che la maggior parte delle *contravenções* non possedessero sufficiente "dignità penale" per essere considerate infrazioni penali, a lato dei *crimes*. Così il nuovo diritto *de mera ordenação social* si predisponne ad includere le nuove infrazioni dei nuovi "interessi sociali" (fiscali, ecologici, eccetera) e la maggior parte delle antiche infrazioni contravvenzionali (ad esempio le vecchie infrazioni stradali)<sup>37</sup>.

Peculiarità del contesto portoghese è legata al fatto che il suo stabilizzarsi come democrazia risale a tempi relativamente molto recenti (la cosiddetta "rivoluzione dei garofani" è del 25 aprile 1974) così come l'emanazione della Costituzione (2 aprile 1976). E fu proprio a partire da questo momento che cominciò ad assistersi ad una proliferazione della legislazione penale speciale, tanto che ad oggi la maggior parte della *legislação penal extravagante* è stata il frutto del periodo fra il 1977 ed il 1997<sup>38</sup>. Se già dopo la Prima Guerra Mondiale, sulla scorta del nuovo movimento di interventismo statale in campo economico e sociale, e con il passaggio allo Stato corporativo di Oliveira Salazar nel 1926, il diritto penale cessò di tutelare giuridicamente unicamente i diritti soggettivi individuali per farsi altresì promotore di fini di politica sociale in svariati ambiti quali, l'ambiente, la materia dei prezzi, eccetera, tutti strumenti indispensabili per l'economia nazionale, in quel periodo, agricola<sup>39</sup>; è però soprattutto nel periodo successivo la Seconda Guerra Mondiale che si registra un esponenziale arricchimento del *direito penal secundario* con le nuove legislazioni finalizzate al controllo dei prezzi, alla disciplina del commercio estero, alla lotta alle manovre speculative ed al controllo del mercato dei capitali<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> A. T. CARVALHO (nota 30), 124.

<sup>36</sup> A. T. CARVALHO (nota 30), 124-125.

<sup>37</sup> A. T. CARVALHO (nota 30), 125.

<sup>38</sup> G. TORRE (nota 16), 158.

<sup>39</sup> G. TORRE (nota 16), 160.

<sup>40</sup> Un tentativo di parziale codificazione di questo diritto penale secondario fu attuata con il decreto-legge n° 41204 del 24 luglio 1957 ("reati contro la salute pubblica e l'economia nazionale") in G. TORRE (nota 16), 160.

### 3.1. Il codice penale del 1982 e il contestuale movimento di depenalizzazione. Presupposti dell'accoglimento della distinzione fra "direito penal" e "direito de mera ordenação social".

Fra i principi ispiratori contenuti nel codice penale del 1982, vi era quello di congruenza o di analogia sostanziale fra l'ordine costituzionale e l'ordine legale dei beni giuridici<sup>41</sup>, il quale ha un ruolo fondamentale nel "sedimentarsi" del *direito de mera ordenação social* nel sistema giuridico portoghese. Vediamo infatti l'art. 18, 2° comma secondo il quale "la legge sola può limitare i diritti, la libertà e le garanzie nei casi espressamente previsti dalla Costituzione, e le restrizioni devono limitarsi a quanto necessario per la salvaguardia di altri diritti o di interessi costituzionalmente protetti" dal quale derivano fondamentali conseguenze.

Questo principio fa sì che il diritto penale debba essere tale da intervenire solamente in due direzioni: da un lato, per la protezione dei beni giuridici, con le conseguenze che ne derivano per quanto riguarda la determinazione dei limiti della incriminazione e della punibilità (il diritto penale come *extrema ratio* della politica sociale). Dall'altro, che solo finalità "relative" di prevenzione, sia generale che speciale, e non di carattere assoluto di retribuzione o di retribuzione della colpevolezza, possono giustificare l'intervento penale e dare legittimazione alle sue sanzioni<sup>42</sup>.

A tale principio di congruenza era strettamente legato un moderato movimento di depenalizzazione. E, strettamente connesso a questo movimento, era proprio l'accoglimento di una distinzione sostanziale fra "*direito penal*" e "*direito de mera ordenação social*". Quest'ultimo costituito dalla categoria giuridica delle infrazioni di "mero ordine sociale" (*contra-ordenações*), punibili con sanzioni pecuniarie di carattere non penale e soggette ad un procedimento speciale, in cui si combinano aspetti caratteristici del processo penale e del processo amministrativo. Un'area del diritto perciò non strettamente "penale" ma, si potrebbe dire, dal carattere comunque punitivo e che, specie nella disciplina del processo relativo, presenta molte affinità con la materia penalistica. Venne così abolita la *summa divisio* degli illeciti penali e adottata invece una soluzione di carattere monista (*crime*).

### 3.2. Le funzioni politico-criminali dell'illecito di mera ordenação social e il necessario superamento della tripartizione degli illeciti sanzionatori.

Quindi l'illecito *de mera ordenação social* nacque con funzioni politico-criminali ben definite. Questo risultò dagli effetti convergenti di fenomeni di diversa natura: da un lato, la consacrazione e la realizzazione dello Stato Sociale di Diritto; mentre

<sup>41</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Il codice penale portoghese del 1982 e la sua riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, 12 ss.

<sup>42</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 41), 12 ss. Va però precisato che, nonostante rappresenti un decisivo passo avanti, il Codice, secondo Figueiredo Dias, non ha tratto tutte le conseguenze che avrebbe dovuto da questo principio rimanendo a volte a metà strada fra un diritto penale promotore di valori e di concezioni morali ed un diritto penale orientato esclusivamente da e verso il bene giuridico rifiutandosi di eliminare definitivamente l'idea di retribuzione dal contesto delle finalità della pena.

dall'altro, l'affermazione di una nuova e ben precisa politica criminale per la quale il diritto penale sarebbe da considerarsi come vero e ultimo appello da parte della politica sociale e giuridica<sup>43</sup>.

Questo programma politico-criminale di cui tale tipo di illecito è frutto, preconizzava la estinzione della tripartizione degli illeciti sanzionatori (illecito criminale, illecito contravvenzionale e le *contra-ordenações*) facendola evolvere nella dicotomia *crimes* e *contra-ordenações*. Sarebbe la specifica risposta sanzionatoria di uno Stato che vorrebbe dare attenzione a certe aree di intervento delle quali, in forza della sua nuova vocazione sociale, non potrebbe disinteressarsi, come la tutela dell'ambiente, dell'economia nazionale o il diritto dei consumatori<sup>44</sup>. Aree che si dimostravano carenti di tutela giuridica di carattere sanzionatorio e finalità preventive per le quali, in accordo con i valori giuridici allora dominanti, non giustificavano una risposta sanzionatoria di carattere penale la quale già allora veniva considerata come uno strumento di intervento di *extrema ratio* (conformemente a quanto poi sancito, come si è visto, in modo espresso, nell'art. 18.2 della Costituzione del 1976).

In dottrina abbiamo chi si esprime con nettezza. Infatti Américo Taipa de Carvalho parla esplicitamente delle *contravenções* come "antecedente remoto" del *direito de mera ordenação social*<sup>45</sup>, e le individua come "parte, oggi, del grande universo delle *contra-ordenações*<sup>46</sup>". Egli continua: "l'illecito penale amministrativo o contravvenzionale (*contravenções*) si generò per proteggere gli interessi dell'Amministrazione Pubblica nell'ordinamento della società. Oggi, questi interessi, la cui violazione costituiva infrazione penale chiamata contravvenzione, sono protetti da parte del *direito de mera ordenação social*, la cui infrazione configura una *contra-ordenação*<sup>47</sup>".

Sappiamo come in Europa vi siano state esperienze simili dalle quali la dottrina portoghese trasse ispirazione<sup>48</sup>, come ad esempio quella spagnola ma soprattutto, e principalmente, quella tedesca. Nella Repubblica Federale Tedesca, infatti, dando espressione legislativa alle teorie di Schmidt, fu creata nel 1949 la figura delle *Ordnungswidigkeiten*, costituendo così il primo ordinamento giuridico in Europa a introdurre un regime generale "di mero ordine sociale". La stessa denominazione di "*contra-ordenações*" rivela una chiara origine germanica, dopo che nell'evoluzione dottrina del concetto si utilizzarono, successivamente o contemporaneamente, altri

---

<sup>43</sup> A. T. CARVALHO (nota 30), 121.

<sup>44</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *O movimento de descriminalização e o illecito de mera ordenação social*, in *Jornadas de Direito Criminal: o novo Código Penal português e legislação complementar*, vol.I, CEJ editora, Lisboa, 1983 (repubblicato in *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, 320.

<sup>45</sup> A. T. CARVALHO (nota 30), 118 ss.

<sup>46</sup> A. T. CARVALHO (nota 30), 120.

<sup>47</sup> A. T. CARVALHO (nota 30), 121.

<sup>48</sup> Sappiamo come lo stesso Eduardo Correia, Ministro della Giustizia e cattedratico all'Università di Coimbra, nel suo Progetto di Parte Generale del Codice Penale del 1963, faccia espresso riferimento all'esperienza legislativa tedesca.

vocaboli (quali *ilícito penal de polícia* o *trasgressões* o *contravenções de polícia*, *ilícito penal administrativo* oppure *infracções* o *trasgressões penais administrativas*)<sup>49</sup>. Fu a seguito di una lunga evoluzione che si arrivò, infine, al termine *contra-ordenações*, che il Legislatore portoghese adottò come traduzione letterale dell'espressione tedesca, soluzione la quale suscitò critiche, come ad esempio quella del Professor Manuel Cavaleiro de Ferreira, per il quale tale traduzione "non si adatta al senso dell'espressione tedesca precisamente per il carattere artificiale del neologismo creato dalla legge". Per l'Autore la traduzione più corretta sarebbe stata "*trasgressões da ordem*"<sup>50</sup>.

Ecco che qui per la prima volta si operò di questo modo la completa automatizzazione del diritto delle *contra-ordenações* e del corrispondente illecito dal diritto e dall'illecito penale. E fu proprio questo il modello che ispirò il professor Eduardo Correia nell'elaborazione dei diversi Progetti di riforma del diritto penale portoghese, cosa confermata non solo dal suo orientamento dottrinale ma da espressi riferimenti nel *relatório do Projecto da Parte Geral* in cui si loda la soluzione tedesca e il fondamento di questa nel pensiero di Schmidt<sup>51</sup>. Cioè fu proprio nell'ambito delle diverse teorie del cosiddetto diritto penale amministrativo che si cominciò ad individuare una distinzione fondamentale, ossia quella fra condotte rilevanti alla luce di una valutazione fornita di carattere etico-sociale (le quali avrebbero dovuto mantenersi all'interno del dominio del diritto penale costituendo appunto a quel *direito penal secundário*) e quelle al contrario da considerarsi eticamente e socialmente neutre la cui illiceità avrebbe dovuto essere materialmente costituita solo dalla proibizione (le quali invece avrebbero dovuto essere sottratte all'ambito del diritto penale andando a costituire appunto un nuovo ramo del diritto, quello di *mera ordenação social*)<sup>52</sup>.

Delimitato perciò così il campo di preferenza dell'illecito *de mera ordenação social*, diventa chiaro il suo rapporto con il diritto penale, nell'adempimento dell'ingiunzione politico-criminale contenuta nell'articolo 18.2 della Costituzione Repubblicana in base al quale il diritto penale deve essere utilizzato come *extrema ratio* della politica criminale. Ecco allora farsi chiara la vocazione delle *contra-ordenações*<sup>53</sup>. Dando concreta realizzazione al principio di matrice liberale della sussidiarietà del diritto penale, l'articolazione fra questi due ambiti del giuridico creò le condizioni per una decriminalizzazione prudente, evitando eventuali rischi di una mancata tutela

---

<sup>49</sup> M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de direito penal-Parte geral I-A lei penal e teoria do crime no Código Penal de 1982*, 107.

<sup>50</sup> M. CAVALEIRO DE FERREIRA (nota 49), 107. Come vedremo, quella mossa dal Professore Manuel Cavaleiro de Ferreira, va aldilà di una mera critica di carattere formale-definitorio, ma riguarda il concetto stesso di *contra-ordenação*, rispetto all'introduzione del quale, il Professore da sempre si è mostrato critico.

<sup>51</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *O movimento de descriminalização* (nota 44), 321.

<sup>52</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 44).

<sup>53</sup> F. L. COSTA PINTO, *O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7 (1997) n°1 (repubblicato em *Direito Penal Económico e Europeu* (textos doutrinários), vol. I, Coimbra Editora, 1998, 13.

giuridica<sup>54</sup>. Anzi, il movimento di decriminalizzazione può essere considerato un vero e proprio orizzonte di comprensione dell'illecito di *mera ordenação social*<sup>55</sup>.

La piena concretizzazione del principio di sussidiarietà del diritto penale presuppone quindi la corrispondente concretizzazione dell'autonomia del diritto di *mera ordenação social*, rappresentandone l'altra faccia della medaglia. Autonomia e differenziazione che, per Eduardo Correia, prima e Jorge de Figueiredo Dias dopo, come anticipato, si radicavano nella stessa natura dell'illecito e nelle sue specificità<sup>56</sup>. Anzi, sulla scorta del pensiero che si rivelava dominante in Germania e che ispirò le linee programmatiche del pensiero di Correia, si preconizzava e sosteneva da parte di diversi Autori, che l'autonomia di questo tipo di illecito avrebbe dovuto essere una vera e propria autonomia di carattere "materiale", la quale avrebbe comportato che la prospettiva di "indifferenza etico-sociale" che avrebbe dovuto caratterizzare il *direito de mera ordenação social*, avrebbe dovuto dirigersi non agli "illeciti" (che suppongono sia già stata realizzata la valutazione legale) bensì direttamente alle condotte che gli avrebbero dovuto integrare. In Portogallo, l'orientamento maggioritario è appunto quello che sostiene una differenza qualitativa fra *crime* e *contra-ordenação*<sup>57</sup>. Ossia esistono, secondo questo orientamento, condotte alle quali, prima e indipendentemente dal disvalore dell'illiceità, corrisponde un più ampio disvalore morale, culturale o sociale e altre che, invece, non presentano tale caratteristica<sup>58</sup>. Così, Eduardo Correia, il grande propulsore della creazione legislativa di questo nuovo ambito di diritto, afferma che l'illecito di *ordenação social* è un *aliud* e non un *minus* rispetto all'illecito penale; possedendo i due natura sostanzialmente differente. Fu proprio Correia che, per sottolineare questa distinzione materiale, finì per andare ad aggiungere l'aggettivo "mera" ad "*ordenação social*", aggiunta ad esempio criticata da Carvalho (il quale, nel suo teso di diritto penale, sulla parte generale, non utilizza mai) in quanto egli, pur accettando e sostenendo l'orientamento che vede le due specie di illecito distinte in base ad un criterio qualitativo e sostanziale, ne ricusa il criterio che contrappone condotte "assiologicamente rilevanti" (che possono essere cioè configurate come *crimes*) a condotte "assiologico-socialmente o eticamente irrilevanti o neutre" (da configurarsi come "mere" *contra-ordenações*)<sup>59</sup>. Cioè, secondo l'orientamento, la condotta, indipendentemente dalla sua proibizione legale, è nel primo caso

---

<sup>54</sup> F. L. COSTA PINTO (nota 53), 13. Si nota in quest'opera nonchè in *Direito Penal*, Lições policopiadas, Universidade Católica, Lisboa, 1979-1980, volume I, pp. 140-142 di Teresa PIZZARRO BELEZA, come, senza pregiudizio di questi aspetti, fu anche osservato che l'opera di decriminalizzazione operata grazie alla creazione del diritto di *mera ordenação social* potrebbe costituire una forma per aggirare la censura e la stigmatizzazione specifiche di una valorizzazione criminale nei settori dominati dai *white collar crime*. In questi termini, la critica che si fa al diritto di *mera ordenação social* è di essere una specie di "privilegio di foro" per certi soggetti agenti.

<sup>55</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *O movimento de descriminalização* (nota 44), 319.

<sup>56</sup> E. CORREIA (nota 2).

<sup>57</sup> A. T. CARVALHO, *Direito penal* (nota 30), 126.

<sup>58</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* (nota 15), 161. A favore di questo orientamento oltre Jorge de Figueiredo Dias, anche E. CORREIA (nota 2), 257-281; contra A. T. CARVALHO (nota 30), 126 ss.

<sup>59</sup> A. T. CARVALHO, *Direito penal* (nota 30), 126.

assiologicamente rilevante, nel secondo assiologicamente e socialmente neutra. Quello che nel *direito de mera ordenação social* è assiologicamente e socialmente neutro non è l'illecito, bensì la condotta in quanto tale, a prescindere dalla proibizione legale; senza pregiudizio poi che, una volta connessa con questa, la proibizione legale passi a costituire un sostrato idoneo di un disvalore etico-sociale.

Carvalho si oppone a questo criterio sostenendo come, in realtà, anche le condotte qualificate come *contra-ordenações*, di per sé considerate, siano censurabili e rilevanti assiologico-socialmente. Solo che, differentemente dal diritto penale, una gran parte dei valori (o beni giuridici), protetti dal diritto di ordine sociale, non appartengono alla struttura assiologica fondamentale della vita comunitaria e della realizzazione personale (privi della la cosiddetta "dignità penale"), struttura che è oggetto proprio del diritto penale<sup>60</sup>. Solo in questo, secondo Carvalho, si concretizzerebbe tale distinzione materiale fra i due tipi di illeciti. Egli poi sottolinea come, in forza del principio di sussidiarietà del diritto penale, si possono avere condotte che nonostante ledano o pongano in pericolo tali valori fondamentali (cioè possedenti "dignità penale") non vengano qualificate come *crimes*, bensì come *contra-ordenações*, in quanto il Legislatore ritenne sufficiente ed adeguata la punizione di carattere *contra-ordenacional*<sup>61</sup>.

È questo appunto quello che si riteneva essere il criterio decisivo alla base del principio normativo fondante la distinzione materiale fra illecito penale e illecito di mero ordine sociale<sup>62</sup>. E perdeva, a questo punto, importanza sapere se il criterio distintivo fra i due tipi di illecito fosse qualitativo (come sostenevano Schmidt e Correia) o meramente quantitativo<sup>63</sup>. Infatti la distinzione, a seguito del ragionamento appena fatto, è sempre materiale e non meramente formale e l'illecito di mero ordine sociale non può essere ridotto a mere infrazioni bagatellari<sup>64</sup>. Il che però non osta a che il Legislatore aggiunga, al menzionato criterio di carattere materiale, criteri addizionali di distinzione (anche per quanto riguarda gli illeciti), non escludendo criteri "quantitativi", quando tale "quantità" si converte in "qualità", e questo accade quando sia condizione della rilevanza assiologico-sociale di una condotta o fatto del quale questa si assuma un certo grado di gravità oggettiva<sup>65</sup>. Sono differenti i principi giuridico-costituzionali, materiali e organici, ai quali la legislazione penale e quella di mero ordine sociale sono assoggettate (articolo 165, 1° comma, lettere *c* e *d*)<sup>66</sup>.

Un progetto di autonomia dell'illecito di mero ordine sociale che quindi, a partire dall'entrata in vigore del Codice Penale del 1982, chiaramente aveva l'obiettivo di realizzarsi su tre livelli: dogmatico, sanzionatorio e processuale<sup>67</sup> e che necessitava

<sup>60</sup> A. T. CARVALHO, *Direito penal* (nota 30), 129.

<sup>61</sup> Testo del decreto-legge n° 17 del 10 gennaio 1991 in *Diário da República* n° 8/91 Série I-A, 130.

<sup>62</sup> Testo del decreto-legge n° 17 del 10 gennaio 1991, (nota 61), 162.

<sup>63</sup> Testo del decreto-legge n° 17 del 10 gennaio 1991, (nota 61), 163.

<sup>64</sup> C. E. PALIERO (nota 1); J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* (nota 15), 163.

<sup>65</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 163.

<sup>66</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* (nota 15), 164.

<sup>67</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *O movimento de descriminalização* (nota 44), 329.



per la sua realizzazione completa, che si andasse ad intervenire sugli illeciti contravvenzionali che, fino a quel momento, avevano avuto il ruolo dominante nella protezione giuridica di quelle condotte che si volevano sottrarre al dominio del diritto penale. In Portogallo già da tempo si richiedeva appunto che le *contravenções* fossero sottoposte ad una “*descriminalização*”<sup>68</sup>, ossia che determinate condotte non venissero più sanzionate penalmente. Le vecchie categorie delle *contravenções* e delle *transgressões* dovevano trovare una nuova sistemazione. E abbiamo già anticipato come tale processo di ricollocazione delle *contravenções* sia stato molto complesso e si sia concluso solo in tempi assai recenti.

#### **4. La fine di un’evoluzione. Le tre leggi del 2006 e la definitiva abolizione delle *contravenções*.**

Il Governo portoghese presentò all’Assemblea della Repubblica tre proposte di legge che miravano appunto a convertire in *contra-ordenações* tutte le *contravenções* (e le *transgressões*) che rimanevano nell’ordinamento giuridico portoghese. La conversione, infatti, è stata realizzata dalla legge n° 25 del 30 giugno 2006 (la quale “*aprova o regime sancionatório aplicável às transgressões ocorridas em matéria de infraestruturas rodoviárias onde seja devido o pagamento de taxas de portagem*” quindi relativa alle *transgressões* in materia di infrastrutture stradali per le quali sia dovuto il pagamento del pedaggio), dalla legge n° 28 del 4 luglio 2006 (la quale “*aprova o regime sancionatório aplicável às transgressões ocorridas em matéria de transportes colectivos de passageiros*”, relativa quindi alle *transgressões* in materia di trasporti collettivi dei passeggeri) e dalla legge n° 30 dell’11 luglio 2006 (relativa alle restanti *contra-ordenações* e *transgressões*) . È a questo punto infatti che il Legislatore portoghese intervenne a revocare definitivamente le norme (penali e processuali) relative alle contravvenzioni<sup>69</sup>. Mentre le prime due leggi si riferiscono a particolari *contravenções* (e *transgressões*) in tema di infrastrutture stradali a e trasporti collettivi, la legge n° 30/2006 invece riguarda le contravvenzioni in generale<sup>70</sup>.

Nelle motivazioni della legge si afferma come lo stesso programma del diciassettesimo governo costituzionale esplicitasse l’impegno, che questo si era assunto, di decriminalizzare quelle condotte la cui qualificazione penale si rivelava del

---

<sup>68</sup> In questo senso si espresse J. FIGUEIREDO DIAS, *Lei criminal e controlo da criminalidade (O processo legal-social de criminalização e de descriminalização)* in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1976, 92-94, affermando che “decriminalizzare significa qui eliminare le contravvenzioni dal dominio del diritto penale, con tutte le conseguenze che ciò comporta, sia a livello di caratterizzazione del rispettivo illecito, sia nella determinazione delle specie di sanzioni che questo deve imporre, sia soprattutto a livello del processo delle infrazioni- per andare a costituire un autentico illecito di mero ordine sociale”.

<sup>69</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* (nota 15), 160.

<sup>70</sup> Nel testo stesso della legge si sottolinea come nell’ambito del diritto dei “*transportes colectivos de passageiros e das taxas de portagens em infraestruturas rodoviárias*” la conversione in illeciti di mero ordine sociale dovrà essere oggetto di trattamento autonomo, date le necessità di assicurare un trattamento coerente dei diversi regimi e di riformulazione del rispettivo quadro normativo.

tutto inattuale, attraverso appunto la conversione delle restanti contravvenzioni in *contra-ordenações*, uno degli obiettivi contenuti nella risoluzione del Consiglio dei Ministri n° 100/2005, del 30 maggio data la, ormai urgente, necessità di garantire una gestione razionale del sistema giudiziale affidando ai magistrati e agli ufficiali giudiziari la protezione di beni giuridici effettivamente meritevoli di tutela<sup>71</sup>.

Si definisce il programma di sostituzione delle *contravenções*, come un processo “per sua natura lento”<sup>72</sup>. Iniziato, come sappiamo, con la pubblicazione del decreto-legge n° 232/79, del 24 luglio, che, per la prima volta, introdusse in ambito normativo, l’illecito *de mera ordenação social*. Da tale legge derivavano conseguenze difficili su piano pratico dovute in prima battuta proprio al fatto che la Pubblica Amministrazione non disponeva i mezzi che le permettessero una esecuzione efficace dei rispettivi comandi normativi, tanto che il decreto n° 411-A/79, del 1°ottobre intervenne a revocare le norme della legge anteriore che determinavano le alterazioni in questa materia. Fu solo attraverso il decreto-legge n° 433/82, del 27 ottobre che, con l’approvazione del *regime geral do ilícito de mera ordenação social* e il rispettivo processo, si diede corpo alla volontà decriminalizzatrice che rendeva appunto necessario cancellare la figura delle contravvenzioni per convertirle in *contra-ordenações*, oppure per stabilire quali convertire in *crimes* e quali revocare.

Le difficoltà e le incertezze che il Legislatore ha trovato durante il processo di “sistematizzazione” delle *contravenções* durato oltre vent’anni, erano dovute proprio alla trasversalità delle materie in cui era possibile andare a rintracciare le figure contravvenzionali: questo risulta evidente dalla lettura degli atti dell’Assemblea della Repubblica. Si trattava di stabilire, come premesso, quali fattispecie potessero rimanere nell’ambito penale, venendo perciò trasformate in *crimes*, quali fossero da trasformare in *contra-ordenações* e quali invece da revocare in toto. In modo particolare in materie quali l’ambiente, il lavoro, trasporti, infrastrutture la trasformazione delle contravvenzioni in illeciti *de mera ordenação social* comportava poi degli aggiustamenti nella stessa disciplina del regime generale delle *contra-ordenações*. Come si ricava, ad esempio, dalla trascrizione della *reunião plenaria* del 22 aprile 1999, l’approvazione del *regime geral das contra-ordenações laborais*, richiedeva una nuova tipizzazione e classificazione delle *contra-ordenações* corrispondenti alla violazione delle leggi regolatrici del *regime geral dos contratos de trabalho*, e, infatti, tali *contra-ordenações* vennero poi tipizzate tenendo conto delle violazioni alla legislazione specifica in tema di sicurezza, igiene e salute in certi settori del lavoro, o determinati rischi professionali oltre che dei differenti regimi speciali dei contratti di lavoro e contratti equiparati<sup>73</sup>.

Si intende determinare con la legge n° 30/2006, il nuovo regime giuridico delle infrazioni allora punite come illeciti di natura contravvenzionale andando ad indicare, di regola, l’autorità competente per il processo e l’applicazione delle rispettive *coimas*.

---

<sup>71</sup> Nel 2003, si continua nella motivazione della legge, i processi con oggetto *contravenções* (e *transgressões*) costituivano ancora il 13%, tenendo indebitamente occupati i tribunali.

<sup>72</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 160.

<sup>73</sup> Testo della *reunião plenaria* del 22 aprile 1999 della Assembleia della Repubblica Portoghese pubblicato nel Diário da Assembleia da República del 23 de Abril de 1999, numero 75, I serie.

Inoltre si intende procedere alla revoca con tale legge di un determinato numero di figure contravvenzionali, alle modifiche (ai fini del raccordo della materia) del regime delle *contra-ordenações* e soprattutto alla consacrazione di una norma generale di conversione in *contra-ordenações* di quelle norme che prevedono contravvenzioni e che non sono oggetto di trattamento da parte di tale legge. Altro obiettivo della legge era quello di stabilire un regime transitorio per gli illeciti contravvenzionali posti in essere prima dell'entrata in vigore della legge.

Il primo articolo della legge n° 30/2006, rubricato "*Objecto*" il quale dichiara appunto l'oggetto della legge, esplicitamente dice che "*A presente lei determina que passam a assumir a natureza de contra-ordenações determinadas infracções previstas na lei como contravenções e transgressões, procedendo também à alteração de um regime contra-ordenacional em vigor*". Più specificatamente è l'articolo 35, rubricato "*Conversão em contra-ordenações e respectivo regime*" che si preoccupa di coordinare la conversione prestando attenzione a diversi piani come quello della pena (principale e accessoria) oltre che quello processuale<sup>74</sup>. Appunto al primo comma si dice come le *contravenções* (e le *transgressões*) previste dalla legislazione in vigore, non abrogate dagli articoli anteriori (norme relative appunto alla modifica del regime delle contravvenzioni nonché all'alterazione del regime *contra-ordenacional*) passino ad assumere natura di *contra-ordenações* nei termini stabiliti dai commi a seguire. Al secondo comma, invece, si afferma come le infrazioni anteriormente punite unicamente con la pena della multa siano punite con la pena della *coima* di ammontare uguale a quanto previsto nelle rispettive norme<sup>75</sup>.

All'articolo 36 poi si stabilisce un regime transitorio relativo appunto a quelle *contravenções* (e *transgressões*) poste in essere prima dell'entrata in vigore della legge in parola. Si dice al primo comma come queste vengano "sanzionate come *contra-ordenações*, senza alcun pregiudizio all'applicazione del regime che concretamente si mostra più favorevole per l'agente, in particolare per quanto riguarda la misura delle

---

<sup>74</sup> Il testo dell'articolo 35: "*1. As contravenções e transgressões previstas na legislação em vigor não abrangidas pelos artigos ante-riores passam a assumir a natureza de contra-ordenações, nos termos estabelecidos nos números seguintes. 2. As infracções anteriormente punidas unicamente com pena de multa são punidas com coimas de montante igual ao previsto nas respectivas normas. 3. As infracções anteriormente punidas com penas alternativas de prisão e de multa são punidas com coimas de montante igual ao previsto para as respectivas multas. 4. As infracções anteriormente punidas unicamente com pena de prisão ou cumulativamente com penas de prisão e de multa são punidas com coimas cujos limites mínimo e máximo são os previstos no artigo 17 do regime geral do ilícito de mera ordenação social e respectivo processo. 5. São competentes para o processamento e aplicação das coimas previstas para as contra-ordenações a que se refere o presente artigo os serviços designados nos termos do n° 2 do artigo 34 do regime geral do ilícito de mera ordenação social e respectivo processo. 6. O produto das coimas a que se refere o presente artigo, aplicadas pelos serviços indicados nos termos do número anterior, reverte para o Estado e para os mesmos serviços, nas percentagens de 60 % e 40 %, respectivamente. 7. As contra-ordenações a que se refere o presente artigo são subsidiariamente aplicáveis as disposições do regime geral do ilícito de mera ordenação social e respectivo processo. 8. Exceptuam-se do disposto no presente artigo as contravenções e transgressões previstas nos regimes jurídicos relativos aos transportes colectivos de passageiros e às portagens cobradas pelas concessionárias em infraestruturas rodoviárias*" pubblicato in *Diário da República*, 1.ª série, n° 132 - 11 de Julho 2006, 4835.

<sup>75</sup> Testo del decreto-legge n° 30 dell'11 luglio 2006, pubblicato in *Diário da República*, 1ª série, n° 132, 11 de Julho 2006, 4824.

sanzioni applicabili". In tema processuale, i processi per i fatti realizzati anteriormente alla data di entrata in vigore della legge, pendenti di fronte a tribunali a questa data, continuano ad essere svolti secondo i loro termini dinnanzi ai tribunali ove si trovano, ed essendo a questi applicabile, fino al passaggio in giudicato della decisione, la legislazione relativa alle *contravenções* (e alle *trasgressões*). Invece relativamente ai processi per i fatti posti in essere prima della data di entrata in vigore della legge la cui instaurazione avvenga in un momento posteriore, continuano secondo i propri termini di fronte alle autorità amministrative competenti<sup>76</sup>.

All'articolo 37 invece si trova un elenco di norme le quali vengono espressamente revocate con l'entrata in vigore della legge. Qui si tratta di materie quali servizi elettrici, regolamentazione dell'attività della pesca, istruzione. Non è presente unicamente la revoca di singole disposizioni di legge ma troviamo anche quella di interi decreti-legge come ad esempio il n° 637/76, del 29 luglio in tema di attività pubblicitaria oppure il n° 376/77, del 5 settembre in tema di trivellazioni per l'estrazione delle acque sotterranee in alcuni comuni di diversi distretti, oppure il decreto n° 117/90, del 5 aprile relativo al regime generale in materia di motocicli, ciclomotori e velocipedi. Esempi quest'ultimi che, riferendosi a materie particolarmente circoscritte nonché avendo il Legislatore a che fare con normative di origine assai risalente nel tempo, ci permettono di capire le ragioni della lentezza del processo di trasformazione della materia contravvenzionale alla luce del nuovo assetto del sistema punitivo portoghese dopo l'introduzione del diritto *de mera ordenação social*, che perciò non sarebbe da imputarsi unicamente a lungaggini e a resistenze da parte dell'organo espressione del potere legislativo, bensì sarebbe da considerarsi altresì come un naturale corollario della peculiare complessità, specificità (tale da richiedere interventi, come si è visto ad esempio per le *contra-ordenações* in tema di lavoro, di carattere appunto tecnico e specifico) nonché mole della stessa materia normativa in tema di contravvenzioni<sup>77</sup>.

## **5. Una (definitiva) abolizione delle figure contravvenzionali? La posizione contraria di Miguel Pedrosa Machado.**

Quindi la legislazione del 2006 ha portato all' "estinzione" delle contravvenzioni. Sul punto si può dire come ormai ci sia concordanza di opinioni in dottrina.

In realtà sappiamo come anche in dottrina, vi sia chi ancora non ritenga del tutto estinte le contravvenzioni, o meglio, non ritenga del tutto superata una parte della disciplina relativa al processo delle *contravenções* e delle *trasgressões*. Il riferimento è a Miguel Pedrosa Machado il quale ha espresso un'opinione originale in materia. Innanzitutto, per l'Autore, rimanevano in vigore "le norme relative al processo delle

---

<sup>76</sup> Testo del decreto-legge n° 30 dell'11 luglio 2006 (nota 75), 4835.

<sup>77</sup> Testo del decreto-legge n° 30 dell'11 luglio 2006 (nota 75), 4835.

*contravenções* e delle *transgressões*” costanti di un regime processuale penale speciale: dopo la revoca del Codice Processuale Penale del 1929 da parte del decreto-legge che approvò quello del 1987, per questo regime fu confezionato, in primo luogo, un insieme di disposizioni incluse nel Preambolo del Codice Processuale Penale e, in secondo luogo, una parte del decreto-legge n° 387-E/87, del 29 dicembre, parte nel frattempo, già sostituita dal decreto-legge n° 17/91, del 10 gennaio<sup>78</sup>. La rilevanza pratica del decreto-legge del 1991 appena menzionato nell’ordinamento giuridico portoghese sembrerebbe, secondo l’Autore, essere garantita proprio dalla presenza nel RGCO (ossia il Regime generale in tema di *contra-ordenações*) dell’articolo 66 rubricato “*Direito aplicável*”<sup>79</sup> il quale, salvo non sia diversamente disposto, continua ad eleggere come legislazione sussidiariamente applicabile all’udienza in prima istanza l’insieme delle regole processuali delle *contravenções* e delle *transgressões*<sup>80</sup>.

Per Machado, poi, se si mantiene in vigore una legislazione speciale che utilizza il *nomen iuris* “*contravenção*” in questa vecchia accezione ristretta, è evidente la necessità di conoscere la collocazione del sistema normativo formale nel quale tale nome è espressamente definito: e in questo caso ancora la collocazione è il Codice Penale del 1852/1886, i cui articoli 33, 36 e 125 (in parte del proemio, nel n° 5 e nel paragrafo 2, *in fine*) presentano alcune particolarità in tema di corrispettivo regime giuridico<sup>81</sup>. In realtà è possibile comprendere come, quando fu approvato il nuovo Codice di Procedura Penale nel 1987, che già prevedeva un regime privo della figura della *contravenção*, si rendeva comunque necessaria la creazione di un regime specifico (semplificato) da applicarsi a quei processi aventi per oggetto fatti qualificati come *contravenções* e le *transgressões* e per questo, il riferimento a queste ultime specie di infrazioni sarebbe da considerarsi oggi come un semplice anacronismo. Va detto come l’articolo in parola sia molto criticato dalla dottrina in quanto tale regime è stato pensato *ab origine* come semplificato e diverso dal processo penale mentre spesso viene applicato a *contra-ordenações* gravi.

È nello stesso Preambolo del decreto-legge n° 17 del 10 gennaio 1991<sup>82</sup> che si dice come “il decreto-legge n° 78/87, del 17 febbraio, abbia approvato il nuovo Codice del Processo Penale e abbia stabilito norme per il processo *contravenções* e delle *transgressões* le quali rimettono, caso per caso, alle diverse forme del processo sommarissimo, sommario e comune”<sup>83</sup>, e di come da un lato, “il programma di sostituzione” di quest’ultime “per sua natura lento, debba essere ponderato per evitare la lesione o il pericolo della lesione di rilevanti interessi e valori, congiuntamente al

---

<sup>78</sup> M. PEDROSA MACHADO, *Questões legislativas penais V-O que resta das contravenções*, in *Cadernos de Cinca de Legislação*, 2007, 49.

<sup>79</sup> L’art. 66 del RGCO afferma infatti: “*Salvo disposição em contrário, a audiência em 1.ª instância obedece às normas relativas ao processamento das transgressões e contravenções, não havendo lugar à redução da prova a escrito*”.

<sup>80</sup> M. PEDROSA MACHADO (nota 78), 50.

<sup>81</sup> M. PEDROSA MACHADO (nota 78), 50.

<sup>82</sup> Testo del decreto-legge n° 17 del 10 gennaio 1991 in *Diário da República* n° 8/91 Série I-A, 126-129.

<sup>83</sup> Testo del decreto-legge n° 17 del 10 gennaio 1991 (nota 82), 126.

riconosciuto sviluppo economico e sociale. Dall'altro lato, le concezioni che modellano il nuovo processo criminale si rivelano, a volte, inadeguate al trattamento di quelle specie di delitto. Ecco che si sono prodotte, per questo, indesiderabili effetti collaterali, tradottisi nella frammentazione della giurisprudenza, nella burocratizzazione dei procedimenti e nell'eccessivo impegno del corpo di polizia nella produzione in atti giudiziari<sup>84</sup>. E quest'ultimo riferimento riguardava in particolare "il valore degli atti di notizia (*autos de notícia*)". L'*auto de notícia* è quel documento che, secondo l'articolo 243 c.p.p., è redatto dall'autorità giudiziaria, dall'organo di polizia criminale o altra entità di polizia, sempre che presenzino ad un *crime* (oggi nella versione attualizzata, al tempo del decreto-legge in parola, si faceva riferimento anche alle *contravenções* e alle *transgressões*) di denuncia obbligatoria rimesso in via obbligatoria al Pubblico Ministero<sup>85</sup>. Tali atti, quando emessi da parte dell'autorità o dell'agente di polizia che, nell'esercizio delle proprie funzioni, individui o verifichi una *contravenção* oppure una *transgressão*, dovrebbero meritare di fare fede in giudizio, al quale si riferiscono i fatti presentati dagli stessi. E infatti nel testo del decreto-legge n° 17/91, all'articolo 6<sup>86</sup> si sancisce proprio come l'atto di notizia, emesso nei termini del paragrafo 1 dell'articolo 3, faccia fede in giudizio, salvo prova in contrario, e di come l'efficacia di tale atto non impedisca all'autorità giudiziaria di procedere con le attività ritenute necessarie ai fini della scoperta della verità. La rimessa al tribunale dell'atto di conoscenza il quale faccia fede in giudizio, equivale ad un atto di accusa (articolo 7), precisando come però se la *contravenção* o *transgressão* è punibile con la pena della prigionia siano applicabili le norme del Codice di Procedura Penale relative alla sospensione provvisoria del processo (articolo 7, paragrafo 4). Inoltre, indice della maggiore semplificazione e agilità di questo tipo di processo è l'inserimento dell'istituto del "pagamento volontario in giudizio" (articolo 10), ossia se l'infrazione è punibile con la sola pena della *multa*, il convenuto può, in qualunque momento del processo, ma sempre prima dell'inizio dell'udienza di giudizio, richiedere il pagamento volontario di una somma che gli viene liquidata al suo valore minimo<sup>87</sup>.

Per Machado poi, sarebbe ancora presente nell'ordinamento giuridico portoghese una categoria di contravvenzioni ossia le "contravvenzioni municipali" che sfuggirebbero alla disciplina dell'art. 35 della citata legge n° 36/2006<sup>88</sup>, le quali in particolare, prendono in considerazione il concetto di "*postura*" (ossia quel regolamento autonomo locale approvato dagli organi deliberativi locali – come l'Assemblea Municipale nei municipi<sup>89</sup>), molto dibattuto nella dottrina amministrativa portoghese. Secondo l'Autore, inoltre, da un punto di vista più profondo, prendendo in considerazione la relazione fra diritto e linguaggio, non si dovrebbe abbandonare del

---

<sup>84</sup> Testo del decreto-legge n° 17 del 10 gennaio 1991 (nota 82), 126.

<sup>85</sup> A. PRATA-J. M. VILALONGA-C. VEIGA, *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*, Almedina Editora, Reimpressão da 2.ª Edição, 2013, 55.

<sup>86</sup> Testo del decreto-legge n° 17 del 10 gennaio 1991 (nota 82), 127.

<sup>87</sup> Testo del decreto-legge n° 17 del 10 gennaio 1991 (nota 82), 127.

<sup>88</sup> M. PEDROSA MACHADO, *Questões legislativas penais* (nota 78), 51.

<sup>89</sup> J. FERREIRA PINTO, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume VI, Lisboa, 1994, 417.

tutto la possibilità di un utilizzo tecnico del concetto<sup>90</sup>. E tutto questo, secondo Machado, in virtù del fatto che la volontà di procedere all'estinzione delle contravvenzioni non avvenne, come sappiamo, seguendo il modello tecnico tentato da Correia nel 1979<sup>91</sup>. Infatti il n° 3 dell'articolo 1 del decreto-legge n° 232/79 del 24 luglio, testo la cui paternità è infatti sicuramente da attribuirsi ad Eduardo Correia, il quale non lo firma solo come Ministro di Giustizia, ma come Autore vero e proprio, tentò di semplificare la classificazione delle infrazioni per mezzo di una conversione legale automatica e in blocco ma fu solo per un errore di "costituzionalità organica" del testo in questione che tale tentativo non poté avere un buon esito<sup>92</sup>. Infatti, fu reso privo di efficacia dal decreto-legge 411-A/79 del 1° Ottobre sia per la mancanza di "un previo riadattamento delle entità intervenienti, un'esatta identificazione dei problemi che dovevano essere affrontati e risolti quando il nuovo ordinamento sarebbe dovuto entrare in vigore" sia "per dubbi sulla sua costituzionalità" (Preambolo) e, in particolare, appunto, sulla sua costituzionalità organica.

#### 5.1. *Concordanza di opinioni in dottrina amministrativa e penale a favore della definitiva abolizione delle contravenções.*

In realtà, sentiamo di poter dissentire con questa che può essere ormai definita come una marginale opinione e considerare del tutto estinte le contravvenzioni dopo la legislazione del 2006. Infatti, i riferimenti dottrinali che confermano l'estinzione delle contravvenzioni sono diversi e contemplati sia da parte della dottrina amministrativa che da quella penale.

Nella dottrina amministrativa, si pensi a Marcelo Rebelo De Sousa e a André Salgado De Matos, i quali, nel loro manuale, espressamente sostengono che "fino alla legge n° 30/2006 dell'11 luglio, ancora sopravvivevano alcune *contravenções* nell'ordine giuridico portoghese"<sup>93</sup>. Si consideri poi la voce di Vítor Gomes, per il quale "eliminata la figura della *contravenção*, lo strumento sanzionatorio amministrativo generale o comune, dotato di tendenza espansiva nei più disparati ambiti d'intervento amministrativo, è attualmente la *coima*, misura sanzionatoria di natura pecuniaria, applicata da parte delle autorità amministrative, mediante lo specifico *procedimento contraordenacional*, andando a punire comportamenti tipizzati come *ilícito de mera ordenação social*"<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> M. PEDROSA MACHADO (nota 78), 51.

<sup>91</sup> M. PEDROSA MACHADO, *Questões legislativas penais* (nota 78), 51.

<sup>92</sup> M. PEDROSA MACHADO (nota 78), 51.

<sup>93</sup> M. R. SOUSA-A. S. MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I – Introdução e princípios fundamentais*, Publicações Dom Quixote, 2ª edição, Lisboa, 2006, 74.

<sup>94</sup> V. GOMES, *As sanções administrativas na fronteira das jurisdições. Aspectos jurisprudenciais*, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n° 71, 2008, 8.

Anzi l'Autore, sottolinea come della figura della contravvenzione, nell'ultimo periodo, si potesse dubitare ormai della natura "penale" dopo che la pena della multa cessò di essere suscettibile di essere convertita in prigione. In questo senso si veda l'*Acórdão*<sup>95</sup> n° 252/2007 del Tribunale Costituzionale, nell'ambito del quale Vítor Gomes svolge il ruolo di relatore, e dove si discusse della costituzionalità (organica) o meno di norme contenute in un decreto-legge del 1994 che andavano a stabilire pene contravvenzionali di carattere meramente pecuniario in tema di tasse di pedaggio. Citando una precedente (e fondamentale) decisione del 1999 dello stesso Tribunale Costituzionale<sup>96</sup>, sulla quale ci soffermeremo più avanti, si dice che "si dovrà innanzitutto sottolineare che, indipendentemente dalla questione di sapere se, dopo la revisione costituzionale operata dalla legge n° 1 del 30 settembre 1982, è possibile la creazione, *ex novo*, di *contravenções*, quello che è certo è che la norma in parola volle stabilire la previsione di un comportamento consistente nella pratica di un "fatto "volontario", "punibile" solo con una pena di carattere pecuniario, consistente unicamente nella violazione o nella mancata osservanza delle disposizioni preventive di leggi e regolamenti, indipendentemente da qualsiasi intenzione dolosa. Dall'altro lato, considerando la data in cui la norma in parola fu editata (1992 per l'*Acórdão* a cui si fa qui riferimento, 1994 per le norme in questione), la sanzione pecuniaria da essa prevista non potrà essere convertibile nella pena della prigione, dato che si deve ritenere revocato, dalla data di entrata in vigore del Codice Penale approvato dal decreto-legge n° 400/82 del 23 settembre, l'articolo 123 del codice penale precedente (1886) nella sua redazione datagli dal decreto-legge n° 371/77 che andava a stabilire le pene alternative per le infrazioni penali alle quali veniva fatta corrispondere la pena della multa.<sup>97</sup>

Si rivela inquestionabile che il comportamento in causa (il non pagamento della "tassa" di pedaggio dovuta per l'utilizzazione delle autostrade) non possa avere una

---

<sup>95</sup> L'*Acórdão* è la decisione dell'organo collegiale di un tribunale, in questo caso il Tribunale Costituzionale, che differisce dalla *sentença*, dalla *decisão interlocutória* e do *despacho* che vengono invece emanate da un organo monocratico. Si tratta pertanto, di una rappresentazione, riassunta, della conclusione alla quale si arrivò nell'ambito dell'organo collegiale, che non copre tutta la estensione e la discussione che hanno riguardato il processo, ma solamente i principali punti di discussione.

<sup>96</sup> Il riferimento è all'*Acórdão* n° 61 del 1999 del Tribunale Costituzionale in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, volume n° 42, 1999, 273-282.

<sup>97</sup> Si noti che l'orientamento del Tribunale Costituzionale si basa sulla convinzione, come si legge nell'*Acórdão* n° 308/94, che queste pene della multa così fissate da un testo normativo non parlamentare e non autorizzato dal Parlamento siano inconvertibili nella pena della prigione, solo così potendosi ritenere che una pena contravvenzionale non sia restrittiva della libertà. Effettivamente il Tribunale Costituzionale, nell'*Acórdão* n° 188/77 (*Diário da República*, 2ª Série, de 5 de Agosto de 1987), e nell'*Acórdão* n° 97/88 (*Diário da República*, 2ª Série, de 22 de Agosto de 1988) considerò già revocato l'articolo 123 del Codice Penale del 1886 relativo alle proprie contravvenzioni. Conformemente a quanto lì esposto, infatti, sebbene l'articolo 7 del decreto-legge n° 400/82 del 23 settembre, avesse disposto che si mantenessero in vigore "le norme del diritto sostantivo e processuale relative alle *contravenções*", aggiunse che "ai limiti della multa e della prigione in sua alternativa si applicano le nuove disposizioni del codice penale". E proprio con questo ebbe luogo la esclusione della prigione alternativa quando la condanna è ad una quantità determinata di giorni (come d'altronde, sostenuto dal Supremo Tribunale di Giustizia).



risonanza etica tale che lo si debba qualificare come *crime*; e, se si pensa che tale comportamento già nel 1992, fu ritenuto tale da integrare un illecito passibile di essere sanzionato solamente con una pena meramente pecuniaria, si deve concludere che il trattamento che gli deve essere tributato debba essere corrispondente a quello previsto per le *contra-ordenações*, per le quali la Costituzione non esige la previa definizione del tipo e della punizione concreta in una legge parlamentare<sup>98</sup>. In particolare, non si può dimenticare che la pratica del fatto punibile da parte della norma *sub specie* rappresenta, senza che si possano sollevare dubbi in proposito, una infrazione ricompresa nell'ambito del diritto stradale, dovendosi ricordare che pratiche simili furono sanzionate anteriormente<sup>99</sup>.

Del resto, si continua, "è possibile dedurre la conclusione che la norma in oggetto debba essere trattata come un illecito di *mera ordenação social* dalla stessa sentenza oggetto del ricorso, quando in essa si afferma che, l'articolo 168 della Costituzione riferendosi all'illecito *de mera ordenação social*, omettendo qualsiasi riferimento alla figura delle *contravenções* (che era tradizionale nel diritto penale portoghese fino al codice penale del 1982) lascia intendere chiaramente che quest'ultima scomparve come tipo sanzionatorio autonomo, facendo sì che le *contravenções* che rimanevano o che venivano create *ex novo* avrebbero dovuto essere trattate in accordo e consonanza con la natura (criminale o di *mera ordenação social*) che queste presentavano nel singolo caso concreto". E non potendo il Governo oltrepassare il regime generale fissato nel decreto-legge n° 433/82 fissando una *coima* con un limite inferiore nè un limite massimo superiore a quelli stabiliti dall'articolo 17 di quella stessa legge quadro, e non essendo i limiti stati oltrepassati nel caso in esame, si dichiarò la non incostituzionalità della norma in esame e lecitò la revoca della decisione in parola che dovrà appunto essere riformulata.

Una delle voci più nette a sostegno dell'estinzione delle contravvenzioni nell'ordinamento portoghese è quella di Jorge de Figueiredo Dias, il quale, a proposito delle tre leggi del 2006, chiaramente si è espresso affermando in modo netto che "*atendendo a que condutas aí consideradas deixam de ser contravenções e passam a contra-ordenações*" ("essendo che le condotte lì considerate smettono di essere *contravenções* e passano ad essere *contra-ordenações*") e di come in tali leggi si stabilisca che le condotte praticate prima dell'entrata in vigore del nuovo regime siano già sanzionate come *contra-ordenações* (senza pregiudizio dell'applicazione di un regime più favorevole, in particolare per quanto riguarda la sanzione). E di come i processi che si trovano già pendenti nei tribunali continuino a procedere ove instaurati, ma la sanzione applicata sarà la *coima*; mentre per i processi ancora non instaurati, questi avranno luogo dinanzi alle autorità amministrative, anche qualora il fatto sia stato realizzato nel periodo di vigenza del regime contravvenzionale<sup>100</sup>. Nel loro *Dicionário Jurídico*, Catarina Veiga e José Manuel Vilalonga, alla voce *contravenção* dicono espressamente "le leggi n° 25/2006

---

<sup>98</sup> *Acórdão* n° 61 del 1999 del Tribunale Costituzionale (nota 96), 279.

<sup>99</sup> *Acórdão* n° 61 del 1999 del Tribunale Costituzionale (nota 96), 278.

<sup>100</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* (nota 15), 201.

del 30 giugno, 28/2006 del 4 luglio e la 30/2006 del 26 luglio, procedettero alla estinzione delle *contravenções* esistenti nell'ordinamento nazionale<sup>101</sup>.

5.2. *La critica alla distinzione sostanziale fra diritto penal e direito de mera ordenação e allo stesso concetto di contra-ordenação alla base dell'opinione minoritaria di Machado. Il superamento di tale opinione minoritaria.*

Alexandra Vilela, chiedendosi “*Ainda há contravenções e trasgressões em Portugal?*”<sup>102</sup>, cerca di rispondere in maniera diretta alle critiche portate da Pedrosa Machado. Ricordando come Pedrosa Machado ritenga, nonostante l'esistenza della legge n° 30/2006, solo apparentemente estinte tutte le *contravenções* e le *trasgressões*, l'Autrice ritiene di non poter condividere questa posizione, in quanto largamente orientata e influenzata da un certo modo di pensare il *direito de mera ordenação social* propria del Professore Manuel Cavaleiro de Ferreira di cui Pedrosa Machado fu discepolo<sup>103</sup>. Sappiamo infatti come, anche dopo la consacrazione legale delle *contra-ordenações* con il decreto-legge n° 433/82, il Professore Manuel Cavaleiro de Ferreira, sia sempre stato critico nei confronti dell'istituzione di un nuovo ramo di diritto accanto a quello penale<sup>104</sup>. Per il Professore infatti, nella sua critica al *Relatório* di quel testo, avrebbe senso escludere quella specie di diritto sanzionatorio dall'ambito del diritto penale, solo se si riuscisse ad arrivare alla conclusione che i due tipi di illecito possiedano natura distinta<sup>105</sup>. E, appunto, per Cavaleiro de Ferreira in tale *Relatório* non è possibile incontrare giustificazioni a sufficienza per dare fondamento a tale distinzione essenziale nella misura in cui non possiamo utilizzare alcuna distinzione nell'ordine giuridico, di giustizia o amministrativo. E questo perchè, per l'Autore, fra i due non vi sarebbe alcuna differenza di fondo: Stato e individui sarebbero soggetti solamente ad unico ordine giuridico, in cui tutto l'ordine giuridico è ordine di giustizia. Anche la mancanza di dignità penale delle *contra-ordenações*, che per Eduardo Correia, José de Faria Costa e Figueiredo Dias, sarebbe da rintracciarsi nella indifferenza o nella minore risonanza etica di quelle, per Cavaleiro de Ferreira, la minore o la maggiore eticità non sarebbe altro che un problema di carattere quantitativo e non giustificerebbe la distinzione “sostanziale” e “qualitativa che si cerca”<sup>106</sup>. La stessa critica all'utilizzo del termine “*contra-ordenação*” (condivisa dallo stesso Pedrosa Machado<sup>107</sup>) come traduzione della terminologia utilizzata dal

<sup>101</sup> A. PRATA-J. M. VILALONGA-C. VEIGA (nota 85), 106.

<sup>102</sup> A. VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social* (nota 14), 343.

<sup>103</sup> A. VILELA (nota 14), 346.

<sup>104</sup> M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal- Parte Geral*, volume I, *A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, reimpressão da quarta edição de Setembro de 1992, 113.

<sup>105</sup> M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal português*, 186.

<sup>106</sup> M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal* (nota 104), 112 ss.

<sup>107</sup> M. PEDROSA MACHADO, *Contravenção e contra-ordenação. Notas sobre a génese, a função e a crítica de dois conceitos jurídicos*, in *Estudos em homenagem ao Banco de Portugal*, Banco de Portugal, Lisboa, 1998, 30.

Legislatore tedesco nel 1949 e la preferenza per il termine “*transgressões de ordem*” finisce per spostarsi dal mero piano delle designazioni nominali, per finire in una critica al regime legale del diritto *de mera ordenação social* in toto come destinato ad eludere il principio costituzionalmente sancito della separazione dei poteri e dell’attribuzione di funzioni giurisdizionali all’Amministrazione<sup>108</sup>. Su quest’ultimo punto proprio Machado Pedrosa, critica fortemente il regime di generale del *direito de mera ordenação social*<sup>109</sup>.

Una valutazione del *direito de mera ordenação social*, a sua volta figlia di una precisa posizione in tema di distinzione fra *crimes* e *contravenções* per la quale, come ci riferisce Eduardo Correia<sup>110</sup>, Manuel Cavaleiro de Ferreira, va ad integrare nella figura della *contravenção* non solo interessi di promozione sociale, ma anche di prevenzione, proseguiti dall’Amministrazione (intesi non come quelle di promuovimento del Bene-stare ma come reazione contro quei fatti che costituiscono un pericolo remoto e indeterminato di beni giuridici)<sup>111</sup>.

Pedrosa Machado, discepolo di Manuel Cavaleiro de Ferreira, come anticipato, non ritiene la figura “contravvenzione” definitivamente estinta dal sistema giuridico portoghese in quanto, facendo riferimento ad una distinzione tra un’accezione ampia e una ristretta (o concetto autonomo) di *contravenção*, riterrebbe che in questa prima ampia accezione, non avrebbe smesso di rimanere in vigore. E questo perchè, in questa prima accezione significa “violazione o infrazione di un precetto, valendo specialmente per il caso in cui tale precetto possiede una fonte formale espressa (una legge o un regolamento) e per sottolineare il lato o il carattere oggettivo di tale violazione”<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> M. CAVALEIRO DE FERREIRA (nota 104), pagina 116; A. VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social* (nota 14), 113-114.

<sup>109</sup> M. PEDROSA MACHADO (nota 107), 44-48. Si dice come il processo delle *contra-ordenações* non abbia una natura continua perché l’accusa e la decisione spettano ad una autorità amministrativa, ma è anche possibile per la persona condannata al pagamento di una coima di impugnare tale decisione dinanzi ai tribunali comuni (art. 59 RGCO). Questa disposizione, assieme all’articolo 66 che, come sappiamo rimanda, per l’udienza di prima istanza, alle norme relative alle *transgressões* e alle *contravenções*, sarebbe secondo Machado, la riprova di una amministrativizzazione di funzioni giudiziali (e di una possibile incostituzionalità di tali norme che attribuiscono funzioni giudiziali ad autorità amministrative). I casi che, prima dell’adozione di questo sistema si consideravano *crimes* o *contravenções* erano valutati da tribunali comuni, spettando a questi la decisione e l’applicazione delle sanzioni corrispondenti. Ora, essendo molte di queste diventate *contra-ordenações*, della decisione e dell’applicazione della sanzione corrispondente tratta un’autorità amministrativa “senza la garanzia di un processo comune”. Il problema avrebbe la massima acuità quando è la stessa nelle *contra-ordenações* l’entità che accusa e che decide la condanna (come può accadere, in base al regime generale). Il fondamento politico-legislativo di una tanto grande differenza di trattamento persecutorio fa dipendere la sua validità e ragionevolezza dal fatto che del diritto di mero ordine sociale devono fare parte le infrazioni di minor rilevanza etica e che sia possibile distinguere chiaramente dalle infrazioni penali. Ma tanto i testi normativi come i principi del sistema confessano l’impossibilità di realizzare una distinzione chiara tra l’illecito penale e l’illecito soggiacente alle *contra-ordenações*.

<sup>110</sup> E. CORREIA, *Direito Criminal*, 1971, 216.

<sup>111</sup> A. VILELA (nota 14), 111-112.

<sup>112</sup> M. PEDROSA MACHADO, *Contravenção e contra-ordenação* (nota 107), 30; ID., *Questões legislativas penais V- O que resta das contravenções*, in *Legislação-Cadernos de Ciência de Legislação*, 2007, 49.

Quindi la revoca, la definitiva abolizione da parte del Legislatore con la legge n° 30/2006 avrebbe riguardato le contravvenzioni nella seconda accezione (e va detto, come per l'Autore in realtà il Legislatore non sia riuscito a portare a termine tale revoca, nemmeno per questo concetto ristretto di contravvenzione, dopo che l'annuncio di una tale trasformazione, per anni, non ebbe seguito, assistendosi, al contrario, alla creazione di nuovi tipi di *contravenções*<sup>113</sup>)<sup>114</sup>.

L'Autore, come abbiamo visto, allega il fatto che ancora si avrebbero norme in vigore, riguardanti il *processamento* e il *julgamento* delle *contravenções* e delle *transgressões*, data la sopravvivenza del decreto-legge n° 17/91. E questo a causa del riferimento espresso che il regime generale delle *contra-ordenações*, al suo articolo 66, fa al testo normativo appena menzionato, garantendone la sua rilevanza pratica e, ancora, perché il persistere di una normativa in materia di *contravenções*, renderebbe "necessario conoscere il luogo del sistema normativo formale in cui tale nome viene definito" ossia il Codice Penale del 1852/1886, essendo certo che la definizione di *contravenção* contenuta negli articoli 3 e 4 (e, contemporaneamente, secondo quanto sarebbe possibile dedurre dalla tesi di Pedrosa Machado<sup>115</sup>, la categoria della *contravenção*), ancora faccia parte dell'ordinamento giuridico portoghese, perché non espressamente revocata nè dal decreto-Legge n° 400/82 del 23 settembre che approvò il Codice Penale, nè dall'articolo 37 della legge n° 30/2006<sup>116</sup>.

Alexandra Vilela si oppone a questa tesi, sostenendo come, in primo luogo, quando si cominciò a preparare la riforma penale (che avrebbe abbracciato codice penale e legislazione avulsa), fu assunto, come abbiamo visto più volte, come obiettivo chiaro ed esplicito, che la categoria delle *contravenções* e delle *transgressões* avrebbe dovuto essere destinata alla estinzione, essendo stato questo il motivo per cui, nel decreto-legge n° 232/79 si procedette alla conversione delle contravvenzioni punibili con sanzioni pecuniarie in *contra-ordenações*, conversione che terminò nello stesso anno con il discusso decreto-legge n° 411-A/79<sup>117</sup>. E la ragione per cui il Legislatore le rimise in vigore, fu solo perché, l'opzione di procedere alla conversione menzionata in illeciti di mero ordine sociale fu presa senza che si dotasse l'Amministrazione dei poteri necessari e sufficienti per assumere la funzione che avrebbe dovuto secondo il regime generale dell'illecito *de mera ordenação social*<sup>118</sup>. E questa sarebbe una questione essenziale per Alexandra Vilela: se il Legislatore optò per il suo ricollocamento in vigore, non fu perché avesse inteso abbandonare il progetto iniziale di creazione di due illeciti aventi natura distinta, non fu perché arrivò alla conclusione di voler mantenere in vigore le *contravenções* per aver scoperto che queste facevano parte dell'ordinamento giuridico-penale.

---

<sup>113</sup> M. PEDROSA MACHADO, *Contravenção e contra-ordenação* (nota 107), 34-35.

<sup>114</sup> A. VILELA (nota 14), 346.

<sup>115</sup> A. VILELA (nota 14), 347.

<sup>116</sup> M. PEDROSA MACHADO, *Questões legislativas penais V* (nota 78), 45.

<sup>117</sup> A. VILELA, *O Dirieto de Mera Ordenação Social* (nota 14), 347.

<sup>118</sup> A. VILELA (nota 14), 347. E, in questo senso, come abbiamo già visto, si veda il Preambolo dello stesso decreto-legge n° 411-A/79.

Non fu per nessuna di queste ragioni che il Legislatore revocò la norma che operò la conversione in *contra-ordenações*<sup>119</sup>. Al contrario: fu proprio perché il Legislatore comprese che non avrebbe potuto fare scomparire le *contravenções* “dal giorno alla notte” che le ricollocò in vigore. Era necessario far sì che alcune scomparissero lentamente, che alcune venissero revocate, che altre ancora fossero alterate e, caso per caso, convertite in *contra-ordenações* o in *crimes*, in conformità alle esigenze del caso singolo<sup>120</sup>. Quindi il primo argomento che si può addurre contro la tesi di Pedrosa Machado è proprio quello per cui mai scomparve dallo spirito del Legislatore la volontà di fare scomparire la categoria dogmatica delle *contravenções*. Questo fatto, di assumere la transitorietà e la conseguente precarietà della categoria delle *contravenções*, fu pienamente accolto non solo nell’ambito della dottrina penale, ma anche in quella costituzionale<sup>121</sup>, e mai fu abbandonato. Stando così le cose, si capisce il senso per cui (in base alle ragioni appena esposte) il testo normativo che approvò il Codice Penale del 1982 non ebbe revocato le norme del precedente codice penale in materia di contravvenzioni. Era ancora necessario che queste venissero mantenute in vigore, richiedendosi nella pratica, che le *contravenções* scomparissero lentamente<sup>122</sup>.

In secondo luogo, non si potrebbe concordare con Pedrosa Machado quanto al ragionamento relativo alla vigenza del decreto-legge n° 17/91, circa il processo e il giudizio delle *contravenções* e delle *transgressões* che si legherebbe all’assenza di una norma revocatoria delle disposizioni relative alle contravvenzioni, fissate nell’ambito del vecchio Codice Penale<sup>123</sup>. È un fatto indiscutibile che il riferito decreto-legge effettivamente si mantiene in vigore, cosa in sè criticabile, in primo luogo, perchè nacque marchiato dallo stigma di transitorietà, in quanto servirebbe solamente ai fini del processo e del giudizio delle *contravenções* e delle *transgressões* e perchè, attualmente, mantenuto in vigore solo a causa delle *contra-ordenações*<sup>124</sup>. Tuttavia non è da questo fatto che possiamo dedurre che le *contravenções* facciano parte ancora dell’ordinamento giuridico portoghese<sup>125</sup>. È vero che, stante l’entrata in vigore di un testo normativo (il decreto-legge n° 433/82) che si pone il proposito esplicito di istituire una specie di illecito (quello di ordine sociale) e del rispettivo processo e che si autodenomina come un “testo di inquadramento”, si spererebbe che, in materia di procedura e di giudizio dei suoi illeciti, seguisse uno dei due cammini: o bastare a sè stesso nell’istituzione

---

<sup>119</sup> A. VILELA (nota 14), 347.

<sup>120</sup> A. VILELA (nota 14), 348.

<sup>121</sup> A. VILELA (nota 14), 348. Qui si dice come, a proposito del periodo legislativo nel quale si inserisce il riferito DL, Pedrosa Machado parli di una fase di transizione. Transitorietà e provvisorietà che, secondo il ragionamento dell’Autore, non si limiterebbero al diritto penale, bensì allo stesso diritto costituzionale nonché del diritto *de mera ordenação social* in PEDROSA MACHADO, *Anteprojecto de revisão do decreto-lei n° 433/82*, 299 ss.

<sup>122</sup> A. VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social* (nota 14), 348.

<sup>123</sup> A. VILELA (nota 14), 348.

<sup>124</sup> A. VILELA (nota 14), 348.

<sup>125</sup> A. VILELA (nota 14), 348.

dell'illecito e della regolamentazione del rispettivo processo o, in un'altra forma, prevedere le norme essenziali, presupponendosi l'elezione di uno, e solo uno, testo processuale come sussidiario<sup>126</sup>. Questo però non fu il percorso scelto dal Legislatore in quanto all'articolo 41 il riferimento è ai precetti regolatori del processo criminale mentre l'articolo 66, appunto, fa riferimento oggi, così come nella sua originaria elaborazione, quanto all'udienza di prima istanza, "alle norme relative al processamento delle *contravenções* e delle *trasgressões*". In verità, questo tipo di rinvio non presenta alcuna logica. Non ha cioè senso che il Legislatore del RGCO del 1982 per risolvere problemi relativi alle *contra-ordenações*, abbia fatto riferimento ad un testo normativo la cui natura transitoria fu assunta in forma aperta ed espressa dal Legislatore<sup>127</sup>, come appunto, il decreto-legge n° 17/91, il quale a seguito della riforma dei codici penale e processuale penale, e la parallela introduzione del regime generale relativo all'illecito di mero ordine sociale, voleva intervenire a regolamentare i processi pendenti oltre che quelli da instaurarsi, ponendosi espressamente come "previsione temporanea destinata a rimanere in vigore fino al termine del movimento di conversione di *contravenções* e *trasgressões* ancora esistenti in *contra-ordenações*"<sup>128</sup>. Il Legislatore avrebbe dovuto inserire in questo stesso Regime Generale le specificità previste da un punto di vista processuale, permettendo, in questo modo, che qualunque altro testo normativo facente riferimento alle *contravenções* e *trasgressões* scomparisse dall'ordinamento giuridico nel momento in cui venisse revocata l'ultima *contravenção* o l'ultima *transgressão*<sup>129</sup>. Siccome questo non accadde, quello che si verifica è che il *regime geral* del *direito de mera ordenação social* acquisisce le norme applicabili all'udienza di prima istanza contenute in un testo che fu creato solamente per regolare il processo e il giudizio di specie d'infrazioni in via di estinzione, dando, in questo modo, l'impressione che quello che avrebbe dovuto essere provvisorio si volle convertirlo in qualcosa di definitivo. Il punto errato è questo: quello di fare riferimento ad un regime, di per sé transitorio e collegato a figure giuridiche in via di estinzione ed eliminazione dall'ordinamento giuridico; un regime formato da ventidue articoli di cui solo uno è in vigore, perché, appunto intanto, la legge n° 30/2006 dell'11 luglio operò la conversione di *contravenções* e *trasgressões* in *contra-ordenações*<sup>130</sup>.

In verità, nonostante sia vero che il Legislatore avrebbe dovuto forse essere più esplicito nel momento della conversione di tutte le *contravenções* e le *trasgressões* in *contra-ordenações*, però da una lettura congiunta dell'articolo 1 con l'articolo 35 (commi da 1 a 7) della legge n° 30/2006, si può legittimamente concludere che tutte le *contravenções* e le *trasgressões* furono convertite in *contra-ordenações*<sup>131</sup>, fatta l'eccezione per, dicendo molto, quelle il cui passaggio processuale già era in corso e che, per

---

<sup>126</sup> A. VILELA (nota 14), 441.

<sup>127</sup> A. VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social* (nota 14), 441.

<sup>128</sup> A. VILELA (nota 14), 438-439.

<sup>129</sup> A. VILELA (nota 14), 442.

<sup>130</sup> A. VILELA (nota 14), 442.

<sup>131</sup> A. VILELA (nota 14), 348.

questo stesso motivo, non dovrebbero essere tenute in conto, così come quelle, citate da Pedrosa Machado che “si sottrarrebbero all’articolo 35 della citata legge n° 30/2006, considerando in particolare il concetto di “*posturas*” nella parte non abrogata dall’articolo 29, 1° comma delle Legge delle Finanze Locali del 1998<sup>132</sup>”. Queste due questioni assolutamente non collidono con lo scopo, di porre fine alle *contravenções*<sup>133</sup>.

Rimarrebbe la questione delle infrazioni ai due regimi giuridici relativi ai trasporti collettivi dei passeggeri e ai pedaggi imposti dalle concessionarie nell’ambito di infrastrutture stradali<sup>134</sup>. Quanto a questo punto, è vero quello che sostiene Machado per il quale nel momento in cui la legge n° 30/2006 fu pubblicata, già la legge n° 25/2006 del 30 giugno lo era stata, la quale, nel suo articolo 1, converte le *trasgressões* accorse in materia di *infraestruturas rodoviárias* per le quale sia dovuto il pagamento di pedaggi e la legge n° 28/2006 del 4 luglio, circa le *trasgressões* in materia dei trasporti collettivi dei passeggeri. Così non sarebbe stato necessario che la legge n° 30/2006 dedicatesse il comma ottavo dell’articolo 35 a fare eccezione, dalla riferita conversione, delle materie previste in quelle due leggi<sup>135</sup>. Si noti, tuttavia, come la legge n° 28/2006, erratamente, contrariamente a quello che succede nella legge n° 25/2006, non converte le *trasgressões* in *contra-ordenações*, limitandosi solamente, al suo articolo 14, ad andare a creare un regime transitorio, essendo certo che dal comma 1 di quell’articolo si possa dedurre solamente che “le *contravenções* e le *trasgressões* praticate prima dell’entrata in vigore delle presente legge siano sanzionate come *contra-ordenações*”, salvaguardandosi, tuttavia, l’applicazione del regime che concretamente si dimostri più favorevole all’agente. È certo che la legge n° 25/2006 disponga di un articolo simile a questo. Tuttavia, il primo degli articoli di questa legge opera la conversione delle sue *infracções* in *contra-ordenações*, cosa che la legge n° 28/2006 non fa e che avrebbe dovuto fare<sup>136</sup>. Non si dubita, infine, che anche qui le contravvenzioni siano state eliminate. Ma, ancora una volta, il Legislatore ha mancato di chiarezza, ha creato testi normativi evasivi e che possono lasciare spazio a dubbi che, in realtà, non avrebbero senso di esistere<sup>137</sup>.

Quindi, è vero che nessun testo normativo è intervenuto a revocare in forma espressa gli articoli del vecchio Codice Penale del 1852/1886 circa le *contravenções*, fatto che sarebbe stato desiderabile per la chiarificazione di un punto importante, nell’ordinamento giuridico-penale, ossia appunto, quello della estinzione delle *contravenções*<sup>138</sup>.

In ogni caso però, si deve tenere presente, secondo l’Autrice, che accanto alla revoca espressa, si incontra un’altra forma di revoca, quella tacita, la quale si

---

<sup>132</sup> M. PEDROSA MACHADO, *Questões legislativas penais* (nota 78), 48 ss.

<sup>133</sup> A. VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social* (nota 14), 349.

<sup>134</sup> A. VILELA (nota 14), 349.

<sup>135</sup> A. VILELA (nota 14), 349.

<sup>136</sup> A. VILELA (nota 14), 349.

<sup>137</sup> A. VILELA (nota 21), 349.

<sup>138</sup> A. VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social* (nota 14), 350.

caratterizza per il fatto che una legge sia da considerarsi revocata data l'incompatibilità esistente tra i suoi precetti e quelli di una nuova legge<sup>139</sup>. Per questo si può dire che la legge n° 30/2006, da un lato e le leggi n° 25/2006 e 28/2006 dall'altro, revocarono in via tacita tutte le *contravenções* ancora in vigore, valendo ugualmente questa affermazione per quelle che Pedrosa Machado ritiene che possano sottrarsi all'articolo 25<sup>140</sup>.

Dal congiunto di queste tre leggi si può comprendere la volontà del Legislatore e più che l'elemento letterale, è necessario privilegiare l'elemento teleologico. Ed è attraverso la comprensione della volontà del Legislatore che si può arrivare alla conclusione che le *contravenções* furono estinte dall'ordinamento giuridico<sup>141</sup>. Una scomparsa questa, desiderata già da molto tempo, avendo assistito anche ad alcune manifestazioni legislative, come quella del Codice del Lavoro, approvato dalla legge n° 99/2003, che, nonostante l'assenza di una norma revocatoria delle *contravenções laborais*, nel Libro II, relativo alla responsabilità penale e *contra-ordenacional*, bandì la figura della *contravenção*<sup>142</sup>, nonostante il fatto che il Legislatore del Codice del Processo del Lavoro non partecipò a tale conversione, cosa che successe con lo *Estatuto da Inspeção Geral do Trabalho* del 2000<sup>143</sup>, che continuava a parlare di *multas* e *contravenções*<sup>144</sup>. In questa misura, la legge n° 30/2006 non è altro che il culmine di un processo iniziato molto tempo addietro. In forza di tutto questo non si può seguire Pedrosa Machado nell'affermazione per cui le *contravenções* non sarebbero ancora estinte. Si ripete: sarebbe stato migliore che il Legislatore fosse intervenuto con la revoca espressa delle norme del vecchio Codice Penale del 1852<sup>145</sup>.

Per l'Autrice, sarebbe decisamente da concordarsi a quanto espresso, fra gli altri, da Figueiredo Dias e Faria Costa. Per questi Autori, come si è visto non si dovrebbero più creare altre *contravenções* e il loro spazio nell'ordinamento giuridico portoghese sarebbe scomparso a partire dal momento in cui fu istituita la categoria della *contra-ordenação* di come, anzi, tale figura giuridica avrebbe perso molto del suo spazio nel momento in cui la Costituzione, all'attuale articolo 165, 1° comma (l'allora

---

<sup>139</sup> A. VILELA (nota 14), 350. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito, Introdução e Teoria geral, uma perspectiva luso-brasileira*, Coimbra Almedina, 7ª edição revista, 1993, 286 ss., sottolinea il fatto che, nella maggioranza dei casi, il Legislatore opti per il tipo di revoca tacita, lasciando in difficoltà l'interprete quando deve verificare l'incompatibilità tra i due precetti: quelli della legge nuova e quelli della legge anteriore. Aggiunge che, in materia di contravvenzioni, è dall'inizio degli anni ottanta che il Legislatore volle bandire dall'ordinamento giuridico portoghese le categorie delle *contravenções* e delle *transgressões*.

<sup>140</sup> A. VILELA (nota 14), 350.

<sup>141</sup> A. VILELA (nota 14), 350.

<sup>142</sup> J. SOARES RIBEIRO, *O desaparecimento das Contravenções laborais*, Maja Juridica, ano II, numero 1, janeiro-junho 2004, p. 83.

<sup>143</sup> J. SOARES RIBEIRO (nota 142), 89.

<sup>144</sup> A. VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social* (nota 14), 351.

<sup>145</sup> A. VILELA (nota 14), 351. Lo stesso J. SOARES RIBEIRO (nota 142), 89; in tema di contravvenzioni in materia di lavoro, ritiene che il Legislatore dovrebbe intervenire in modo esplicito in materia di eliminazione totale delle contravvenzioni.



articolo 168), lettere c) e d) si limitò a fare riferimento, rispettivamente, ai *crimes* e all'illecito *de mera ordenação social*<sup>146</sup>.

Lo stesso Américo A. Taipa de Carvalho, trattando la questione, molto importante, e sulla quale ci soffermeremo in seguito, di risoluzione delle questioni giuridiche derivanti dal "passaggio", o meglio, dalla sostituzione di qualificazione giuridica di una determinata condotta da *crime* o *contravenção* a *contra-ordenação*, in tema di successione temporale di leggi,<sup>147</sup> sostiene come "lo stesso Legislatore decise, e correttamente, nel 2006, di mettere in pratica il proposito di Eduardo Correia di eliminare dall'ordinamento giuridico portoghese la figura giuridico-penale delle contravvenzioni<sup>148</sup>". Storicamente, l'Autore ricorda come già se ne tentò una realizzazione con il decreto-legge n° 232/79 del 24 luglio, parallelamente alla riforma del Codice Penale, statuendosi al 3° comma dell'articolo 1, una conversione in blocco e automatica di tutte le contravvenzioni e le trasgressioni presenti nell'ordinamento giuridico portoghese, punibili solo con la pena della *multa*, in *contra-ordenações*<sup>149</sup>. Tentativo questo che non andò a buon fine in quanto, come già anticipato, nacquero dubbi in tema di costituzionalità organica di tale normativa, seppure, come si legge nel *Parecer* della *Comissão Constitucional* n° 4 del 1981, non fu mai dichiarata tale incostituzionalità in modo espresso<sup>150</sup>. Infatti, accadde che tale decreto fu approvato

---

<sup>146</sup> A. VILELA (nota 14), 351.

<sup>147</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 139 ss.

<sup>148</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 176.

<sup>149</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 176.

<sup>150</sup> Un *Parecer* quello n° 4 del 1981 emesso dalla *Comissão Constitucional*, che affrontò le seguenti questioni relative al decreto-legge n° 232/79 del 24 luglio: la costituzionalità di testi normativi elaborati da parte di un Governo e che furono poi promulgati e pubblicati successivamente *l'exoneração* (esonero) dello stesso Governo, ma ancora prima della nomina del nuovo Primo Ministro; la rilevanza della revoca da parte del Legislatore delle norme eventualmente incostituzionali, prima di qualunque dichiarazione di incostituzionalità, con forza obbligatoria generale; analisi delle norme del decreto in esame, alla ricerca di eventuali situazioni di incostituzionalità. Dopo aver dimostrato come il decreto-legge n° 232/79 non soffra nella sua totalità di un vizio di incostituzionalità solo per il fatto di essere stato promulgato e pubblicato dopo l'esonero del Primo Ministro del Governo che lo elaborò e approvò in data anteriore alla firma e alla pubblicazione di tale decreto di esonero, la *Comissão Constitucional* esplicita come il decreto-legge in esame volle, da un lato, creare una legge quadro delle infrazioni di mero ordine sociale e, dall'altro, equiparare immediatamente le *contra-ordenações* alle *contravenções* e *transgressões* previste dalla legge allora vigente e alle quali venissero applicate sanzioni di carattere pecuniario. Volendo combattere *l'hipercriminalização* il Legislatore in tale decreto, non si limitò però a decriminalizzare o depenalizzare le infrazioni esistenti fino a quel momento ma si era posto come scopo quello di "purificare il diritto penale di forme di illecito, la cui sede naturale è il *direito de mera ordenação social*" tra cui le "*contravenções* tradizionalmente e indebitamente integrate nell'ordinamento giuridico penale" (proprio i commi 3 e 4 dell'articolo 1, quelli revocati e oggetto della valutazione in termini di costituzionalità, intervennero ad equiparare alle *contra-ordenações* le *contravenções* e *transgressões* previste dalla legge vigente e alle quali venissero applicate sanzioni di carattere pecuniario, e dando la possibilità alla legge di intervenire sottoponendo determinati casi a tale regime). La Commissione esplicita come essendo intervenuto il decreto legislativo n° 411-A/79 a revocare tali norme e di come, un'altra ragione di mancanza di interesse pratico della valutazione della costituzionalità di tali norme, sia la mancanza di casi in quei pochi mesi prima della revoca di casi in tema di applicazione retroattiva della legge dichiarata incostituzionale, specie perché questi due mesi coincisero con i mesi delle ferie giudiziali estive, fosse inutile e priva di rilevanza

senza l'autorizzazione legislativa dell'Assemblea della Repubblica. E, dato che una tale "conversione" di contravvenzioni e trasgressioni in *contra-ordenações* implicava, necessariamente, la depenalizzazione delle rispettive condotte, sorsero, subito, dubbi circa la sua costituzionalità. Dubbi che per l'Autore, avevano tutta la ragione di esistere in quanto, solamente chi ha la competenza per "penalizzare" (ossia creare nuove infrazioni penali), detiene la rispettiva competenza per depenalizzare visto che, secondo la versione originaria della Costituzione portoghese, in materia di *crimes, penas e medidas de segurança* erano di competenza esclusiva (oltre che relativa) dell'Assemblea della Repubblica<sup>151</sup>. In questo *Parecer* sappiamo come la Commissione Costituzionale, seguì un orientamento che già aveva avuto in *Pareceres* precedenti, andando, al contrario, a difendere la tesi per la quale il Governo poteva creare *contra-ordenações* e stabilire inoltre le rispettive *coimas*, senza che, l'allora articolo 167, lettera e) della Costituzione fosse violato<sup>152</sup>. Per la Commissione, infatti, in quel comma il riferimento alle pene era da intendersi solamente alle pene criminali in senso stretto o alle pene applicabili ai *crimes*. Al di fuori della riserva relativa rimanevano, di conseguenza, le pene applicabili solamente alle infrazioni contravvenzionali. Essendo così, e perché la recentemente creata "coima" non aveva natura di carattere criminale, senza alcun intento espiatorio, traducendosi in una mera avvertenza, e considerandosi già allora il *direito de mera ordenação social* come un diritto sanzionatorio pubblico diverso dal diritto penale e dotato di autonomia giuridica, che presentava dal suo inizio l'obbiettivo di andare ad assorbire al suo interno la maggior parte delle *contravenções*, la materia oggetto del decreto non avrebbe dovuto considerarsi come blindata da una riserva di legge di competenza dell'Assemblea della Repubblica<sup>153</sup>.

---

pratica una dichiarazione di incostituzionalità. Per il *requerimento* (richiesta) alla base della sollecitazione del Presidente dell'Assemblea della Repubblica che diede luogo al Parere della Commissione, si dice come "considerando che tale testo normativo del Governo introduce una profonda alterazione nell'universo penale e processuale-penale portoghese", a dequalificare infrazioni e sanzioni il Governo avrebbe invaso la sfera di competenza legislativa riservata all'Assemblea della Repubblica (l'allora lettera e) dell'articolo 167), spettando ad essa, e solo ad essa, definire i *crimes* e le *penas* e a ritirare tale qualificazione giuridica". Ecco che la discussione per la Commissione non poteva che vertere sulla natura del *direito de mera ordenação social*, nonché l'interpretazione della lettera e) dell'articolo 167 della Costituzione in materia di competenza legislativa. Facendo espresso riferimento ad una determinata dottrina nella Commissione andò prevalere l'opinione che interpretava "penas" alla lettera e) come da intendersi in senso stretto. Argomentando poi a favore della differenza sostanziale fra illecito di ordine sociale e illecito penale, la Commissione osserva come volendo assorbire in sé la maggior parte delle *contravenções* conosciute nell'ordine giuridico, il diritto di mero ordine sociale non dovrebbe essere visto come un diritto criminale di giustizia, definitorio di *crimes*, non verificandosi, relativamente a questo, ragioni sostanziali che permettano di concludere che debba essere assorbito dalla riserva di competenza legislativa esclusiva dell'Assemblea della Repubblica, nell'ambito della lettera e) dell'articolo 167. Inoltre la Commissione non si pronuncia in tale Parere per l'incostituzionalità materiale dell'articolo 42 di tale decreto in quanto non rilevando alcuna violazione dell'articolo 27, 2° comma della Costituzione.

<sup>151</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 176.

<sup>152</sup> A. VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social* (nota 14), 131.

<sup>153</sup> A. VILELA (nota 14), 131 dove si cita il *Parecer* della *Comissão Constitucional* n° 4 del 1988 in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 14° volume, Lisboa – Imprensa nacional – Casa da moeda, 1983, 245 ss. In quest'ultimo la Commissione dà conto anche del differente orientamento di J. SOUSA E BRITO circa la

Quindi Carvalho cita una serie di dubbi di costituzionalità (seppur, fugati da parte della Commissione Costituzionale), i quali, e non solo quindi la circostanza che “le autorità amministrative non si presentavano “preparate” ad affrontare le migliaia di processi di mero ordine sociale, che sarebbero risultati dalla conversione in blocco delle contravvenzioni”<sup>154</sup>, furono alla base dell’approvazione il decreto-legge n° 411-A/79, del 1°ottobre, il quale revocò i commi 3 e 4 dell’articolo 1 del decreto-legge n° 232/79 che sancirono appunto tale conversione<sup>155</sup>. Ecco che da un testo normativo avente il duplice significato di procedere alla revoca delle contravvenzioni e di istituire un nuovo illecito, si passò ad avere “solamente” una legge quadro di diritto di mero ordine sociale<sup>156</sup>.

### 5.3. La costituzionalità del regime transitorio fissato dalle tre leggi del 2006. L’uniformità della giurisprudenza nel ritenere definitivamente abolite le contravenções.

Ecco che le tre leggi del 2006 sono intervenute a stabilire, agli articoli 20 della legge n° 25/2006, 14 della legge n° 28/2006, 35 e 6 della legge n° 30/2006, un vero e proprio “regime transitorio”<sup>157</sup>.

Un regime transitorio rispetto al quale, il Tribunale Costituzionale, soprattutto si pensi all’*Acórdão* n° 221/2007, si pronunciò in favore di una sua non incostituzionalità, chiarendosi come il Tribunale ebbe per oggetto, in modo diretto, delle proprie valutazioni, il regime transitorio della legge n° 25/2006, potendosene però estendere i ragionamenti anche al regime della legge n° 30/2006 in quanto interamente uguale alla legge n° 25/2006<sup>158</sup>. Gli argomenti invocati dal Tribunale Giudiziale di Vila do Conde (processo n° 1071/2006), il Tribunale ricorrente alla corte costituzionale, a favore della incostituzionalità del comma 1 dell’art. 20 della legge n° 25/2006 (per poter dare fondamento all’estinzione di responsabilità che si sanciva in processo, ove si considerarono depenalizzate le condotte in causa ossia il non pagamento o il pagamento invalido di tasse di passaggio in materia di infrastrutture ferroviarie “nei termini dell’articolo 2, 2° comma c.p. e articolo 29, comma 4 c.r.p.”)<sup>159</sup> erano: le

---

riserva di competenza legislativa dell’Assemblea della Repubblica. Per l’Autore infatti il termine “*penas*” era da intendersi in senso ampio, comprendendosi lì, pertanto, non solo le pene criminali, bensì anche le altre sanzioni appartenenti all’ambito criminale in senso ampio tale da dovervi includere anche le pene da associare alle contravvenzioni, non potendo, di conseguenza, il Governo legiferare in tema di contravvenzioni “in modo libero” in SOUSA E BRITO, “*A Lei Penal na Constituição*”, *Estudos sobre a Constituição*, ed. Jorge Miranda, II, Lisboa, Petrony, 1978, 237 ss.

<sup>154</sup> Parecer della *Comissão Constitucional* n° 4 del 1988 in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 14° volume, Lisboa-Imprensa nacional-Casa da moeda, Lisboa, 1983, 205-272.

<sup>155</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 176-177.

<sup>156</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *O movimento de descriminalização* (nota 44), 324 ss. (in particolare, pagina 326) e A. VILELA (nota 14), 128.

<sup>157</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 177-178.

<sup>158</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 179.

<sup>159</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 179.

imperfezioni e le incoerenze di un tale regime transitorio, laddove al suo articolo 1 sancisce la natura differente di contravvenzioni (e trasgressioni) e *contra-ordenações*, finendo però poi per ammettere l'applicazione del regime materiale di *contravenções* e *trasgressões* in caso di sanzioni quantitativamente più favorevoli<sup>160</sup>; l'applicazione delle pene sarebbe "materia esclusiva del potere giudiziale" e appunto, *contravenções* e *trasgressões* furono sempre punibili, come i *crimes*, con pene, da potersi applicare solamente in un processo penale "in presenza di un'accusa da parte del Pubblico Ministero, sottoponendo l'agente ad un giudizio in un'udienza solenne, applicando i principi del processo penale"<sup>161</sup>; tale regime transitorio poi non rispetterebbe la distinta natura e qualità fra *contravenções* e *contra-ordenações*, finendo per equipararle e per individuarne il criterio discretivo in una mera valutazione di carattere pecuniario; il fare dipendere il giudizio di *contravenções* e *trasgressões* (praticate prima dell'entrata in vigore della legge che le convertì in *contra-ordenações*) in un processo penale o in un processo *contra-ordenacional* dall'(aleatorio) momento di instaurazione del processo come sancito dai commi 2 e 3 dell'articolo 1 in parola, violerebbe il principio di "eguaglianza materiale"; nel caso del processo ancora non istaurato, nel momento in cui entrò in vigore la legge di conversione, e nel caso che il regime "concretamente più favorevole" sia quello delle contravvenzioni (il valore della *multa* si presentava inferiore a quello della *coima*) sembrerebbe trovarsi di fronte all'ostacolo che le autorità amministrative "non potrebbero applicare multe"<sup>162</sup>. Per questo motivo, la legge di conversione sarebbe una vera e propria legge di depenalizzazione; dunque, per imposizione di legge (articolo 2, 2° comma c.p.) e norma costituzionale (articolo 29, 4° comma, seconda parte) non potendosi perciò più applicare il regime penale vigente al momento della realizzazione di tali condotte<sup>163</sup>; mentre per quanto riguardava l'applicazione retroattiva della legge nuova, sarebbe illegale (violando gli articoli 2 e 3 del decreto-legge n° 433/82) e incostituzionale (articoli 29, 1° comma). Per questo la conclusione finale del Tribunale di Vila do Conde era quello di considerare le contravvenzioni praticate prima dell'entrata in vigore della legge di conversione in *contra-ordenações*, come giuridicamente irrilevanti e, pertanto, insuscettibili di una qualunque specie di punizione<sup>164</sup>.

Per Carvalho, invece, l'applicazione retroattiva di una legge *contra-ordenacional* che vada a convertire un *crime* o una *contravenção* in una *contra-ordenação*, se mantenute le garanzie processuali e giudiziali e se, la sanzione *contra-ordenacional* sia, in termini materiali, meno grave (o, per lo meno, non più grave) della sanzione penale, si presentava costituzionalmente possibile, in presenza di determinati presupposti<sup>165</sup>. Non si tratta infatti del caso di condotte non considerate infrazioni penali, ove la

---

<sup>160</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 180.

<sup>161</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 180.

<sup>162</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 180.

<sup>163</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 181.

<sup>164</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 181.

<sup>165</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 182.

proibizione della retroattività sarebbe assoluta, sullo stesso piano costituzionale<sup>166</sup>. Per l'Autore, l'incostituzionalità riguarderebbe il "regime transitorio" nella parte in cui vengono eliminate retroattivamente le garanzie di un procedimento penale (comma 3), e nella parte in cui, equiparando infrazioni penali e *contra-ordenações* permette l'applicazione di *multas* che erano e, continuano ad essere sanzioni penali, da parte di autorità amministrative (commi 2 e 3): relativamente a questi profili, le argomentazioni del Tribunale presenterebbero una certa consistenza costituzionale, e che potrebbero essere risolti, secondo l'Autore, inserendo nel Regime Generale delle *Contra-Ordenações*, un articolo che stabilisse il regime applicabile alla conversione di un crime in una *contra-ordenação* e viceversa<sup>167</sup>. Per Carvalho, in concordanza con l'opinione di Figueiredo Dias, e rifiutandone l'interpretazione data alle sue teorie di ritenere tali fatti privi di qualunque rilevanza giuridica<sup>168</sup>, una tale legge di conversione costituirebbe una vera e propria legge depenalizzatrice, e passibile per questo di applicazione retroattiva<sup>169</sup>. Egli concorda inoltre con Dias nel ritenere che, la punizione come *contra-ordenação*, sia un problema non più di diritto penale, ma di diritto di *mera ordenação social*<sup>170</sup>, però, diversamente da Dias, sottolinea come sia necessario esista una norma, che nell'ambito della legge di conversione, vada a stabilire il regime transitorio e, in caso di sua mancata esistenza, la conseguenza sarebbe quella di essere l'impunità delle condotte praticate anteriormente<sup>171</sup>.

L'Acórdão n° 221/2007 (che presenta un contenuto discorsivo del tutto ripetitivo di una lunga serie di altre decisioni dello stesso Tribunale Costituzionale, come il n° 61/99 e il n° 419/2006) conclude dichiarando la non incostituzionalità del 1° comma dell'articolo 20 della legge n° 25/2006 del 30 giugno (e quindi concedendo il ricorso, determinando la riformulazione della decisione rispetto alla quale si ricorse in conformità con il giudizio lì espresso), grazie al quale sarebbero state sanzionate come *contra-ordenações* infrazioni risultanti dalla mancanza di pagamento di tasse di pedaggio previste dal Decreto-legge n° 248-A/99 del 6 luglio, praticate prima dell'entrata in vigore della legge n° 25/2006, "senza pregiudizio dell'applicazione del regime che concretamente si dovesse mostrare più favorevole per il soggetto, in particolare per quanto riguarda la misura delle sanzioni applicabili"<sup>172</sup>.

Qui si dice, seguendo la giurisprudenza presente in molti precedenti *Acórdãos*, a partire dal n° 61 del 1999, e citando quello che, in tema di conversione in *contra-ordenações* e di trattamento delle rimanenti contravvenzioni, diventerà il criterio fondamentale, come le norme oggetto della questione vadano a prevedere solamente

---

<sup>166</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 181.

<sup>167</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 189.

<sup>168</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* (nota 15), 200.

<sup>169</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 183.

<sup>170</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 183.

<sup>170</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 200.

<sup>171</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 183.

<sup>172</sup> Acórdão n° 221/2007 del 28 marzo in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 68° volume, 2007 (março e abril), 665-688.

una pena pecuniaria la quale non potrebbe essere convertita nella pena della prigione, rendendosi del tutto indiscutibile che il comportamento in causa non detiene una risonanza etica tale da qualificarlo come illecito penale, avendo una natura che, dopo l'introduzione nell'ordinamento giuridico portoghese della categoria dell'illecito di mero ordine sociale<sup>173</sup>. La legge n° 25/2006 (e stesso discorso potrebbe essere fatto per la legge n° 28/2006 e la n° 30/2006) non intervenne ad eliminare, né l'illiceità, né la responsabilità per la condotta prevista, ma si limitò a procedere ad una sua "desgraduação" o "desvalorização"<sup>174</sup> all'area del diritto di mero ordine sociale. In questo senso ci si trova di fronte ad una vera e propria depenalizzazione, in cui due differenti rami del diritto pubblico sanzionatorio vengono a confronto<sup>175</sup>. Il Tribunale dice poi come non sarebbero violati né il 1° né il 4° comma dell'articolo 29 della Costituzione (essendo operata la trasformazione in illecito di mero ordine sociale procedendo di accordo con il principio di applicazione retroattiva della legge più favorevole facendo applicare il regime meno gravoso per l'agente, in particolare in tema di sanzioni) perché sarebbe espressamente contrario, sia alla lettera, sia allo spirito del comma 1 dell'articolo 20 della legge n° 25/2006 in questione, ammettere che il Legislatore abbia voluto eliminare l'illiceità (e la punizione) del non pagamento delle tasse dovute. Una soluzione contraria, infatti, continua il Tribunale, porterebbe all'assurda situazione che, una volta incriminata una condotta, al Legislatore verrebbe impedito di "desgraduar" in *contra-ordenações*, rimanendogli la scelta se mantenere un'incriminazione che considera eccessiva oppure concedere una sorta di "amnistia" (non intenzionalmente) generalizzata relativa alle condotte anteriori che continua a voler considerare illecite. Potrebbe decidere di punire in maniera meno severa un *crime*, ma non trasformarlo in *contra-ordenação*<sup>176</sup>. Le critiche mosse a questo *Acórdão* da parte di Carvalho furono diverse, e soprattutto, in tema di proibizione di eliminazione retroattiva della garanzia giurisdizionale e del procedimento penale e dell'importanza del "tempus delicti"<sup>177</sup>. In modo particolare affermando "che si dovrebbe concludere che il trattamento che dovrà essere conferito dovrà corrispondere a quello per le *contra-ordenações*", il Tribunale sembrerebbe dimenticare come in base al comma 1 dell'articolo 20 del regime transitorio in parola si mandi ad applicare "il regime che concretamente si mostri più favorevole all'agente" il che presuppone e significa che, per il Legislatore ordinario, potrebbe anche essere il regime penale (se appunto più favorevole nel caso concreto)<sup>178</sup>.

Nella giurisprudenza costituzionale più recente è poi ormai esplicitato e uniformemente accettato che tale normativa del 2006 abbia definitivamente abolito le contravvenzioni. Ad esempio nell'*Acórdão* n° 344/07 del 6 giugno si dice espressamente

---

<sup>173</sup> *Acórdão* n° 221/2007 del 28 marzo, (nota 172), 665.

<sup>174</sup> *Acórdão* n° 221/2007 del 28 marzo, (nota 172), 686.

<sup>175</sup> *Acórdão* n° 221/2007 del 28 marzo, (nota 172), 686. Qui il Tribunale va a citare J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* (nota 15), 188 ss, nonché R. PEREIRA, «*A discriminação do consumo de droga*», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, 1159 ss.

<sup>176</sup> *Acórdão* n° 221/2007 del 28 marzo, (nota 172), 687.

<sup>177</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 193.

<sup>178</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 192.

come “in questa occasione [l’introduzione del regime generale delle *contra-ordenações* e del relativo processo con il decreto-legge n° 433/82 del 27 ottobre] il Legislatore si astenne dall’eliminare o convertire in *contra-ordenações* le *contravenções* vigenti, mantenendosi così la situazione creata nel 1979, di esistenza di queste tre categorie di illecito: *criminal*, *contravencional* e *contra-ordenacional* (o *de mera ordenação social*). Tuttavia, l’elenco delle contravvenzioni fu progressivamente ridotto e il rispettivo spazio occupato, singolarmente o in blocchi settoriali (come negli ambiti dei trasporti, del lavoro, fiscale, della costruzione, delle infrazioni antieconomiche), per la creazione di *contra-ordenações* e, in casi rari, per la tipizzazione della condotta come illecito criminale. Movimento questo che terminò con la legge n° 30/2006 dell’11 luglio che, oltre a trasformare determinate *contravenções* in *contra-ordenações*, convertì in blocco, le *contravenções* e le *trassgressões* residue in *contra-ordenações* (articolo 35)”<sup>179</sup>. Lo stesso, già citato, *Acórdão* n° 221/07 del 28 marzo dice espressamente “la legge n° 30/2006, dell’11 luglio, ha proceduto alla conversione in *contra-ordenações* delle restanti *contravenções* e *trassgressões* ancora in vigore<sup>180</sup> all’articolo 35, ha stabilito che le infrazioni previste nella legislazione in vigore come *contravenções* e *trassgressões* che non siano regolate individualmente passino ad assumere natura di *contra-ordenações* e stabilì il rispettivo regime”<sup>181</sup>. Negli *Acórdãos* del Tribunale Costituzionale n° 117/2007 e 344/2007, dicendo come la legge n° 28/2006 del 4 luglio venne a sostituire il precedente regime sanzionatorio “definendo la mancanza di titolo di trasporto valido come *contra-ordenação* punita con una *coima* (...) e stabilendo fossero punite come *contra-ordenações* le anteriori *contravenções*, senza pregiudizio del regime più favorevole”, tale intervento legislativo fosse da inserire “in un “pacchetto legislativo” volto all’eliminazione delle restanti *contravenções*, sostituendole con la qualificazione di *contra-ordenações*, e che oltre a questo testo normativo, incluse la legge n° 28/2006, del 4 luglio e la legge n° 30/2006, dell’11 luglio”<sup>182</sup>.

## **6. La compresenza del *direito de mera ordenação social* e delle figure contravvenzionali nel lento processo di eliminazione delle *contravenções*. Problematiche costituzionali. Il divieto dell’applicazione retroattiva della legge penale sfavorevole.**

Un processo lento quello di abolizione delle contravvenzioni, durato oltre vent’anni. E, in questo periodo, come abbiamo anticipato, non poche sono state le problematiche, soprattutto di carattere costituzionale, che hanno caratterizzato la compresenza nel sistema giuridico portoghese delle (vecchie e create *ex novo*)

---

<sup>179</sup> *Acórdão* n° 344/07 del 6 giugno in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 69° volume (2007), 404.

<sup>180</sup> *Acórdão* n° 221/2007 del 28 marzo, (nota 172), 667.

<sup>181</sup> *Acórdão* n° 221/2007 del 28 marzo, (nota 172), 668.

<sup>182</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio in *Diário da República*, 2ª série, n° 75 del 16 aprile del 2008, pagina 17451 e *Acórdão* n° 344/07 del 6 giugno (nota 179), 398-399.

*contravenções* con il nuovo regime generale di *mera ordenação social*, nonché la trasformazione di molte *contravenções* in *contra-ordenações* oppure in *crimes*.

Infatti come si concilia l'oscillare di uno (stesso) determinato fatto tra la qualificazione ora come *crime*, ora come *contravenção* (e viceversa), poi successivamente come *contra-ordenação*, con il principio di legalità penale (e i diversi sottoprincipi che lo costituiscono) il quale è alla base dello Stato di diritto nonché costituzionalmente garantito<sup>183</sup>? Se prima di tali leggi, veniva considerata come verosimile anche l'ipotesi di conversione di *crimes* in *contravenções* (successione di leggi penali in senso stretto) assieme alle ipotesi di conversione delle *contra-ordenações* in *contravenções* (successione di leggi penali in senso ampio o, più rigorosamente, successione di leggi punitive) era per una duplice ragione<sup>184</sup>: il fatto che il Legislatore continuasse a creare contravvenzioni nonostante la ripetuta, a partire dagli anni Settanta, affermazione della necessità di eliminarle, definitivamente, dall'ordinamento giuridico portoghese, sostituendole con l'illecito di mero ordine sociale; e dalla necessità di sottolineare che la legge che converte una contravvenzione in una *contra-ordenação* è una legge depenalizzatrice e, per questo aspetto, di necessaria applicazione retroattiva<sup>185</sup>.

Tra le estrinsecazioni del principio di legalità abbiamo proprio il principio della *proibição de aplicação retroactiva da lei penal desfavorável*, ossia il divieto di applicazione retroattiva della legge penale sfavorevole (la cui *ratio* si fonda proprio nell'esigenza, connaturata allo Stato di diritto, della protezione del cittadino contro l'esercizio abusivo del potere sanzionatorio da parte dello Stato)<sup>186</sup>. Il problema dell'applicazione della legge penale nel tempo, risolto attraverso una serie di norme chiamate di *direito inter-temporal*, traduce nell'ambito penale, al divieto della retroattività *contra reum o in malam partem*<sup>187</sup>. E va detto come questo principio, funzionando a favore dell'agente, e non contro di lui, valga relativamente a tutti gli elementi della punibilità, alla limitazione delle cause di giustificazione, dell'esclusione o della diminuzione della colpa e alle conseguenze giuridiche del *crime*, qualunque sia la sua specie<sup>188</sup>. Tale principio poi, seppure sussistendo opinione contraria, si estende nell'ordinamento giuridico portoghese anche alle misure di sicurezza. Altra estrinsecazione del principio di legalità, la quale venne sancita già a partire dai primi codici penali, era l'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole (o *in melius*)<sup>189</sup>.

Vediamo le diverse ipotesi: ad esempio nel caso di una conversione di una *contravenção* in *crime* (e d'altronde viceversa) ci si trovava di fronte ad una successione

<sup>183</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 115.

<sup>184</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), pagina 144. Il riferimento è alla precedente (seconda) edizione dell'opera di Carvalho del 1997 ossia *Sucessão de Leis Penais*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

<sup>185</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 145.

<sup>186</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 98 ss.

<sup>187</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* (nota 15), pagina 194; J. FARIA COSTA, *O direito penal e o tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)*, BFD, Volume Comemorativo, 2002, 12.

<sup>188</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* (nota 15), 196.

<sup>189</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 125 ss. ; ID., *Direito penal* (nota 30), 175 ss.



di leggi penali in senso rigoroso. Pertanto in queste ipotesi, alterata la qualificazione giuridico-penale, ma considerata l'ipotesi legale come infrazione penale sia dalla legge anteriore che da quella posteriore, e avendosi chiaramente una alterazione della sanzione penale, si doveva applicare, fra le due leggi penali, quella più favorevole al reo (articolo 29, 4° comma c.r.p.<sup>190</sup>; articolo 2, 4° comma c.p.)<sup>191</sup>. La conseguenza principale del divieto della retroattività *in malam partem* si sostanzia proprio nel principio di applicazione della legge (o del regime) più favorevole (*lex mitior*). Ed è una conseguenza talmente significativa da essere sancita non solo a livello di legge ordinaria ma anche costituzionale<sup>192</sup>.

E non si deve dimenticare come effetto di tale considerazione sia che il principio di applicazione della legge più favorevole presuppone che la situazione giuridico-penale concreta, creata durante la vigenza della legge anteriore, mantenga rilevanza giuridico-penale anche relativamente alla legge posteriore, nonostante la responsabilità penale (la specie o il *quantum* della pena oppure gli effetti della condanna penale) sia stata alterata<sup>193</sup>. Quindi, si deve analizzare se, in concreto, al posto di una successione di leggi penali, non ci si trovasse di fronte ad una legge successiva penalizzatrice o depenalizzatrice del fatto *sub iudice*, casi nei quali si dovrebbero affermare, rispettivamente, il divieto di retroattività (art. 29, paragrafo 1 prima parte c.r.p.; articoli 1, paragrafo 1 e 2 paragrafo 1) o l'imposizione della retroattività (articolo 29, paragrafo 4 seconda parte c.r.p.; articolo 2 paragrafo 2 c.p.)<sup>194</sup>. Presentandosi il *regime general* delle *contravenções* differente in diversi aspetti, da quello relativo ai *crimes*, poteva accadere, che a volte, la legge posteriore depenalizzasse e volte penalizzasse, a seconda dei casi, il fatto concreto<sup>195</sup>. Si può affermare che, nell'ipotesi in parola della conversione della *contravenção* in *crime*, nella quale però venga mantenuta intatta non solamente l'ipotesi legale ma anche la rispettiva pena (essendo perciò un'ipotesi solamente di mutamento della qualificazione giuridico-penale) andrebbe applicata la legge del "*tempus commissi delicti*" dato che questa stabilisce una responsabilità penale più favorevole su piano degli effetti della condanna, mantenendosi, per quanto riguarda la pena, uguale alla nuova legge<sup>196</sup>.

---

<sup>190</sup> Il primo sancisce che: "*Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido*". Il secondo che: "*Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado*".

<sup>191</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 146.

<sup>192</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 198-199.

<sup>193</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 146.

<sup>194</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 147.

<sup>195</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 147.

<sup>196</sup> Nel caso invece di conversione di un *crime* in *contravenção*, e nel quale si abbia solamente mutamento nella qualificazione giuridico-penale si applica retroattivamente la legge nuova, poiché è, in questo caso, più favorevole sul piano degli effetti della condanna e di uguale gravità quanto alla pena. A. T. CARVALHO (nota 147), 148.

### 6.1. La problematicità della conversione di fattispecie penali in *contra-ordenações* in termini di successione di leggi nel tempo.

Nel caso invece, più importante per la nostra trattazione, di trasformazione di una *contravenção* (o di un *crime*) in una *contra-ordenação*, la legge successiva si presenta come una legge depenalizzatrice, conseguendone l'efficacia retroattiva della depenalizzazione (articolo 29, paragrafo 4- seconda parte; articolo 2, 2° comma c.p.)<sup>197</sup>. Si sancisce appunto all'articolo 2, 2° comma del codice penale che: “*O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais*” (“Il fatto punibile secondo la legge vigente nel momento della sua realizzazione, cessa di esserlo se una nuova legge interviene ad eliminarlo dal novero delle infrazioni; in questo caso, e se già sia intervenuta condanna, anche se già passata in giudicato, cessano la sua esecuzione e i suoi effetti penali”). Secondo Figueiredo Dias, quasi la prima parte del precetto non sarebbe indispensabile in quanto applicazione del principio della legge più favorevole; la seconda, invece, andrebbe a tradurre l'idea dell'efficacia del principio di applicazione della *lex mitior* in modo talmente forte che, quando si ha a che fare con una decriminalizzazione diretta del fatto, tale idea si impone, per quanto riguarda l'esecuzione e i suoi effetti penali, persino nel caso della sentenza passata in giudicato<sup>198</sup>.

La conversione della qualificazione giuridico-legale di una condotta da infrazione penale in una di natura differente ossia di *mera ordenação social* rappresentava e continua a rappresentare una questione particolarmente delicata in quanto, su questo piano, si giocano le garanzie individuali del cittadino per la cui tutela si affermò e consacrò costituzionalmente il divieto di retroattività della legge penale sfavorevole<sup>199</sup>. Era ovvio come il nodo cruciale e decisivo risiedesse nel tipo di natura che si riteneva avessero le *contra-ordenações*: cioè l'illecito di *mera ordenação social* costituisce essenzialmente un illecito distinto dall'illecito penale oppure si tratta solamente di una distinzione non essenziale, non “materiale”, ma solo “di grado”, quantitativa essendo l'*infração penal* e l'*infração contra-ordenativa* specie dello stesso genere di infrazione del diritto pubblico sanzionatorio<sup>200</sup>?

Analizzando la normativa relativa (articoli 27, 29, 165 1° comma c.r.p.; articoli 2, 49 c.p. e gli articoli 3 e 33 del RGCO) si nota come, effettivamente, la scelta operata dal sistema giuridico portoghese (sia da parte del Legislatore ordinario che da parte di quello costituzionale) sia quella di ritenere le *contra-ordenações* e le rispettive sanzioni come fattispecie e sanzioni di natura sostanzialmente diversa dalle infrazioni e dalle

---

<sup>197</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 150.

<sup>198</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* (nota 15), 199.

<sup>199</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 151.

<sup>200</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 151.

sanzioni penali<sup>201</sup>. Le affermazioni dottrinali, nonché le diverse e ripetute dichiarazioni del Legislatore che si muovono in questo senso di “diversità essenziale” sono molte e plurali, per la qual cosa sarebbe difficile riproporle tutte, *hic et nunc*. Ci si limiterà perciò a qualche riferimento più importante<sup>202</sup>.

Se all’articolo 1 del RGCO, rubricato “*Definição*”, si ha appunto la definizione di “*contra-ordenação*”, affermandosi “*Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito o censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*” (quindi costituisce “*contra-ordenação*” quel fatto illecito o censurabile che corrisponde ad una tipo legale nel quale si commina una “*coima*”) sembrerebbe risultare che, in tema di definizione delle *contra-ordenações* e quindi di distinzione di queste dai *crimes*, il Legislatore portoghese optò per un criterio di carattere concettuale-formale<sup>203</sup> e quindi che, ogni volta che una norma preveda un fatto illecito e censurabile nella quale si commina una *coima* come sanzione (pecuniaria), sia indiscutibile che ci si trovi di fronte ad una *contra-ordenação*<sup>204</sup> in realtà si può dire come a fronte della natura altamente questionabile, sul piano dottrinale, dei diversi criteri di carattere “sostanziale”, così come le difficoltà che derivano dall’applicazione di tale tipo di criteri ai casi concreti della vita, si può dire che questo tipo di soluzione fosse l’unica praticamente possibile<sup>205</sup>. E da ciò non deriverebbe che dietro a tale criterio formale non vi siano ragioni di carattere sostanziale che la richiedono o che questo deve rispettare. Anzi all’opposto, l’autonomia “materiale” del diritto di *mera ordenação social* risiederebbe in ragioni legate con la sua neutralità etica dell’illecito di mero ordine sociale, con l’assenza di una dimensione di censura etica della rispettiva sanzione (la *coima*) e con le specificità processuali legate proprio all’applicazione di quella sanzione da parte dell’autorità amministrativa<sup>206</sup>.

Per Figueiredo Dias, addirittura, come abbiamo già anticipato, necessario è che la prospettiva di “indifferenza etica” si riferisca non agli illeciti ma alle condotte che integrano. Cioè la condotta in sé stessa considerata, indipendentemente dalla sua proibizione legale, è in un caso assiologicamente rilevante, nell’altro assiologicamente

---

<sup>201</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 160.

<sup>202</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 161. Su questo tema: E. CORREIA (nota 2), 257-281; J. FIGUEIREDO DIAS-M. COSTA ANDRADE, *Problemática geral das infracções antieconómicas*, Lisboa (1977), separata do BMJ, 262; M. COSTA ANDRADE, *Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã*, in RDE, 6/7 (1980/81); J. FARIA COSTA, *A importância da recorrença no pensamento jurídico* (nota 17).

<sup>203</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *O movimento de descriminalização* (nota 44), 327.

<sup>204</sup> J. FARIA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis). Introdução. A Doutrina Geral da Infracção*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 27. Sappiamo invece come non sia sempre vero l’inverso. Esistono situazioni eccezionali e suscettibili di critica in cui ci sono *contra-ordenações* non sempre sanzionate con coimas, come quelle relative al consumo di droga e previste nella legge n° 30/2000, del 29 novembre. Si ripete, si tratta di casi eccezionali e criticabili.

<sup>205</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 44), 327.

<sup>206</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 44), 327. Si ricordi in tema l’apporto di E. CORREIA, *Direito penal e direito de mera ordenação social*, separata do Vol. XLIX, 1973, do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

neutra<sup>207</sup>. Tra gli altri aspetti evidenziati dai fautori della differenziazione qualitativa, non solo sulla risonanza etico-giuridica ma si farebbe leva anche sull'argomento del bene giuridico (per il quale i crimini lederebbero appunto un bene giuridico, mentre le *contra-ordenações* si esaurirebbero in una pure disobbedienza o in una frustrazione di interessi di cui l'Amministrazione sarebbe a capo, oppure al massimo configurerebbero solamente delitti di pericolo astratto)<sup>208</sup>. Sappiamo come Carvalho, invece, pur concordando con gli Autori citati e l'orientamento dominante e mostrandosi a favore dell'esistenza di una distinzione "materiale" fra i due tipi di illecito, rifugge dal criterio dell' "indifferenza etica", sostenendo come le condotte qualificate come *contra-ordenações* non sarebbero indifferenti da un punto di vista etico-sociale<sup>209</sup>.

E va detto come il sottolineare la necessità di una diversità strutturale fra *crime* e *contra-ordenação* non significa negare che i due illeciti possano avere un ambito di operatività comune. Anzi mutando le parole di De Figueiredo Dias è spesso innegabile l'esistenza "di una certa contiguità materiale fra i delitti del *direito penal secundário*"<sup>210</sup> e le *contra-ordenações*. Entrambe hanno dovuto la loro affermazione storica all'interventismo del moderno Stato sociale e si propongono la tutela più o meno prossima, non di beni giuridici, ma di valori o interessi che vivono nella conflittualità propria delle società aperte e democratiche. Sono aree che quasi si sovrappongono, entrambe si rivelano estremamente contingenti e mutevoli. Forse è solo in quest'area che fra *crimes* e *contra-ordenações* è meramente quantitativa"<sup>211</sup>.

Decisivo ai fini della risoluzione del nostro problema dell'efficacia temporale della legge penale è l'indiscutibile fatto che il Legislatore portoghese considera e tratta l'illecito di *mera ordenação social* come infrazione di natura sostanzialmente diversa da quella penale<sup>212</sup>, andando perciò a rifiutare una semplice distinzione "di grado", e rifiutando di considerarle come specie appartenenti ad un genere comune<sup>213</sup>. Perciò, per quanto a noi qui interessa, in tema di responsabilità penale, una legge che "converte" una fattispecie penale (*contravenção*, ma lo stesso discorso potrebbe farsi anche in caso di *crime*) in una *contra-ordenação* è una legge depenalizzatrice e che, in

---

<sup>207</sup> Facile comprendere i dubbi suscitati da questo criterio da più parti in dottrina non comprendendosi come un diritto seppur di carattere non penale, ma comunque "punitivo" raccolga violazioni di diritto "eticamente neutre". Il solo fatto di essere elevata a infrazione dalla legge conferirebbe appunto una "risonanza etica" a tali condotte. E dall'altro lato si sottolinea come sia invece lo stesso diritto penale che, in determinati casi, non va ad incriminare condotte che si presentano particolarmente dotate di pathos etico tanto che a volte non è facile distinguere se un crimine sia tale perché riguardante una condotta eticamente rilevante oppure sia eticamente rilevante proprio in quanto crimine. Questi rilievi sono esposti da COSTA ANDRADE, *Contributo para o conceito de contra-ordenações* (nota 202), 110 ss.

<sup>208</sup> M. COSTA ANDRADE (nota 202), 109.

<sup>209</sup> A. T. CARVALHO, *Direito penal* (nota 30), 126 ss.

<sup>210</sup> Si veda il primo paragrafo per la distinzione fra *direito penal de justiça* e *direito penal secundário* secondo Figueiredo Dias;

<sup>211</sup> Si può forse rintracciare un avallo di questa argomentazione nella disciplina prevista all'art. 20 in tema di concorso di infrazioni secondo G. TORRE (nota 16), 157 ss.

<sup>212</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 160.

<sup>213</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 161.

quanto tale, si applica retroattivamente. Non si tratterebbe di un caso di vera e propria successione di leggi penali, non intervenendo perciò, il principio della legge più favorevole (art. 2, 4° comma c.p.) ma il principio della legge depenalizzatrice, per il quale, tale legge è estintiva della responsabilità penale (art. 2, 2° comma, c.p.)<sup>214</sup>.

E leggendo il testo degli articoli 2 (parte finale) e 3 del decreto-legge n° 433/82 (RGCO)<sup>215</sup> (articolo la cui nuova redazione risale ai decreti-legge n° 356/89 del 17 ottobre, e n° 244/95, del 14 settembre) si comprende poi come il Legislatore, a differenza di quello che accadeva nella redazione precedente del RGCO nell'ambito del quale la cosa giudicata era un limite alla retroattività della legge favorevole quanto alla sanzione principale, ma era da escludere valesse quanto alle sanzioni accessorie previste nell' (attuale) art. 21, 1° comma, lettera *b*), dopo tale riforma sembra essersi liberato di tale limite non solo relativamente alle sanzioni accessorie, ma anche relativamente alla sanzione principale, la *coima*, stabilendo come limite all'applicazione retroattiva della legge più favorevole, l'esecuzione della rispettiva sanzione. Il testo dell'articolo 3, 2° comma dice: "*Se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada*"<sup>216</sup>. Si afferma appunto "già eseguita" ponendo come limite all'applicazione retroattiva della legge più favorevole, l'esecuzione della rispettiva sanzione non il semplice giudicato.

Una critica alla redazione attuale dell'articolo, può essere mossa nel senso che, se nella redazione precedente al 1995, andava ad escludere, in modo ingiustificato, la retroattività della nuova legge per quanto concerneva le sanzioni accessorie (che sono di natura personale e durature), nel caso si avesse un caso già passato in giudicato; la redazione attuale dell'articolo, escludendo il limite della cosa giudicata, anche relativamente alla sanzione principale, la *coima* (che è di natura patrimoniale e istantanea, nonostante il suo pagamento possa essere frazionato in più prestazioni), pecca per eccesso e potrebbe fare sì che ad essere pregiudicati e sfavoriti da tale redazione siano in modo particolare coloro i quali spontaneamente e tempestivamente pagarono le *coimas* per le quali furono condannati<sup>217</sup>.

Quindi, se, secondo ad esempio Figueredo Dias, quasi la prima parte del precetto contenuto all'articolo 2, secondo comma del Codice Penale, non sarebbe indispensabile, così non si potrebbe dire per la seconda, la quale va a tradurre l'idea dell'efficacia del principio dell'applicazione della *lex mitior* in modo tanto forte che, quando si realizza in una *descriminalização* diretta del fatto, questa si impone rispetto l'esecuzione e i suoi effetti penali, anche nel caso di una sentenza di condanna già passata in giudicato<sup>218</sup>. La qual cosa si comprende considerando che, se la concezione del Legislatore si alterò fino al punto da smettere di considerare penalmente rilevante

---

<sup>214</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 163.

<sup>215</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 196-197.

<sup>216</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 197.

<sup>217</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 197.

<sup>218</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* (nota 15), 198.

un comportamento, non ha alcun senso politico-criminale mantenere gli effetti di una concezione sorpassata<sup>219</sup>.

Quindi al di là di questa sua apparente semplicità, questa regolamentazione diede origine ad una numerosa serie di dubbi, soprattutto per quel gruppo di casi in cui, in seguito ad una nuova scelta del Legislatore, a smettere di essere infrazione penale è un *crime* per andare a costituire *contra-ordenação*. La problematica fu sollevata da dottrina e giurisprudenza portoghesi soprattutto in tema di scelta legislativa relativa al consumo di stupefacenti (L. 30/2000 del 29 novembre)<sup>220</sup>. Cioè vi era chi difendeva la posizione per cui in questi casi il fatto smettesse di avere alcuna rilevanza giuridica, non potendo essere oggetto di punizione penale, ma nemmeno *contra-ordenacional*. E questo perché, sostenendo l'autonomia materiale del diritto di mero ordine sociale rispetto al diritto penale, si argomenta che, data la decriminalizzazione, il fatto non potrà essere punito penalmente (articolo 2, paragrafo 2) ma nemmeno potrà essere punito come *contra-ordenação* dato che al momento della sua realizzazione, al momento del *tempus delicti*, non esisteva una norma di legge che per quel fatto andasse a comminare una *coima*. Questa posizione viene sostenuta da Carvalho<sup>221</sup> (con una precisazione in tema di regime transitorio, che vedremo) nonché dalla giurisprudenza dominante<sup>222</sup>. Per la dottrina dominante, invece, in questi casi, ci si troverebbe di fronte ad una "continuità" di illiceità: il fatto dovrebbe continuare ad essere punito, e ad esserlo come *contra-ordenação*, proprio in forza di quella differenza "materiale" che si vuole sostenere fra illecito penale e illecito di mero ordine sociale. Per Figueiredo Dias, ci si deve chiedere se la protezione del cittadino di fronte al potere punitivo statale potrebbe considerarsi come messa in discussione da una eventuale punizione *contra-ordenacional* in queste circostanze. La risposta per Figueiredo Dias non può che essere negativa, nel senso che, nonostante l'intervento di una legge di conversione in *contra-ordenação*, al momento della realizzazione del fatto non esistevano ragioni per le quali l'agente potesse sperare di rimanere impunito; finendo, questo sì, con l'applicazione di una sanzione *contra-ordenacional*, per beneficiare di un regime concretamente più favorevole. Questo punto di vista potrebbe essere portato alle estreme conseguenze di dare origine a soluzioni ingiuste e incomprensibili per la società<sup>223</sup>. Anzi per lo stesso

<sup>219</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 198.

<sup>220</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 200.

<sup>221</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 150 ss.

<sup>222</sup> Si veda in proposito l'*Acórdão* del Supremo Tribunale di Giustizia del 9 maggio 2002, CJ STJ, II, 2002, 193 ss.; Despacho do 3º Juízo Criminal do Porto del 17 febbraio 2003; *Acórdãos* del Tribunale Costituzionale 464/2001, DR, II Série, de 28-11-2001, 1979 ss. , e 295/2003 del 12 giugno; R. PEREIRA, *A discriminação do consumo de droga*, Liber Discipulorum Figueiredo Dias, 1171 ss.

<sup>223</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* (nota 15), 200-201. Qui l'Autore riporta l'ipotesi, non del tutto fuori luogo, del *crime* di conduzione di veicolo in stato di ubriachezza (articolo 292, paragrafo 1), in un primo momento il Legislatore decida di abbassare il limite di 1,2 g/l a 0,8 g/l; e, in un secondo momento, stante la pressione dell'opinione pubblica, ritorni a collocare il limite a 1,2 g/l. sarebbe ragionevole ritenere che il comportamento di colui che, fra il primo e il secondo momento, condusse un veicolo con un indice alcolemico di 1 g/l venisse considerato come giuridicamente irrilevante, sussistendo la punibilità come *contra-ordenação* di tutti quelli che nella stessa data condussero un veicolo con un tasso alcolemico di 0,6

Figueiredo Dias, nella regolamentazione disposta dalle leggi del 2006 realizzanti la conversione delle restanti *contravenções* nell'ordinamento portoghese in *contra-ordenações*, sarebbe da rintracciarsi la linea di pensiero che si è appena terminato di spiegare<sup>224</sup>. Qui infatti, sancendo la definitiva abolizione delle contravvenzioni stabilendone la trasformazione in illeciti di mero ordine sociale, si stabilisce che le condotte praticate prima dell'entrata in vigore del nuovo regime vengano già sanzionate come *contra-ordenações*, senza alcun pregiudizio all'applicazione del regime più favorevole, in particolare per quanto riguarda la misura della sanzione. I processi che si trovano già pendenti nei tribunali dovranno procedere ove instaurati, ma la sanzione applicata sarà la *coima*. Se invece il processo non è stato ancora instaurato, correrà già di fronte alle autorità amministrative, anche se il fatto è stato praticato nella vigenza del regime contravvenzionale<sup>225</sup>.

Quindi, il pensiero di Figueiredo Dias, così come quello di José de Faria Costa<sup>226</sup>, si pone in opposizione con l'orientamento dominante in giurisprudenza. In giurisprudenza, infatti, come vedremo, trovano avvallo entrambe gli orientamenti, anche se ad essere accolto dalla giurisprudenza dominante è l'orientamento sostenuto da Carvalho, dell' "irrilevanza giuridica" di quelle condotte posteriormente convertite in *contra-ordenações*, sebbene, l'Autore in parola, col tempo arriverà ad un "temperamento" della propria posizione nei termini che vedremo.

Come abbiamo visto, nell'*Acórdão* n° 221/07, il Tribunale Costituzionale si esprime per la non incostituzionalità del regime transitorio sancito dalla normativa del 2006, in quanto per il Tribunale, nonché per l'Autore, quei fatti, quelle condotte ora puniti come *contra-ordenações*, in realtà già al tempo in cui erano qualificati come *contravenções*, avevano "natura" di illecito di mero ordine sociale. Viene ripreso qui l'orientamento, fondamentale, sancito nell' *Acórdão* n° 56/84 e ripreso in altri successivi come quello n° 61/99, il quale appunto stabiliva e indicava come "trattare" quegli illeciti ora di mero ordine sociale, e un tempo invece qualificati come contravvenzioni, ossia quello relativo alla effettiva natura dell'illecito tale per cui era chiaro che il Legislatore, andando a prevedere un comportamento consistente nella realizzazione di un "fatto volontario" punibile esclusivamente con una pena pecuniaria non convertibile nella pena della prigione, "consistente unicamente nella violazione o nella mancanza di osservanza di disposizioni preventive delle leggi e dei regolamenti, indipendente da qualsivoglia intenzione dolosa", faceva sì che fosse indubbio che il comportamento in causa non avrebbe potuto essere considerato dotato di una risonanza etica tale da qualificarlo come *crime* ma, fuori di ogni dubbio, lo si doveva

---

g/l? La risposta sembra dover essere negativa e l'esempio fatto da Figueiredo Dias sembrerebbe dimostrare appunto che il punto di vista corretto dovrebbe essere quello di ritenere che il fatto il quale smise di essere *crime* e passò a costituire *contra-ordenação* debba continuare a meritare sanzione *contra-ordenacional*.

<sup>224</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* (nota 15), 201.

<sup>225</sup> J. FIGUEIREDO DIAS (nota 15), 201. Si veda in questo senso anche C. LÍBANO MONTEIRO, *O consumo de droga na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n° 30/2000*, RPCC 11, 2001, 82 ss.

<sup>226</sup> J. FARIA COSTA, *A importância da recorrença* (nota 17), 27 ss.

considerare passibile di essere trattato unicamente come *contra-ordenação*<sup>227</sup>. Questo *Acórdão*, come abbiamo visto, è stato fortemente criticato da Carvalho, il quale, fra le diverse argomentazioni, rimprovera al Tribunale Costituzionale di aver elaborato considerazioni più proprie di un Legislatore che di una corte costituzionale<sup>228</sup>. Per l'Autore, in caso di mancata esistenza di una norma generale che stabilisca il regime transitorio delle leggi "convertitrici o una norma, nella stessa legge che opera tale conversione, a stabilire il suo regime transitorio, la conseguenza, sulla base dei principi in tema di retroattività della legge sanciti dal Legislatore ordinario e costituzionale, non potrebbe smettere di essere quella della impunità delle condotte praticate anteriormente<sup>229</sup> potendosi imputare solo al Legislatore questa conseguenza, anche non se non desiderata<sup>230</sup>. Egli poi osserva come, nonostante l'autonomia materiale e la maggiore gravità del *crime* rispetto alla *contra-ordenação*, potrebbe accadere che sanzione di mero ordine sociale sia, concretamente, più gravosa che quella penale. In una tale ipotesi, non così rara, non potrebbe dimenticarsi di diminuire la sanzione di mero ordine sociale, facendo sì, in caso contrario, che la conversione del *crime* in *contra-ordenação* vada a nuocere, anziché favorire<sup>231</sup>.

Non va trascurato come l'articolo 1 del RGCO faccia riferimento al "*tipo legal*", ossia al concetto di fattispecie legale tipica, categoria dogmatica "figlia" del principio di legalità. Se per il diritto penale è richiesto, affinché ad un determinato comportamento corrisponda una reazione da parte dell'ordinamento, ossia l'applicazione di una sanzione penale, la previsione normativa di tale fatto (nonché della stessa sanzione), lo stesso si può affermare debba valere per il diritto *de mera ordenação social*<sup>232</sup>. E se tale principio di legalità non assume gli stessi connotati "forti"<sup>233</sup> che ha nel diritto penale, proprio perché nel diritto di mero ordine sociale le esigenze di sicurezza e di garanzia nella definizione dei comportamenti proibiti sono meno forti, però all'attuale articolo 165, 1° comma, lettere c) e d) della Costituzione Portoghese, si voleva potenziare l'idea di garanzia collegata al principio di legalità, allo stesso tempo introducendo una certa complessità normativa nella stessa idea di garanzia. Se per i "*crimes*" questo vuol dire,

---

<sup>227</sup> *Acórdão* n° 221/2007 del 28 marzo in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 68° volume, 2007 (março e abril), 680-681, richiamante, a sua volta, l' *Acórdão* n° 61/99 in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 42° volume, 1999, 273-282.

<sup>228</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 193.

<sup>229</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* (nota 15), 183.

<sup>230</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, (nota 15), 186. Per A. T. CARVALHO (nota 147) 189, relativamente all'esempio presentato da J. FIGUEIREDO DIAS circa l'indice alcoolemico, per ipotesi, di 1,2 g/l per 0,8 g/l che torni, posteriormente, a 1,2, si avrebbe soluzione ingiusta solo se il Legislatore si dimenticasse di andare ad inserire, nella terza legge, una norma transitoria che andasse a stabilire che i casi di conduzione di veicolo considerati come *crime* durante la vigenza della legge intermedia (ossia quelli che registrano un tasso alcoolemico fra 0,8 g/l e 1,1 g/l) passerebbero ad essere punibili come *contra-ordenação*, salvaguardandosi la garanzia processuale-penale e giudiziale.

<sup>231</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 189.

<sup>232</sup> J. FARIA COSTA, *Crimes e contra-ordenações*, in: *Questões Laborais*, 8 (2001), 3.

<sup>233</sup> J. FARIA COSTA (nota 232), 4.



combinato con gli articoli 27 comma 2 e 29 comma 1<sup>234</sup>, che si consacrino i diritti di libertà personale e il principio di irretroattività della legge penale nonché del principio di tipicità delle fattispecie legali (non basta la dire che un determinato comportamento è crimine ma è necessario definire concretamente e anticipatamente la condotta che si considera suscettibile di essere classificata come crimine) però, più in generale, questo significa che si richiede sia il Parlamento a definire sia i comportamenti penalmente proibiti, sia la legge del regime generale delle *contra-ordenações*. Siamo di fronte ad una vera e propria riserva di legge e se per le materie indicate alla lettera *c*) è una riserva di legge forte, quella della lettera *d*) relativa appunto al diritto disciplinare e al diritto di *mera ordenação social* per i quali spetterebbe all'Assemblea legislativa solo la definizione dei tratti essenziali, fondamentali, appunto il "regime generale" che caratterizza tali diritti sanzionatori<sup>235</sup>. Come vedremo in seguito, la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale ha permesso poi di risolvere una serie di dubbi e difficoltà interpretative<sup>236</sup> in tema di interpretazione dell'estensione di tale riserva con riferimento in modo particolare all'articolo 165 lettera *c*). È lo stesso articolo 2 del decreto n° 433/82, rubricato appunto principio di legalità a sancire: "Sarà punito come *contra-ordenação* il fatto descritto e dichiarato passibile di *coima* in base ad una legge anteriore al momento della sua realizzazione".

Se il principio dell'applicazione della legge penale favorevole deve essere considerato indiscutibile, date le sue ragioni giuridico-politiche e politico-criminali; e avendo ben presenti i presupposti della successione delle leggi penali *stricto sensu*<sup>237</sup>; e avendo chiarito come per l'ordinamento portoghese, aldilà di qualche contraria opinione dottrinale, le *contra-ordenações* siano da considerarsi infrazioni dotate di una natura "essenzialmente" distinta dalle infrazioni penali, si deve concludere senza alcun dubbio che la conversione legislativa di una infrazione penale in una *contra-ordenação* costituisce una depenalizzazione della rispettiva condotta e, necessariamente, che questa abbia efficacia retroattiva<sup>238</sup>. Di conseguenza, a partire dall'entrata in vigore della legge che alterò tale qualificazione, mai si potrà applicare la legge anteriore e, essendo già stata applicata nella sentenza passata in giudicato, cesseranno l'esecuzione della pena e gli effetti penali della condanna. La responsabilità penale, originata dal fatto praticato prima dell'inizio della vigenza della legge depenalizzatrice, si estingue pienamente<sup>239</sup>.

---

<sup>234</sup> Art. 27, 2° comma Cost. (*Direito à liberdade e à segurança*): "2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.". L'art. 29, 1° comma Cost.: "Ninguém pode ser sentenciado criminalmente se não em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior".

<sup>235</sup> C. L. DO REGO, *Alguns problemas constitucionais do direito das contra-ordenações*, Questões Laborais, n° 17, ano 8, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 12.

<sup>236</sup> C. L. DO REGO (nota 235), 13.

<sup>237</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 151.

<sup>238</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 152.

<sup>239</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 152.

Quindi nell'ottica dell'efficacia temporale della legge posteriore, nella misura in cui passò a qualificare il fatto (l'ipotesi legale) come *contra-ordenação* si può dire come la legge nuova, sia una legge contemporaneamente, "*descriminalizadora*" e "*contra-ordenacionalizadora*"<sup>240</sup>. Se il principio generale è quello secondo il quale, in base all'articolo 3, paragrafo 1 RGCO, la legge che "crea" *contra-ordenações* si applica solo ai fatti praticati dopo la sua entrata in vigore (la cosiddetta "*eficácia pós-activa*"). Tuttavia, non è costituzionalmente consacrata in modo espresso, il divieto della retroattività della legge sulle *contra-ordenações*<sup>241</sup>. Ecco che per Carvalho, come per la stessa giurisprudenza dominante (si veda paragrafo successivo) come si anticipava, se la legge che altera la qualificazione legale del fatto da *infração penal* a *contra-ordenação*, non stabilisce, tramite norma transitoria, la sua applicabilità ad azioni praticate prima della sua entrata in vigore, tali azioni che, necessariamente e costituzionalmente, sono depenalizzate (e quindi non possono vedersi applicare la precedente legge penale), tuttavia non possono essere giudicate nemmeno come illeciti di mero ordine sociale. Si rivelerebbero giuridicamente irrilevanti<sup>242</sup>. È quello che successe, ad esempio, in merito al decreto-legge n° 349-B/83 del 30 luglio, che convertì diverse infrazioni penali (*crimes* e *contravenções*) in ambito monetario, finanziario e cambiale in *contra-ordenações* e che fu al centro, come vedremo in seguito, di un complessa discussione di carattere costituzionale, appunto nell'ambito della attività del Tribunale Costituzionale che si espresse nel fondamentale *Acórdão* n° 56/84, e questo perché una serie di decreti-legge successivi interverranno a riporre in vigore la legislazione revocata dal decreto-legge in parola<sup>243</sup>.

Se invece, al contrario, la legge convertitrice stabilisce, tramite disposizione transitoria, la sua efficacia retroattiva, nel senso di estendere il suo regime e l'applicabilità delle *coimas* da essa stabilite, ai fatti praticati in vigenza della legge anteriore (evitando, così, l'impunità generale dei fatti ancora non giudicati), si potrebbero non sollevare, ma suggerirsi problemi di costituzionalità della norma transitoria<sup>244</sup>. Per Carvalho, due sarebbero i punti importanti in proposito.

Innanzitutto, l'eventuale incostituzionalità dell'attribuzione di efficacia retroattiva, si tradurrebbe in un pregiudizio (sacrificio) per l'*infractor maior*, ossia colui al quale si dovrebbe applicare la legge penale revocata dalla legge (dichiarata incostituzionale) che creò *ex novo* la *contra-ordenação*<sup>245</sup>. In questo senso si dovrebbe tenere sempre presente la vera *ratio* del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, ossia la garanzia e la tutela giuridica del cittadino di fronte all'arbitrarietà del potere punitivo statale. E, dall'altro lato, si deve essere coscienti che il Legislatore ordinario potrebbe, abusando della circostanza che la Costituzione non interviene a proibire in modo espresso la retroattività della legge che crea illeciti di mero ordine

---

<sup>240</sup> A. T. CARVALHO, *Direito penal* (nota 30), 183.

<sup>241</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 152.

<sup>242</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 152.

<sup>243</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 153.

<sup>244</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 153.

<sup>245</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 154.

sociale, violare in modo fraudolento, il divieto, questo sì sancito in modo espresso, della retroattività della legge penale sfavorevole, convertendo l'infrazione penale in *contra-ordenação* e stabilendo, simultaneamente, la retroattività dell'applicazione delle *coimas* oggettivamente più gravi che le pene stabilite dalla legge penale anteriore<sup>246</sup>. In un'ipotesi di questo genere si dovrebbe affermare, l'incostituzionalità materiale di tale norma per violazione del principio di sicurezza giuridica minima e il principio del divieto della retroattività della legge penale sfavorevole (articolo 29, 4° comma c.r.p.)<sup>247</sup>. Nemmeno le sanzioni accessorie, data la loro affinità con le pene accessorie, potrebbero essere applicate retroattivamente; quanto alla sanzione principale, la *coima*, il suo montante non potrà essere superiore al montante della *multa* stabilita nella legge penale che si vuole revocare<sup>248</sup>.

Se così non fosse, continua l'Autore, il sistema giuridico portoghese, che afferma quella autonomia e distinzione materiale fra infrazione penale e *contra-ordenação*, che abbiamo visto essere sancita nella normativa, oltre ad essere oramai accettata e comprovata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, finirebbe per offrire paradossalmente minore sicurezza giuridica di quella che sarebbe garantita da un sistema giuridico che andasse a sancire una distinzione prettamente "quantitativa" o "di grado"<sup>249</sup>. E appunto, negandosi tale distinzione di carattere materiale, si andrebbe ad affermarsi una vero e proprio fenomeno di successione di leggi penali *strictu sensu* intenso, nel senso che la relazione fra legge penale e legge *contra-ordenacional* verrebbe a configurarsi come una mera relazione fra più e meno, dando luogo ad un problema di determinazione della *lex mitior*: Come già ipotizzato in precedenza, allora *crime* e *contra-ordenação* sarebbero specie appartenenti allo stesso genere di infrazione di diritto pubblico sanzionatorio, ragione per cui fra legge penale e legge costitutiva delle *contra-ordenações* si avrebbe un vero e proprio caso di successione di leggi (dello stesso genere), operando solamente il principio dell'applicazione della legge più favorevole<sup>250</sup>.

Tutto quello che si è scritto e dimostrato fino adesso, porterebbe, secondo Carvalho, alla seguente conclusione nel caso inverso: la legge che dovesse intervenire a convertire una *contra-ordenação* in un *crime*, ossia una legge che interviene a qualificare come illecito penale una fattispecie legale che per la legge anteriore era qualificata come *contra-ordenação* sarebbe da considerarsi una legge penalizzatrice (fondante la responsabilità penale, quindi) e, come tale, da potersi applicare solo alle condotte realizzate dopo la sua entrata in vigore (articolo 29, commi 1 e 3 c.r.p.; articoli 1, 1° comma e 2, 1° comma c.p.)<sup>251</sup>. Per quanto riguarda le condotte realizzate antecedentemente all'entrata in vigore della legge penalizzatrice il problema dovrebbe essere risolto alla luce dei principi che regolano la vigenza temporale delle legge *contra-*

---

<sup>246</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 154.

<sup>247</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 154.

<sup>248</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 154.

<sup>249</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 154.

<sup>250</sup> A. T. CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 155.

<sup>250</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 155.

<sup>251</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 194.

*ordenacional* (articoli 2 e 3 del RGCO)<sup>252</sup>. Non essendo un'ipotesi di vera successione di leggi penali, non funzionerebbe il principio di applicazione della legge più favorevole, non dovendosi perciò realizzare alcuna ponderazione in merito alla gravità oggettiva delle sanzioni (penali e di mero ordine sociale). Per la condotta anteriore alla vigenza della legge che qualifica, *ex novo*, la condotta come infrazione penale, mai l'agente potrebbe essere responsabilizzato penalmente<sup>253</sup>. Per cui le ipotesi sarebbero due: o tali condotte perderebbero, con l'entrata in vigore della legge, tutta la rilevanza giuridica, estinguendosi, se già iniziato, il processo *contra-ordenacional* e mantenendosi inalterata la cosa giudicata per quanto riguarda la *coima*, mentre le sanzioni accessorie sarebbero da considerarsi estinte; oppure tali condotte manterrebbero la propria rilevanza giuridica *contra-ordenacional*, andandosi ad applicare ultrattivamente la legge che, nel momento della condotta, che le qualificava appunto come illecito di *mera ordenação social*<sup>254</sup>.

Se l'ipotesi in parola non rientra nell'ambito dell'articolo 3 RGCO perché quest'ultimo, assieme all'articolo 2, si riferisce a quelle ipotesi in cui la legge *ex novo* va a qualificare un fatto come *contra-ordenação* (articoli 2 e 3, 1° comma) e della successione di *leis contra-ordenacionais* (applicandosi la legge più favorevole ex articolo 3, 2° comma)<sup>255</sup> però si potrebbe aggiungere: essendo una legge, contemporaneamente, *penalizadora* e *descontra-ordenacionalizadora*, non può la responsabilità penale essere retroattiva, mentre invece l'efficacia estintiva della responsabilità per l'illecito di *mera ordenação social* potrebbe essere retroattiva. Il che equivale a dire che: questa legge che interviene a ritirare la natura di *contra-ordenação* al fatto potrebbe essere considerata come ricompresa nel concetto di legge posteriore più favorevole all'imputato per *contra-ordenação* (articolo 3, 2° comma c.p.)<sup>256</sup>.

## 6.2. La legge posteriormente descriminalizadora: *fondamento ad una revisione di sentenza?*

Come abbiamo visto, strettamente collegato al tema appena trattato dell'intervento di una legge posteriore qualificante come *contra-ordenação* una condotta precedentemente qualificata come *crime*, è la questione, dibattuta anche nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, relativa al giudicato penale. Il che significa: una legge *posteriormente descriminalizadora* potrebbe servire da fondamento ad una revisione di sentenza? Quale rapporto deve esserci appunto fra il giudicato e la legge depenalizzatrice posteriore?<sup>257</sup>.

---

<sup>252</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 194.

<sup>253</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 194.

<sup>254</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 195.

<sup>255</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 195.

<sup>256</sup> A. T. CARVALHO (nota 147), 195.

<sup>257</sup> G. MARQUES DA SILVA, *Leis Descriminalizadoras* (Comentário de Jurisprudência), Boletim da Ordem dos Advogados, n° 1/99, Jan-Fev., 1999, 22 e *Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano VI, Tomo II, 1998, 255. Il riferimento per quanto riguarda i primi tre *crimes* è agli articoli 11, paragrafo

Fondamentale è la questione relativa alla retroattività delle legge operante la depenalizzazione e all'esistenza o meno di un regime transitorio, che abbiamo trattato in tema di successione delle leggi nel tempo. Vediamo, ad esempio, l'*Acórdão* del *Tribunal da Relação do Porto*, del 12 dicembre 2007. Qui si richiedeva la revisione di una sentenza di archiviazione del procedimento penale, la quale era stata emessa in quanto il nuovo Codice della Proprietà industriale (n° 36/2003 del 5 marzo) era intervenuto a trasformare il *crime* della concorrenza sleale (articolo 260) in una *contra-ordenação*, facendo estinguere appunto il procedimento criminale, dicendosi come “*A conduta do agente integrava a prática do crime de concorrência desleal à data da prática dos factos, com a aplicação retroactiva do novo regime deve ser despenalizada*”<sup>258</sup>.

A fronte di una tale depenalizzazione, il Tribunale contro cui si ricorse decise a favore dell'archiviazione, andando a collocarsi nell'ambito di quello che abbiamo visto essere l'orientamento giurisprudenziale dominante, nonché quello sostenuto da Carvalho e che trovava nella maggioranza della dottrina (un Autore su tutti, Figueiredo Dias), forte opposizione<sup>259</sup>. Il ricorrente, invece, argomentava come non si potesse accettare questo orientamento solo per il fatto che al momento della pratica del fatto tali condotte non erano tipizzate come *contra-ordenações*, al costo di andare a sovvertire totalmente la logica del sistema di protezione della proprietà industriale, così come quella del sistema penale<sup>260</sup>.

Per il ricorrente ci si trovava di fronte ad un conflitto di leggi, che sembrava doversi risolvere solamente ricorrendo alle regole di successione delle leggi nel tempo: le condotte in esame, infatti, non cessavano di essere considerate nel sistema portoghese come infrazioni, presentando solo una differente qualificazione giuridica. Queste infatti, secondo questo orientamento, anche dopo l'intervento di tale legge posteriore, non smettevano di essere fatti meritevoli di censura, presentando solamente una differenza nel “grado” di tale censura. Tali condotte continuavano ad essere soggette ad una punizione, anche se di carattere non penale<sup>261</sup>. Il ricorrente, poi argomentava come così decise l'*Acórdão* del *Tribunal da Relação do Porto* del 05/01/1987, sostenendo che a sopravvenire era solamente “una differente qualificazione giuridica degli stessi fatti, con l'applicazione del regime più favorevole all'agente”. Essendo di fronte ad una chiara successione di leggi nel tempo si doveva allora applicare al caso concreto la norma contenuta nell'articolo 4 del Codice Penale, che sancisce, in caso vengano stabilite disposizioni differenti in leggi posteriori, l'applicazione del regime

1 a) del decreto-legge n° 454/91 del 28 dicembre e 313, paragrafo 1 del codice penale che portarono alla condanna per 7 mesi di prigione per ciascun crime, e per il secondo lo stesso articolo 11 e l'articolo 314 del codice penale, alla pena di 18 mesi di prigione; per una condanna in cumulo giuridico alla pena unica di 2 anni e 6 mesi di prigione.

<sup>258</sup> *Acórdão* n° 7250 del 12 dicembre 2007 del *Tribunal da Relação do Porto* (JusNet 7250/2007, www.jusnet.pt), 1.

<sup>259</sup> *Acórdão* n° 7250 del 12 dicembre 2007 del *Tribunal da Relação do Porto* (nota 258), 2. Il riferimento al paragrafo 6 è CARVALHO, *Direito penal* (nota 30), pagina 183; ID., *Sucessão de Leis Penais* (nota 147), 151 ss.

<sup>260</sup> *Acórdão* n° 7250 del 12 dicembre 2007 del *Tribunal da Relação do Porto* (nota 258), 2.

<sup>261</sup> *Acórdão* n° 7250 del 12 dicembre 2007 del *Tribunal da Relação do Porto* (nota 258), 2.

giuridico più favorevole all'agente<sup>262</sup>. Ma anche nel caso in cui non si sostenesse l'esistenza di una successione di leggi, sempre si doveva ritenere di trovarsi di fronte ad una conversione di leggi, facendo sì che si dovesse argomentare come inteso dall'*Acórdão* del *Tribunal da Relação do Porto* del 12/01/2005, per il quale "verificatasi la conversione legislativa del *crime* della concorrenza sleale in un illecito di ordine sociale, e trattandosi perciò di infrazioni di natura qualitativa differente; ed essendo che la legge che converte una infrazione penale (*crime* o *contravenção*) in una *contra-ordenação* è una "*lei despenalizadora*", e in quanto tale, da applicarsi retroattivamente, e non potendosi far sfociare tale situazione in un'archiviazione, ecco che non si sarebbe stato possibile qualificare una condotta prima come "*contra-ordenação*" per poi considerarla, nel caso concreto come "giuridicamente irrilevante"<sup>263</sup>.

Si sottolinea in questo *Acórdão* che, essendo la questione di fatto la stessa, e che la decisione contro cui si ricorse era sostenuta dalla giurisprudenza e anche dalla dottrina, e che in mancanza di una qualunque norma transitoria che intervenisse a stabilire il regime transitorio da applicarsi a quelle condotte poste in essere prima del cambiamento di qualificazione giuridica, il nuovo Codice della proprietà industriale, operando tale trasformazione, realizzò la "*despenalização da conduta*" che diventò giuridicamente irrilevante, andando a porsi apertamente in contrasto con la tesi della continuità della censura o della "successione delle leggi nel tempo" difesa dall'entità ricorrente, secondo la quale ci si trovava di fronte ad una conversione della condotta da *crime* ad illecito *de mera ordenação social* e, in quanto tale, sempre meritoria di censura<sup>264</sup>.

Essendo poi i fondamenti della decisione contro cui si ricorreva conformi al quadro dei principi generali vigenti e alle leggi penali, ed essendo pacifico che l'illecito *de mera ordenação social* è un illecito strutturalmente e materialmente distinto da quello penale, al pari dell'illecito disciplinare, amministrativo o civile, e che con la sua istituzione si volle realizzare la decriminalizzazione di molte condotte, e che, dall'altro lato, i principi di applicazione nel tempo della legge penale (o della non retroattività della legge penale) dell'applicazione (retroattiva) della legge penale più favorevole (articolo 29, commi 1 e 4 c.r.p.; articolo 7, 1° comma Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; articolo 2, commi 1 e 2 c.p.) assicurano che nessuno possa essere condannato per un'azione o un'omissione che, nel momento in cui fu commessa, non costituiva infrazione, e che il fatto punibile secondo la legge vigente nel momento della sua pratica smette di esserlo se una nuova legge lo elimina dal numero delle infrazioni, con la pubblicazione del decreto-legge n° 36/2003 del 5 marzo, la condotta da *crime* passò ad integrare un illecito *de mera ordenação social* facendo sì che la condotta smettesse di integrare in forza di tale depenalizzazione (articolo 2, 2° comma codice penale) un *crime*, ma non potendo nemmeno andare a costituire una *contra-ordenação*, una volta che la legge che creò tale illecito di *mera ordenação social* si presentava come

---

<sup>262</sup> *Acórdão* n° 7250 del 12 dicembre 2007 del *Tribunal da Relação do Porto* (nota 258), 2.

<sup>263</sup> *Acórdão* n° 7250 del 12 dicembre 2007 del *Tribunal da Relação do Porto* (nota 258), 2.

<sup>264</sup> *Acórdão* n° 7250 del 12 dicembre 2007 del *Tribunal da Relação do Porto* (nota 258), 3.

posteriore alla pratica del fatto e potendosi applicare solo a condotte future (articolo 2, 2° comma codice penale)<sup>265</sup>.

Solamente se un'altra legge fosse intervenuta a creare un regime transitorio che determinasse l'applicazione di tale legge posteriore alle condotte praticate precedentemente all'inizio della sua vigenza, metodo che, come abbiamo visto precedentemente, il Tribunale Costituzionale giudicò non incostituzionale nell'*Acórdão* n° 221/07 del 28 marzo (in relazione alle tre leggi del 2006 di conversione delle rimanenti contravvenzioni in *contra-ordenações*); tesi avvalorata da altra giurisprudenza dello stesso *Tribunal da Relação do Porto* che del *Supremo Tribunal de Justiça*, il ricorso avrebbe potuto essere accolto, ma data l'assenza di un tale regime transitorio, si decise per il non accoglimento del ricorso<sup>266</sup>.

## **7. La competenza del Governo in tema di depenalizzazione in relazione alle rimanenti (o *ex novo* create) *contravenções*.**

Un'altra problematica di rilevanza costituzionale, strettamente collegata a quella già trattata, discussa nel periodo di tempo compreso fra l'introduzione del regime generale del *direito de mera ordenação social* nel 1982 e le leggi del 2006 riguardava la questione della competenza del Governo in tema di depenalizzazione e decriminalizzazione, ossia se fosse costituzionalmente legittimo che il Governo intervenisse ad introdurre nuove *contra-ordenações "agendo"* sulle *contravenções* rimanenti attraverso lo strumento del decreto-legge oppure se ciò non fosse contrario agli articoli della Costituzione relativi alla riserva di legge e alla competenza legislativa. Le materie nell'ambito delle quali la questione è stata dibattuta furono le più svariate: dal tema dei trasporti, diritto della strada, nel dominio monetario, finanziario e cambiabile, eccetera.

È proprio in quest'ultimo ambito che il *Tribunal Constitucional* emise un *Acórdão*, il numero 56 del 12 giugno 1984, il quale appunto presenta un caso molto importante, andando a stabilire un orientamento che si rivelerà fondamentale in questo periodo di transizione, e che verrà ripreso da successivi *Acórdãos*<sup>267</sup>, diventando l'orientamento dominante nella giurisprudenza costituzionale portoghese in materia.

Questa decisione del Tribunale Costituzionale verteva sulla questione della costituzionalità o meno delle norme contenute nel decreto-legge n° 349-B/83 del 30 luglio. Infatti il 29 Febbraio 1983, il Governo approvò un testo normativo, depenalizzatore di una serie di infrazioni nei domini monetario, finanziario e cambiabile<sup>268</sup>. Tutta questa serie di testi normativi, che si succedettero nel tempo,

<sup>265</sup> *Acórdão* n° 7250 del 12 dicembre 2007 del *Tribunal da Relação do Porto* (nota 258), 4. Si citano i processi del *Tribunal da Relação do Porto* del 15-11-2006, 7-11-2004, 12-01-2005. Per il *Supremo Tribunale di Giustizia* si fa riferimento al del 09-05-2002;

<sup>266</sup> *Acórdão* n° 7250 del 12 dicembre 2007 del *Tribunal da Relação do Porto* (nota 258), 4.

<sup>267</sup> *Acórdão* n° 56 del 12 giugno 1984 in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 3° volume (1984), 153-211.

<sup>268</sup> *Acórdão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 155.

crearono un complesso conflitto di leggi nel tempo<sup>269</sup>. Conflitto di leggi il quale aveva come oggetto la definizione, la modifica, l'annullamento e la restaurazione di modelli di illecito e la rispettiva punizione: infatti si trattava di condotte che, secondo la legislazione anteriore erano *transgressões* (e *contravenções*) e passarono ad essere *contra-ordenações*; altre che erano *crimes* e passarono ad essere *contra-ordenações*; altre condotte invece che, secondo la legislazione interiore erano *crimes* e continuarono ad esserlo, seppur con delle alterazioni<sup>270</sup>.

È nell'ambito di questa decisione che il Tribunale Costituzionale si sofferma in modo chiaro sulla questione della competenza legislativa dell'Assemblea della Repubblica e del Governo in materia di Diritto Sanzionatorio Pubblico. Infatti prima di concentrarsi sull'analisi dell'incostituzionalità delle norme oggetto del ricorso, il Tribunale precisa determinati punti in materia di competenza legislativa dell'Assemblea della Repubblica e del Governo nell'ambito del diritto criminale, contravvenzionale e *contra-ordenacional*<sup>271</sup>.

Di esclusiva competenza dell'Assemblea della Repubblica, salvo autorizzazione al Governo, così come dettato dall'(allora) articolo 168, 1° comma, lettera c) è la definizione dei *crimes* e delle *penas*. E, specifica il Tribunale, tale competenza legislativa non si eserciterebbe solamente in senso positivo (ossia nel modellare, per via legislativa, *crimes* e *penas*, in senso proprio) ma anche, potremmo dire, in senso negativo ossia nell'andare ad eliminare dal quadro criminale, tipi di illecito<sup>272</sup>. E questo per una serie di ragioni quali ad esempio che, in primo luogo, la lettera c) del primo comma dell'art. 168 non fa alcun tipo di distinzione; in secondo luogo, la competenza "in positivo" dell'Assemblea della Repubblica per creare fattispecie penali e pene sarebbe ridotta a zero, se il Governo potesse revocare le leggi penali da questa promulgate. In terzo luogo invece, riguardava la consapevolezza che la semplice eliminazione di un modello di *crime* può alterare tutto il quadro punitivo. Quest'ultimo ragionamento equivarrebbe a dire, in questo campo, che la competenza negativa ha profondi effetti positivi ecco perché queste sono due aspetti della competenza legislativa che non possono essere separati.<sup>273</sup>

Inoltre, salvo autorizzazione al Governo, compete all'Assemblea della Repubblica (in base alla lettera d) del 1° comma dell'(allora) articolo 168, di legiferare in materia di regime generale di punizione degli atti illeciti di *mera ordenação social* e del rispettivo processo. In questo caso è una competenza esclusiva quella del Parlamento che si limita al regime generale. A confermare questa interpretazione, il Tribunale Costituzionale porta ragioni sia di ordine storico (vengono fatti ampi riferimenti alla dottrina nonché alla pratica costituzionale) che ragioni di sistema<sup>274</sup>.

---

<sup>269</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 159.

<sup>270</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 161-162.

<sup>271</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 165.

<sup>272</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 166.

<sup>273</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 167.

<sup>274</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 167.



Il Tribunale Costituzionale si chiede: se la lettera c) del primo comma dell'articolo 168 della Costituzione attribuì all'Assemblea della Repubblica la competenza per legiferare in via esclusiva, salvo autorizzazione al Governo, in tema di definizione dei *crimes strictu sensu* e le pene corrispondenti, non gli attribuì identica competenza per quanto riguarda la definizione di *contravenções* e pene rispettive?<sup>275</sup> Ci si chiede: alla lettera c) del 1° comma dell'articolo 168 la parola "*crime*" e, di conseguenza, la parola "*pena*" sono impiegate in senso lato o in senso stretto?<sup>276</sup> In un primo momento, la Commissione Costituzionale era propensa per la prima alternativa (*Parecer* n° 2/76) ma poi passò ad affermare con certezza che la competenza riservata da parte della Costituzione alla Assembleia della Repubblica non riguardasse la definizione della materia contravvenzionale<sup>277</sup>.

Tale cambiamento avvenne, in buona parte sulla scorta di un'interpretazione data dal Consiglio Costituzionale e dalla dottrina francesi, dato che il testo dell'allora articolo 34 della Costituzione francese del 1958 fu fonte diretta dell'articolo 167 della Costituzione portoghese. Già Tereza Pizarro Beleza, in sintonia con tale filone giurisprudenziale, commentando l'articolo 167, lettera e) della Costituzione originaria, riconosce al Governo la competenza a creare "tipi contravvenzionali punibili solamente con pene pecuniarie" e colloca nel dominio della riserva legislativa dell'Assemblea della Repubblica la esclusività del creare *contravenções* punibili con la pena della prigione<sup>278</sup>.

L'impossibilità del Governo di intervenire a legiferare circa *contravenções* e *transgressões* punibili con la pena della prigione non discenderà, secondo il Tribunale, dall'articolo 168, 1° comma, lettera c) dove il binomio "*crimes*" e "*penas*" è usato in senso stretto, ma bensì dalla lettera b) dello stesso articolo per il quale è di esclusiva competenza dell'Assemblea della Repubblica, salvo autorizzazione al Governo, legiferare in materia di diritti, libertà e garanzie, essendo la libertà personale, la prima fra le libertà espressamente riconosciute dall'articolo 27, 1° comma della Costituzione<sup>279</sup>. Ragioni di ordine storico poi, favorirebbero l'interpretazione che si vuole difendere qui.

Sia la pratica costituzionale sia la dottrina portoghesi anteriori addirittura alla Costituzione del 1933 sempre avevano inteso che il principio di legalità delle pene non venisse violato dall'applicazione di *penas* e *contravenções* in regolamenti amministrativi e *posturas* municipali, ovviamente nell'ambito dei limiti fissati dalla legge. Quindi la Costituzione attuale (quella del 1976) se avesse voluto rompere, su questo punto, tale tradizione, lo avrebbe fatto in modo espresso<sup>280</sup>. La stessa storia legislativa recente, per il Tribunale, costituirebbe un avvallo alla competenza dell'Esecutivo nel creare

---

<sup>275</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 168.

<sup>276</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 169.

<sup>277</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 169.

<sup>278</sup> T. PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1° volume, 109-110 citato in *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984 (nota 267), 169.

<sup>279</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984 (nota 267), 170.

<sup>280</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984 (nota 267), 170.

*contravenções* non punibili con la pena restrittiva della libertà. Il Tribunale fa riferimento a quel movimento iniziato con la pubblicazione nel 1963 del Progetto di Parte Generale del Codice Penale, passando per i decreti-legge del 1979 e il Regime Generale del Diritto di Mero Ordine Sociale del 1982, il cui spirito era quello, nell'ambito di una politica decriminalizzatoria, di "purificare il diritto penale da forme di illecito, la cui sede naturale era il *direito de mera ordenação social*, il che voleva riferirsi a un significativo numero di *contravenções*, per tradizione indebitamente integrate nell'ambito dell'ordinamento giuridico-penale"<sup>281</sup>.

E non si dimentica di ricordare come "l'accoglimento nel nuovo Testo Fondamentale, in modo particolare negli articoli 168, 1° comma, lettera *d*) e 282, 3° comma, dell' *ilícito contra-ordenacional* (questo e l'illecito criminale sono ora gli unici illeciti sociali costituzionalmente sanciti) comportò l'accoglimento da parte della Costituzione di quella politica depenalizzatrice da tempo annunciata e posta in pratica, per un certo grado, negli anni passati e, di conseguenza il riconoscimento che le contravvenzioni, veri e propri illeciti amministrativi, erroneamente integrati nel diritto criminale, costituiscono una categoria di illecito in via di scomparsa, ecco perché non se ne fa riferimento in modo esplicito nel Testo Fondamentale. Tutto questo postula e richiede che l'interpretazione della lettera *c*) del comma 1 dell'articolo 168 faccia riferimento a *crimes e penas* in senso stretto, cosa che già prima fu affermato e, inoltre, richiede un'interpretazione della lettera *d*) che vada a ricomprendere eventualmente anche le *transgressoes*, data la stretta parentela tra contravvenzioni e illeciti di mero ordine sociale. Questo, continuava il Tribunale, vuole significare che, sebbene il Governo possa legiferare liberamente in tema di estinzione o creazione delle contravvenzioni non punibili con pena restrittiva della libertà però non potrà legiferare, salvo autorizzazione dell'Assemblea della Repubblica, in tema di regime generale della punizione delle contravvenzioni e del rispettivo processo"<sup>282</sup>.

Il Tribunale nella sua analisi di costituzionalità organica, esamina e confronta con la Legge Fondamentale, diversi gruppi di norme contenute nel decreto-legge n° 349-B/83: un primo gruppo di norme che riguarda unicamente il regime punitivo delle *contra-ordenações* previste nello stesso decreto-legge, si concilia perfettamente con la legge quadro in materia di *contra-ordenações* potendosi concludere, relativamente a queste, che il Governo non oltrepassò, a questo livello, la competenza legislativa dell'Assemblea della Repubblica configurata così come abbiamo visto in base all'allora articolo 168, 1° comma, lettera *d*), andando qui semplicemente a concretizzare il regime generale di punizione degli atti illeciti di *mera ordenação social*<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> Preambolo del decreto-legge n° 232/79 in *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984 (nota 267), 171.

<sup>282</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 173.

<sup>283</sup> *Acordão* n° 56 del 12 giugno 1984, (nota 267), 179.

## 8. L'efficacia di testi regolamentari nella conversione di fattispecie contravvenzionali in illecito di *mera ordenação social*.

La giurisprudenza costituzionale ha inteso, soprattutto nell'ambito del diritto stradale, che non andasse a collidere con l'attuale articolo 112, 6° comma<sup>284</sup> della Costituzione, l'alterazione per semplice regolamento, di una norma legislativa che già era stata oggetto di "*deslegalização*" o di "*desgraduação*" da parte di precedenti testi regolamentari, validamente emessi prima della revisione costituzionale del 1982 (e dalla redazione allora conferita all'articolo 115) e l'abrogazione della norma di legge precedente<sup>285</sup>.

Dall'altro lato, tale competenza del Governo di creare nuove infrazioni di natura contravvenzionale, punite in modo esclusivo con sanzioni di carattere pecuniario, poteva, secondo tale giurisprudenza costituzionale, essere attuata validamente attraverso testi regolamentari, non essendo obbligatorio che la tipizzazione di tali infrazioni venisse fatta attraverso decreti-legge. Da qui inoltre, la possibilità che sia riconosciuta la tipizzazione di *contra-ordenações* (oppure appunto di *contravenções*) attraverso semplici regolamenti, sia da parte dell'Amministrazione Statale Centrale, sia da parte dell'Amministrazione locale, essendo naturalmente necessario che le norme regolamentari in causa non oltrepassino i limiti definiti dalla "legge quadro"<sup>286</sup>.

In tema, un *Acórdão* del *Tribunal Constitucional*, ossia il numero 308 del 24 marzo 1994<sup>287</sup>. Qui infatti si tratta la questione dell'incostituzionalità o meno delle norme del Codice della strada contenute all'articolo 14, 3° comma, lettera *m*) e 7° comma (questo nella parte in cui fissa il montante della multa corrispondente all'infrazione prevista in quella alinea) nella redazione di queste introdotta dal decreto regolamentare n° 32 del 9 maggio 1985, norme che riguardavano le aree di parcheggio di durata limitata e le eventuali sanzioni (in questo caso una multa di carattere contravvenzionale) in caso di non pagamento della relativa tassa<sup>288</sup>. Quindi norme di carattere regolamentare hanno introdotto un nuovo illecito di carattere contravvenzionale, con corrispondente sanzione.

Il Pubblico Ministero ricorse al Tribunale Costituzionale contro la decisione che riteneva inesistente tale illecito contravvenzionale, dichiarando incostituzionali le norme in causa introdotte dal decreto regolamentare n° 32/85 del 9 maggio in quanto appunto il Governo creò un nuovo tipo di illecito contravvenzionale con la corrispondente sanzione ma ritenendo che l'Assemblea della Repubblica avesse riserva (sebbene relativa) di competenza legislativa in tema sia di definizione degli atti illeciti (*crime*, *contravenção*, *contra-ordenação*) che delle rispettive pene, misure di sicurezza e

---

<sup>284</sup> Il quale stabilisce: "*Os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes*".

<sup>285</sup> C. L. DO REGO (nota 235), 16.

<sup>286</sup> C. L. DO REGO (nota 235), 16.

<sup>287</sup> *Acórdão* n° 308/94 in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 27° volume, 885-895.

<sup>288</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 886.

rispettivi presupposti, andando così ad assolvere il convenuto<sup>289</sup>. Il Governo, secondo questa decisione, poteva intervenire in quella materia solo tramite autorizzazione legislativa dell'Assemblea della Repubblica, autorizzazione la quale, in questo caso, non vi fu, e nemmeno fu sollecitata. E nemmeno il Governo poteva intervenire con la creazione di nuove *contravenções*. Ecco perché dichiarò anticostituzionali la lettera *m*) del comma 3 dell'articolo 14 del Codice della strada così come il suo comma 7 che andava a fissare la corrispondente sanzione<sup>290</sup>.

Per il Pubblico Ministro che ricorse al Tribunale Costituzionale appunto tali norme non erano incostituzionali, essendo lecito per il Governo intervenire con un regolamento per introdurre reati contravvenzionali. Egli nel suo ricorso allegava proprio la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale, secondo la quale era di competenza concorrente dell'Assemblea della Repubblica e del Governo definire, alterare ed eliminare *contravenções* non punibili con la pena restrittiva della libertà<sup>291</sup>. Perciò secondo tale allegazione una volta che alla contravvenzione in causa corrisponde la pena della *multa*, le disposizioni legali che la introdussero non vanno a violare la Costituzione, in modo particolare l'(allora) articolo 168, comma 1, lettera *c*) e *d*). Aggiunge poi che, dall'altro lato, l'alterazione dell'articolo 14 del Codice della Strada tramite testo regolamentare non violava il già citato articolo 115 paragrafo 5 della Costituzione<sup>292</sup>.

Si specifica nell'*Acórdão* come il Tribunale Costituzionale, interpretando i precetti della Legge Fondamentale, già aveva preso posizione in merito ai limiti della competenza normativa concorrente fra Assemblea della Repubblica e del Governo in materia di *crimes*, *contravenções*, e *contra-ordenações*. Soprattutto nell'*Acórdão* n° 56/84, tali limiti furono sintetizzati nei seguenti termini<sup>293</sup>. Ad essere di esclusiva competenza dell'Assemblea della Repubblica, salvo autorizzazione al Governo (e ammettendo in via ipotetica la sopravvivenza costituzionale della figura della *contravenção*) era unicamente: a) la definizione di *crimes* e *penas* in senso stretto, cosa che comporta il potere di variare gli elementi costitutivi del fatto tipico, di estinguere modelli di *crime*, di "dequalificarli" in *contravenções* e *contra-ordenações* e di alterare le pene previste per i *crimes* nel diritto positivo; b) legiferare in tema di regime generale di punizione delle *contra-ordenações* e *contravenções* e dei rispettivi processi; c) definire le *contravenções* punibili con la pena della prigione e modificare la durata di questa. Ad essere invece di competenza concorrente dell'Assemblea della Repubblica e del Governo (sempre ammettendo la sopravvivenza costituzionale del tipo contravvenzionale): a) definire, dentro ai limiti del regime generale, *contravenções* non punibili con pena restrittiva della libertà e *contra-ordenações*, alterare ed eliminare sia le une che le altre, e modificarne la sanzione; b) trasformare *contravenções* non punibili con la pena

---

<sup>289</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 887.

<sup>290</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 888.

<sup>291</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 888.

<sup>292</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 888.

<sup>293</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 889; C. L. DO REGO (nota 235), 14-15.

restrittiva della libertà in *contra-ordenações*, con rispetto per quanto tracciato dal decreto-legge n° 433/82.

Alla luce di ciò la creazione della contravvenzione dell'articolo 14 comma 3, lettera *m*), del Codice della strada, si iscrive nella competenza concorrente dell'Assemblea della Repubblica e del Governo, una volta che la pena stabilita al paragrafo 7, essendo inconvertibile nella pena della prigione, si presenta come non restrittiva della libertà personale. Quindi, a creare la *contravenção* in causa, il Governo non invase la riserva relativa di competenza dell'Assemblea della Repubblica<sup>294</sup>.

L'altra questione da affrontare era se, andando a modificare l'articolo 14 del Codice della strada attraverso decreto regolamentare, il Governo non avesse violato la Costituzione. Perché se sicuramente non poteva spettare ad un regolamento di creare un nuovo tipo di infrazione, di conseguenza non avrebbe potuto creare nemmeno la sanzione corrispondente. Era lo stesso articolo 115 nella redazione conferita dalla revisione costituzionale avvenuta con decreto-legge n° 227 del 30 settembre 1982 (articolo 93) che disponeva al 5° comma che "nessuna legge può creare altre categorie di atti legislativi o conferire ad atti altri natura il potere di, con efficacia esterna, interpretare, integrare, modificare, sospendere o revocare alcuno dei suoi precetti"<sup>295</sup>.

Il Codice della strada fu approvato dal decreto-legge n° 39672 del 20 maggio 1954. L'articolo 1 di tale testo normativo permetteva che il Codice venisse alterato attraverso "*decretos simples*", salvo determinate materie. E, sulla base di questa disposizione, furono introdotte numerose alterazioni: per esempio, l'articolo 14 in questione fu modificato completamente dal decreto n° 837/76 del 29 novembre, e a seguire, dal decreto regolamentare n° 32/85 che venne ad alterarlo creando proprio il 3° comma, lettera *m*) e il 7° comma, ossia la contravvenzione in causa<sup>296</sup>. Ecco che il paragrafo unico dell'articolo 1 del decreto-legge che approvò il Codice della Strada si presentava come contrario al disposto dell'articolo 115, 5° comma della Costituzione di allora. Va precisato come, quest'ultima norma sia stata introdotta solamente con la revisione costituzionale del 1982, e per questo, si tratterebbe di un'incostituzionalità meramente sopravvenuta, non coinvolgendo testi regolamentari anteriori al 1982. La redazione dell'articolo 14 del Codice della strada introdotta dal decreto del 1976 perciò non meriterebbe censura costituzionale. Ma lo meriterebbe quella introdotta dal decreto regolamentare del 1985?<sup>297</sup>

Secondo il Pubblico Ministro ricorrente sarebbe da rispondere in negativo a questa domanda, infatti secondo quanto allegato, quell'articolo 14, sebbene inizialmente approvato tramite decreto-legge, soffrì una "degradazione" in atto regolamentare quando fu alterato dal decreto n° 837/76; e per questo, quando fu ancora modificato dal decreto regolamentare n° 32/85 non vi fu violazione dell'art. 115, 5° comma della Costituzione, dato che il Governo si limitò ad alterare per via

---

<sup>294</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 890.

<sup>295</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 890-891.

<sup>296</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 891.

<sup>297</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 891.

regolamentare una norma che era stata approvata, a sua volta, per via regolamentare e quindi, non si ha incostituzionalità, avendo come oggetto due norme dello stesso livello gerarchico<sup>298</sup>. Questo fu l'orientamento del Tribunale Costituzionale in molteplici *Acórdãos*<sup>299</sup> nei quali il Tribunale esaminò la costituzionalità di alterazioni alle norme del Codice della Strada che già erano state oggetto di “*deslegalização*” o “*desgradação*” tramite diploma regolamentare validamente approvato prima del 1982, durante la vigenza della norma di competenza dell'articolo 1. E in tutti questi casi concluse che, una volta validamente alterate per via regolamentare, queste norme erano state appunto oggetto di “*desgradação*” e per questo motivo poi potevano essere nuovamente modificate da parte di un decreto regolamentare, senza violazione dell'articolo 115, 5° comma della Costituzione<sup>300</sup>.

Tuttavia, nel presente caso, la questione non fu circoscritta solo all'eventuale violazione dell'art. 115, 5° comma (nella redazione dell'epoca), ossia non si tratta di sapere se un articolo del Codice della strada, approvato per decreto-legge, ma già oggetto di “*desgradação*”, possa essere alterato da parte di un decreto regolamentare ma si tratta soprattutto di sapere se un nuovo tipo contravvenzionale, e la corrispondente sanzione, possano essere stabiliti attraverso regolamento<sup>301</sup>. Ossia: il Governo potrebbe creare qui questa nuova infrazione contravvenzionale, una volta che ad essa non corrisponda sanzione restrittiva della libertà personale, questo ammettendo che la figura delle contravvenzioni mantenga ancora copertura costituzionale. Ma potrebbe crearla tramite decreto regolamentare, o dovrebbe crearla con decreto-legge?<sup>302</sup>. Tradizionalmente, sia la definizione di ogni concreto illecito contravvenzionale, sia la fissazione della rispettiva pena, potevano essere sempre effettuate attraverso regolamento, anche locale, come risultava in modo espresso dal sopracitato articolo 486 del superato Codice Penale del 1886. E la stessa posizione era condivisa dalla generalità della dottrina e giurisprudenza, dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1976.

Con la revisione costituzionale del 1982, si pose il problema di sapere quale fosse in generale il destino della figura delle *contravenções*. Nell'*Acórdão* n° 308/94 si dice come “riferendosi all'illecito di *mera ordenação social*, omettendo tutto il riferimento alla figura delle *contravenções* (che era tradizionale nel diritto portoghese fino al Codice Penale del 1982), la Costituzione lascia intendere chiaramente che questa scomparve come tipo sanzionatorio autonomo, e per quanto riguarda le contravvenzioni sopravvivenenti (o che furono create *ex novo*) devono essere trattate d'accordo con la natura che presentano nel caso concreto (prettamente penale o di *mera ordenação*

---

<sup>298</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 890.

<sup>299</sup> Come ad esempio l'*Acórdão* n° 303/85, nonché il n° 270/88, n° 389/89, n° 458/89.

<sup>300</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 892.

<sup>301</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 892.

<sup>302</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 893.

*social*<sup>303</sup>). Ecco che, ancora una volta, sulla scorta della giurisprudenza tracciata dall'*Acórdão* n° 56/84 nel caso affrontato dal Tribunale Costituzionale, non vi erano dubbi che non ci si trovasse di fronte ad un'infrazione con una risonanza etica sufficiente per poterla qualificare come di natura penale. E, stando così le cose, e poiché inoltre non era assegnata a tale infrazione, alcun tipo di sanzione privativa o restrittiva della libertà, il trattamento che avrebbe dovuto essergli conferito avrebbe dovuto essere quello corrispondente alle *contra-ordenações*, per le quali la Costituzione non esige la previa definizione del tipo e della concreta punizione in una legge parlamentare<sup>304</sup>.

È vero infatti che, stabilendosi nella Costituzione che spetta all'Assemblea della Repubblica (oppure al Governo, da questa debitamente autorizzato) legiferare in tema di regime generale degli atti illeciti di *mera ordenação social* (l'allora articolo 168, 1° comma, lettera *d*) e prendendosi in considerazione il decreto-legge n° 433/82 del 27 ottobre, che venne proprio a fissare tale regime generale, per il quale "solo sarà punito come *contra-ordenação* il fatto descritto e dichiarato passibile di *coima* da parte della legge anteriore al momento della sua pratica" (articolo 2), ci si domandava se non fosse esigibile l'intervento legislativo per la tipizzazione e la punizione in concreto di ciascuna *contra-ordenação*<sup>305</sup>.

Si tratta qui perciò di riproporre, e con rinforzati motivi, le ragioni che già anteriormente valevano per giustificare l'intervento regolamentare in materia contravvenzionale<sup>306</sup>. Anzi, si riportano esempi di come la dottrina maggioritaria, in commento all'articolo 2 del decreto-legge n° 433/82 convergesse nel ritenere indiscutibile la possibilità che regolamenti dell'amministrazione sia essa centrale che locale, creassero *contra-ordenações* e le rispettive *coimas*, sempre nei limiti della legge<sup>307</sup>. Lo stesso orientamento dottrinale in materia di *contravenções*<sup>308</sup>. È per queste motivazioni che il Tribunale Costituzionale non giudica in questo *Acórdão* incostituzionali le norme in esame del Codice della strada nella redazione introdotta dal decreto regolamentare n° 32/85, del 9 maggio e, conseguentemente, interviene a revocare la decisione oggetto del ricorso, da dover sostituire con un'altra, in conformità a quanto deciso nell'*Acórdão* in questione, circa la questione di incostituzionalità<sup>309</sup>.

Si può dire, quindi, come il Tribunale Costituzionale adottò come criterio di risoluzione delle diverse problematiche sorte lungo il periodo di convivenza fra le

---

<sup>303</sup> Citazione tratta da J. J. G. CANOTILHO-V. MOREIRA *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edizione, anotação X ao artigo 168, p. 370 in *Acórdão* n° 56 del 12 giugno 1984 in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 3° volume (1984), 328.

<sup>304</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 893.

<sup>305</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 894.

<sup>306</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 894.

<sup>307</sup> Si segnala M. L. LOPES ROCHA-M. GOMES DIAS-M. C. ATAÍDE FERREIRA, *Contra-ordenações*, Escola Superior de Polícia, 17 in *Acórdão* n° 308/94 in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 27° volume, 894.

<sup>308</sup> J. SOUSA E BRITO (nota 153), pp. 197-254; Per le *contra-ordenações* si tenga presente il Parere n° 4/81 della Commissione Costituzionale.

<sup>309</sup> *Acórdão* n° 308/94, (nota 287), 895.

contravvenzioni (con “morte” annunciata) con il *direito das contra-ordenações*, quello sancito, per la prima volta, nell’*Acórdão* 56/84, e adottato poi dalla dottrina dominante: le *contravenções* rimanenti (oppure *ex novo* create) dovranno essere trattate secondo i principi costituzionali applicabili al diritto penale oppure al diritto *contra-ordenacional*, in funzione delle loro caratteristiche: se la natura della contravvenzione in esame è la stessa di quella delle *contra-ordenações* (quindi in questo caso, si avrebbe a che fare con una condotta priva di quel *pathos* etico, di quel disvalore sociale richiesto per avere condotta passibile di essere penalmente sanzionata) allora dovranno esserle applicati i principi costituzionali che valgono per il *direito de mera ordenação social*, viceversa, quelli del diritto penale.

Viene perciò richiesta, da parte del Tribunale Costituzionale, che si valuti “in concreto”, la natura dell’illecito oggetto della propria indagine, per poter comprendere quale disciplina da applicarsi, oltre che, in materia di legittimità costituzionale o meno per quanto riguarda la competenza legislativa. Infatti, come già si è riferito in precedenza, in relazione ai restanti diritti sanzionatori esplicitamente previsti nella Costituzione, ossia il diritto disciplinare e quello di *mera ordenação social*, si stabilisce una riserva legislativa da parte dell’Assemblea della Repubblica solamente circa il rispettivo “regime generale”. Spetta così all’Assemblea Generale definire la natura dell’illecito e i tipi di sanzione, così come i suoi limiti, oltre le regole generali del rispettivo processo incluso quello di esecuzione, ma non la definizione di ogni singola infrazione concreta e la comminazione della rispettiva pena<sup>310</sup>. La Costituzione appunto omettendo qualsivoglia riferimento alla figura delle *contravenções* lasciava intendere in modo chiaro che queste sarebbero state da considerarsi scomparse come tipo sanzionatorio autonomo, tanto che le contravvenzioni ancora esistenti (o create *ex novo*) avrebbero, appunto, dovuto essere trattate d’accordo con la natura che queste presentavano nel caso concreto (penale o di mero ordine sociale)<sup>311</sup>.

Quindi la giurisprudenza costituzionale, soprattutto come abbiamo visto in materia di diritto stradale, ha inteso che non collidesse con il precetto dell’attuale articolo 112, 6° comma (l’allora articolo 115, commi 5 e 6) della Costituzione, l’alterazione per semplice regolamento, di una norma legislativa che già era stata oggetto di “*deslegalização*” o “*desgraduação*” tramite precedenti testi regolamentari, validamente pubblicati prima della revisione costituzionale del 1982 (e della redazione allora conferita all’articolo 115) e quando era in vigore la norma legale preesistente<sup>312</sup>.

Da qui nasceva, secondo la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale, la possibilità che potessero essere tipizzate *contra-ordenações* (ed eventualmente contravvenzioni) tramite semplice regolamento, sia esso dell’Amministrazione Centrale che di quella locale, salvo che ovviamente tali norme regolamentari non andassero ad oltrepassare i limiti definiti dalla “legge quadro”, come abbiamo visto

---

<sup>310</sup> J. J. G. CANOTILHO-V. MOREIRA (nota 303), 328.

<sup>311</sup> J. J. G. CANOTILHO-V. MOREIRA (nota 303), 328.

<sup>312</sup> C. L. DO REGO (nota 235), 16.



nell' *Acórdão* n° 308/94<sup>313</sup>. La tipizzazione di *contra-ordenações* oppure di *contravenções* che non riguardassero le materie attinenti "ai diritti, alle libertà e alle garanzie" e conforme interamente al rispettivo "regime generale", definito dalla legge quadro in vigore, non era soggetta perciò a "riserva di legge"<sup>314</sup>.

## 9. La questione della costituzionalità delle multe contravvenzionali fisse.

Un'altra questione trattata dalla giurisprudenza costituzionale nel periodo compreso fra l'introduzione del Regime Generale *de mera Ordenação Social* nel 1982 e la definitiva abolizione delle figure contravvenzionali nel 2006, ebbe come oggetto le multe contravvenzionali fisse. Abbiamo infatti in una serie di *Acórdãos* (come ad esempio i numeri 579/2006, 679/2006, 5/2007, 117/2007, 344/2007, e così via) del Tribunale Costituzionale, casi di sentenze di condanna di soggetti al pagamento di una multa dal montante fisso per aver compiuto una condotta sanzionata come *contravenção* o *transgressão*. Si tratta nella maggioranza di decisioni aventi come oggetto norme appartenenti al dominio dei trasporti pubblici (spesso casi di mancanza di titolo di trasporto valido). Ci si chiedeva in tutti questi casi se tale pena (contravvenzionale) fissa fosse costituzionalmente accettabile o se non andasse a violare una serie di principi costituzionalmente sanciti. Il Tribunale Costituzionale, ancora una volta, per quanto riguarda questa specifica e limitata questione delle sanzioni pecuniarie dal valore fisso (di *contravenções* e *transgressões*), impiegherà come decisivo quell'orientamento, quel criterio dominante, e che abbiamo visto avere origine nell' *Acórdão* n° 56/84, poi elaborati nei successivi numeri 188/87, 308/94, 61/99 della "natura" dell'illecito nel caso concreto.

Ed è in base a questo criterio che, le differenti questioni di costituzionalità che si presentano al Tribunale Costituzionale, vengono risolte. Si può già anticipare come il Tribunale Costituzionale non abbia deciso in questi casi all'unanimità, e di come in realtà le opinioni al suo interno siano state variegate, permettendo al Tribunale di cambiare orientamento nel tempo.

Nell' *Acórdão* n° 579 del 18 ottobre 2006, in cui oggetto del giudizio del Tribunale è la norma costante nell'articolo 3, 2° comma, lettera *a*) del decreto-legge n° 108/78 del 24 maggio, che sanciva che la pratica della contravvenzione della mancanza di titolo di trasporto valido in trasporti pubblici, avrebbe comportato la multa dell'accrescimento del 50% del valore del biglietto<sup>315</sup>. Qui il Tribunale conferma di trovarsi di fronte ad una pena assolutamente fissa e rispetto alla quale il giudice non detiene alcun potere di

---

<sup>313</sup> DO REGO (nota 235), 16.

<sup>314</sup> DO REGO (nota 235), 16.

<sup>315</sup> *Acórdão* n° 579/06 del 18 ottobre in *Diário da República*, 2ª série, de 3 de Janeiro de 2006, 109-114. Il testo dell'articolo 3, 2° comma del decreto-legge n° 108/78 del 24 maggio: "Nos casos em que a cobrança seja feita por qualquer outro processo, os infractores pagarão o preço do bilhete correspondente ao seu percurso, acrescido de uma multa do montante de: a) 50 % do preço do respectivo bilhete, mas nunca inferior a 100 vezes o mínimo cobrável no transporte utilizado, na hipótese de não terem adquirido qualquer título válido de transporte".

intervento nella determinazione della pena in concreto, in particolare, non potendo adeguare alla colpa e alla situazione socio-economica dell'agente<sup>316</sup>. Precisandosi come il diritto penale tracciato dalla Costituzione fosse regolato dai principi della colpevolezza, della uguaglianza e della proporzionalità, da ciò ne doveva derivare necessariamente che pene previste dalla legge fossero pene variabili<sup>317</sup>. Infatti è solo in questo modo che il Legislatore, fissando un minimo e un massimo, lascia al giudice la possibilità di graduare la pena, in accordo con tutte le *circunstâncias atendíveis* (grado della colpa, necessità di prevenzione e altre circostanze) per punire differientemente situazioni che, sembrando in apparenza uguali. Principi quali quello di necessità della pena (il diritto penale come *extrema ratio*), quello di umanità, di giustizia nonché di colpevolezza, che poggiano tutti sul concetto di dignità della persona umana, quest'ultimo da considerarsi uno dei "principi assiologici più essenziali all'idea dello Stato di Diritto democratico"<sup>318</sup>, sul quale si basa la Repubblica Portoghese (articolo 1 c.r.p.) e di libertà (articolo 27, 1° comma c.r.p.)<sup>319</sup>.

Si dice esplicitamente in questo *Acórdão* come appunto quelle contravvenzioni che il Legislatore andava a mantenere nel sistema portoghese dopo la creazione del Regime Generale delle *Contra-ordenações* non potevano considerarsi ancora depenalizzate, e quindi sottratte ai principi sanciti dalla Costituzione per le pene criminali. Anzi, si diceva come lo stesso Legislatore, anche in termini processuali abbia sottoposto le *contravenções* e le *transgressões* ad un regime processuale di carattere semplificato (e questo con il decreto-legge n° 17/91 del 10 gennaio), ma pur sempre di natura processuale penale e non amministrativa<sup>320</sup>. E, nonostante appunto, in questa specifica materia le infrazioni fossero state depenalizzate attraverso la legge n° 28 del 4 luglio 2006, risultava essere ancora applicabile ai processi pendenti, il regime concretamente più favorevole all'agente, in particolare per quanto riguardava la misura delle sanzioni applicabili. Perciò l'evoluzione legislativa impedisce così, non solo di collocare le infrazioni qualificate come illecito contravvenzionale nel *direito de mera ordenação social*, nel diritto civile, o in qualunque altro ramo del diritto, mantenendosi così la natura che legalmente, dottrinalmente e giurisprudenzialmente sempre gli fu conferita, così come, in questa materia specifica è altresì salvaguardata la subordinazione ai principi garantistici del Diritto Penale<sup>321</sup>. Né vi è alcun obbligo costituzionale di carattere generico, si dice, di depenalizzare l'illecito contravvenzionale, nella misura in cui l'opzione del Legislatore a livello di illecito, sanzione e processo non interferirà con il principio della necessità della pena. Si aggiunge poi come, lo stesso *direito de mera ordenação social* adottati, essenzialmente, i principi del diritto penale (articoli 2, 3, 8 e 9 RGCO), non essendo i principi della

---

<sup>316</sup> *Acórdão* n° 579/06 del 18 ottobre, (nota 315), 109.

<sup>317</sup> *Acórdão* n° 579/06 del 18 ottobre, (nota 315), 114.

<sup>318</sup> J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, 1993, 73.

<sup>319</sup> *Acórdão* n° 579/06 del 18 ottobre, (nota 315), 109.

<sup>320</sup> *Acórdão* n° 579/06 del 18 ottobre, (nota 315), 113.

<sup>321</sup> *Acórdão* n° 579/06 del 18 ottobre, (nota 315), 112-113.

colpevolezza e del divieto delle pene fisse espressamente stabilito per quel regime legale. Di conseguenza, non esisterebbero ragioni sostanziali, ma nemmeno legali o costituzionali, riguardanti la minor gravità dell'illecito contravvenzionale (la quale non viene qui messa in discussione) che possano rendere inadeguata o ingiustificata, l'applicazione di quei principi, soprattutto, si dice, nella misura in cui questi si estrinsechino in una moltiplicazione delle garanzie del convenuto. Ragioni di economia processuale o di velocità, così come la "massificazione" delle infrazioni non possiedono dignità costituzionale tale da poter prevalere sui principi costituzionali che si applicano direttamente, espressamente e senza eccezioni alla materia dell'illecito e delle sanzioni penali e che non sono nemmeno incompatibili con la natura dello stesso *direito de mera ordenação social*. E, infine, non esistono nemmeno argomenti che derivano dalla specie della sanzione (una *multa* di carattere penale, appunto) che impediscano un suo adattarsi ai principi costituzionali<sup>322</sup>.

Ecco che, in forza di questi ragionamenti, il Tribunale conferma il giudizio di incostituzionalità relativo alla norma costante nell'articolo 3, 2° comma, lettera *a*) del decreto-legge n° 108/78 del 24 maggio, che sanciva che la pratica della contravvenzione della mancanza di titolo di trasporto valido in trasporti pubblici, avrebbe comportato la multa dell'accrescimento del 50% del valore del biglietto<sup>323</sup>. Nell' *Acórdão* n° 679/06 troviamo sostanzialmente riprodotte le argomentazioni appena esposte, rispetto alla questione di costituzionalità della stessa norma.

### 9.1. Mutamento dell'orientamento costituzionale in relazione all'affermarsi del *direito de mera ordenação social* e dell'illecito de *mera ordenação social*.

Ma come anticipato le posizioni all'interno del Tribunale non erano uniformi, e soprattutto nel 2006, con la legge n° 28 del 4 luglio si ebbe una sostituzione del regime sanzionatorio, andando a definire la mancanza di titolo di trasporto valido come una *contra-ordenação* punita con un una *coima* dal valore fisso<sup>324</sup>. Nell'*Acórdão* n° 117/2007, nell'ambito del quale si discuteva della costituzionalità o meno della medesima norma costante nella lettera *a*) del 2° comma dell'articolo 3 del decreto-legge n° 108/78 del 24 maggio, il Pubblico Ministero, nel ricorso, allegando la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale quanto alla comminazione di pene fisse per gli illeciti criminali (in particolare gli *Acórdãos* n° 95/2001, 202/2000 e 124/2004), ne sosteneva l'incostituzionalità in quanto appunto ad essere violati erano i principi costituzionali della colpevolezza, dell'uguaglianza e della proporzionalità, consacrati negli articoli 1, 13 1° comma, 18 1° comma, 25 1° comma e 30 1° comma della Costituzione<sup>325</sup>. Si dice come nel frattempo, la legge n° 28 del 4 luglio 2006 fosse intervenuta a sostituire questo

<sup>322</sup> *Acórdão* n° 579/06 del 18 ottobre, (nota 315), 113.

<sup>323</sup> *Acórdão* n° 579/06 del 18 ottobre, (nota 315), 114.

<sup>324</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio in *Diário da República*, 2ª série, n° 75, 16 aprile 2008, 17451.

<sup>325</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17451.

regime sanzionatorio, definendo la mancanza di tale titolo di trasporto valido come *contra-ordenação* punita con una *coima* dal valore minimo corrispondente a 100 volte il valore del biglietto in vigore di minor valore e del valore massimo corrispondente a 150 volte il suddetto montante, avuto rispetto per i limiti massimi previsti all'articolo 17 del *Regime Geral do ilícito de mera ordenação social* (articolo 7) e punendo come *contra-ordenações* le precedenti *contravenções*, senza pregiudizio del regime più favorevole (articolo 14), intervenendo nell'ambito di quel "pacchetto legislativo" di eliminazione delle *contravenções* ancora esistenti per sostituirle con la figura delle *contra-ordenações*, come la legge n° 28/2006 del 4 luglio e la legge n° 30/2006 dell'11 luglio<sup>326</sup>.

Qui si dice come la questione di costituzionalità oggetto del ricorso in parola era già stata valutata dagli *Acórdãos* n° 579/2006 e n° 679/2006, che ebbero per oggetto la stessa norma oggetto del ricorso in parola, e da parte dell'*Acórdão* n°5/2007, che riguardò invece la lettera *b*) dello stesso articolo. Nei tre casi, si dice nell' *Acórdão* in parola, essenzialmente ripetitivi per quanto riguarda il tenore della sentenza contro cui si ricorse, le allegazioni presentate e la decisione del Tribunale, fu confermato il giudizio di incostituzionalità, essendo state, le norme oggetto della valutazione, considerate come incostituzionali per violazione dei principi di colpevolezza, uguaglianza e proporzionalità. Nessuna delle decisioni però, si dice, è stata presa all'unanimità. Ed effettivamente, nel caso in parola, si andrà a divergere dal ragionamento adottato fino a quel momento.

Qui non viene messo in discussione il ragionamento firmato dalla giurisprudenza del Tribunale per il quale la comminazione, per gli illeciti criminali, di pene insuscettibili di "individualizzazione" da parte del giudice, vada a violare i principi costituzionali sopra riferiti, e, anzi, dicendo come, citando gli *Acórdãos* n° 124/2004 e 95/2001, il principio della colpevolezza, in quanto principio conformatore del diritto penale di uno Stato di Diritto, proibisce che si applichi la pena senza colpa e che, inoltre, la misura della pena oltrepassi quella della colpa<sup>327</sup>. Ecco che un diritto penale della colpevolezza non è compatibile con l'esistenza delle pene fisse: infatti, essendo la colpevolezza non solamente principio fondante della pena, ma anche suo limite, è in funzione di essa (e, ovviamente, di esigenze di prevenzione) che, in ogni singolo caso, si deve trovare la misura concreta della pena, collocata fra il minimo e il massimo previsto dalla legge per quel tipo di comportamento.

Tuttavia, il fatto che si continui a sostenere questo orientamento giurisprudenziale, non porta a che si giudichi automaticamente come incostituzionale la norma in causa, essenzialmente perché quelle ragioni che portarono a considerare incostituzionale la comminazione di pene fisse per gli illeciti di natura criminale, non possono essere trasposte in tema di valutazione della conformità costituzionale delle pene pecuniarie fisse stabilite in altri ambiti sanzionatori; e, nel caso in parola, nell'ambito degli illeciti contravvenzionali puniti con una sanzione di natura esclusivamente pecuniaria insuscettibile di essere convertita o sostituita da una pena

---

<sup>326</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17451.

<sup>327</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17451.

privativa della libertà personale e senza qualunque altro effetto se non la perdita patrimoniale che riguarda la sua realizzazione. Ecco che ancora una volta risulta decisivo l'orientamento dominante nella giurisprudenza costituzionale, citato da noi più volte.

A partire dalla revisione del 1982, la Costituzione passò a fare riferimento solamente all'illecito criminale o a quello di *mera ordenação social*, omettendo qualsiasi riferimento alla figura delle *contravenções*, lasciando così chiaramente intendere che questa scomparve come tipo sanzionatorio autonomo (per gli effetti della rilevanza costituzionale specifica, si intenda), facendo sì che le contravvenzioni che rimanevano (o *ex novo* create) avrebbero dovuto essere trattate in base alla natura presentata nel caso concreto: criminale o di *mera ordenação social*<sup>328</sup>.

Citando gli *Acórdãos* n° 188/87 e 308/94, il Tribunale continua dicendo come "indipendentemente dalla questione di sapere se, dopo la revisione costituzionale operata dalla legge n° 1/82 del 30 settembre, è possibile la creazione, *ex novo*, di *contravenções*, quello che è certo è che la norma in oggetto viene a stabilire (utilizzando alcune delle parole dell'articolo 3 del non più vigente codice penale del 1886) la previsione di un comportamento che si sostanzia nella pratica di un "fatto volontario" "punibile" (e solo con una pena pecuniaria) e che "consiste unicamente nella violazione o nella mancanza di osservanza delle disposizioni preventive delle leggi e dei regolamenti, indipendentemente da tutta l'intenzione dolosa"<sup>329</sup>.

Il comportamento in causa (il non pagamento, in questo caso, di un valido titolo di trasporto), secondo il Tribunale, non possedeva risonanza etica tale che lo si debba qualificare come un *crime* e, se si pensa che già quando la norma fu editata si ritenne di sanzionarlo solamente con una pena pecuniaria, allora si deve concludere che il trattamento da conferirgli è quello stabilito per le *contra-ordenações*, per le quali la Costituzione non richiede la previa definizione del tipo e della punizione concreta in una legge parlamentare"<sup>330</sup>.

Facendo riferimento all'evoluzione normativa in materia di introduzione del regime di *mera ordenação social* nel sistema portoghese, e dicendo come a seguito dell'introduzione del regime generale nel 1982, il Legislatore si astenne dall'eliminare o convertire in *contra-ordenações* le contravvenzioni vigenti, mantenendo la situazione creatasi nel 1979 di esistenza di tre tipi di illeciti (criminale, contravvenzionale e di mero ordine sociale), ribadisce come, dopo la revisione del testo costituzionale del 1982, il Legislatore costituzionale abbia voluto lasciare intendere che la figura contravvenzionale scomparve come tipo sanzionatorio autonomo, facendo sì che le contravvenzioni rimanenti (o quelle eventualmente create *ex novo*) avrebbero dovuto essere trattate secondo la natura che queste presentavano nel caso concreto, criminale o

---

<sup>328</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17452.

<sup>329</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17453.

<sup>330</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17453.

di mero ordine sociale (sulla linea tracciata dai precedenti *Acórdãos* n° 56/84, 308/94, 61/99, e via dicendo)<sup>331</sup>.

Però si dice come, anche recentemente, nell'*Acórdão* n° 221/07 in cui si trattava di un problema di successione di illeciti contravvenzionali e *contra-ordenacionais*, il Tribunale riaffermò questa stessa idea e ricordò che, “per arrivare a tale conclusione, il Tribunale assunse essere decisivo si trattasse di infrazioni corrispondenti a un comportamento (in quel caso, il non pagamento della tassa di pedaggio dovuta per l'utilizzo dell'autostrada) che non può avere una risonanza etica tale che lo si debba qualificare come crime e per il quale fu stabilita una pena meramente pecuniaria, insuscettibile di essere convertita nella pena della prigione<sup>332</sup>”. Quindi ogni valutazione delle questioni di costituzionalità sollevate dall'illecito contravvenzionale non avrebbe potuto farsi per mera trasposizione delle riflessioni effettuate a proposito di questioni somiglianti nell'ambito dell'illecito penale e delle pene criminali, argomentando a partire da una presupposta identità di genere tra i due tipi di illecito che (indipendentemente dal criterio che si preferisce, stante il diritto positivo costituzionale o sul piano dottrinale, di distinzione fra *crimes* e *contravenções* o di separazione tra “illecito penale amministrativo” e “illecito penale di giustizia”), la Costituzione non accoglie<sup>333</sup>. Non ponendosi in dubbio che i principi di proporzionalità e di uguaglianza oltre che di colpevolezza vadano a vincolare il Legislatore anche nella configurazione degli illeciti contravvenzionali (come in quelli di mero ordine sociale) e delle rispettive sanzioni, è però differente, si dice, il limite che intercorre fra quelle per quanto riguarda la discrezionalità legislativa nella definizione di quello che il Legislatore deve assumere o di quello che non deve considerare nella determinazione concreta della sanzione<sup>334</sup>. Nel caso specifico della norma oggetto dell'*Acórdão* non vi sarebbe alcuna collisione con il principio di colpevolezza e non rientrerebbe minimamente in causa il diritto alla libertà, ex articolo 27 Costituzione, perché la multa contravvenzionale, a differenza di quella collegata ai *crimes*, non è sostituibile con quella della prigione<sup>335</sup>. Per il Tribunale, citando Figueiredo Dias a proposito di colpevolezza in tema di imputazione delle *contra-ordenações*, non si tratterebbe di una “colpa” come la categoria giuridico-penale basata su di una censura etica diretta alla persona dell'agente, alla sua astratta intenzione, ma solamente di una imputazione dell'atto alla responsabilità sociale del suo autore<sup>336</sup>. Così inteso, quindi, il principio di colpevolezza può essere presupposto dell'imposizione della sanzione (il suo fondamento), ma non è un fattore costituzionalmente necessario della sua misura concreta (limite individuale), non

---

<sup>331</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17453.

<sup>332</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), pagina 17453 che cita l'*Acórdão* n° 221/07 del 28 marzo in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 68° volume (2007), 665-688.

<sup>333</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17453.

<sup>334</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17453.

<sup>335</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17453.

<sup>336</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17453. Qui il riferimento è a FIGUEIREDO DIAS (nota 50), p. 29.

andando a realizzare, la comminazione di una multa contravvenzionale fissa, di per sé, la violazione degli articoli 1 e 27, 1° comma Costituzione<sup>337</sup>.

Nel dominio del diritto di mero ordine sociale il Tribunale ha ammesso la costituzionalità di sanzioni pecuniarie (*coimas*) fisse. Confrontando con i principi costituzionali in causa, una contravvenzione punita, solamente, con la *multa*, si può notare come questa non vada a differenziarsi da una *contra-ordenação* punita con una *coima*, perché queste sanzioni hanno lo stesso effetto sulla sfera giuridica del rispettivo destinatario: ossia unicamente un sacrificio di carattere patrimoniale; nell'ambito di questo dominio, dove la punizione non è basata su di una censura etica e nella quale prevale la funzione ammonitoria, sarebbe costituzionalmente sopportabile che la sanzione sia legalmente fissata, riducendo l'intervento mediatore del giudice nell'individuazione della sanzione, in omaggio a esigenze di prevenzione generale e di efficacia di dissuasione<sup>338</sup>. È certo che, anche se non rigorosamente fissa, la sanzione prevista colloca l'agente nella stessa posizione di quelli che utilizzino, senza titolo valido, il mezzo di trasporto durante lo stesso percorso, con insensibilità per la situazione economica dell'agente, o anche addirittura tutti quelli per i quali il valore del 50% del prezzo del rispettivo biglietto sia inferiore cento volte il minimo coperto nel trasporto utilizzato; tuttavia vi sono ragioni che possono sostenere, sul piano costituzionale, tale opzione legislativa di uguaglianza sanzionatoria. Infatti, se in questi casi, il fine che la sanzione persegue è quello di disincentivare l'utilizzo dei trasporti senza il pagamento della controprestazione dovuta e, in questo modo, cercare di garantire, nella maggiore misura possibile, l'ammortizzazione dei costi di investimento e di prestazione di servizio<sup>339</sup>. Ora, questi servizi di trasporto sono servizi di interesse generale, in quanto intervengono a soddisfare esigenze basiche dei cittadini; sono prestati in un regime di concessione di servizio pubblico e sono soggetti a principi specifici, come quello dell'universalità, o quello di accesso del maggior numero possibile di persone<sup>340</sup>. Dall'altro lato, si deve notare come la prestazione di questo tipo di servizi corrisponde ad uno dei modi dello Stato di realizzare il compito fondamentale sancito all'articolo 9, lettera *d*) della Costituzione (ossia "il promovimento del bene-stare e della qualità della vita del popolo e la uguaglianza sostanziale tra i portoghesi, come la concretizzazione dei diritti, economici, sociali culturali e ambientali"). Per questa ragione, i prezzi relativi alla prestazione dei servizi di trasporto sono, "prezzi normativi" e non prezzi stabiliti per accordo fra le parti o secondo meccanismi del libero funzionamento del mercato. In questo quadro pubblicistico, è chiaro come appunto il Legislatore non possa smettere di adottare strumenti che garantiscano, efficacemente, il pagamento dei prezzi dovuti<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17453.

<sup>338</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17454.

<sup>339</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17454.

<sup>340</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17454.

<sup>341</sup> *Acórdão* n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17454.

A reprimersi, è un comportamento che trae vantaggio dalla massificazione della prestazione del servizio e rispetto alla quale, la eventuale diversità di motivazioni individuali è poco significativa nel senso che dinanzi all'ordine di comportamento sociale che si vuole assicurare, le conseguenze di tale comportamento sono indifferenti per il regolare funzionamento del sistema dei trasporti collettivi dei passeggeri<sup>342</sup>. Dall'altro lato, la *multa* non graduata e differenziata, è determinata in base ad un metodo di calcolo che riflette la gravità concreta dell'infrazione e che, in qualunque caso, privilegiando chiaramente la finalità dissuasiva, non sembrerebbe fondarsi su montanti ragionevolmente sopportabili per la maggioranza delle persone. L'evoluzione legislativa mostra, inoltre, che, qualora si optò per un sistema di sanzioni pecuniarie suscettibili di graduazione, il Legislatore aveva fissato il limite minimo della *coima* ad un livello che grosso modo corrisponde alla multa di montante fisso comminata anteriormente<sup>343</sup>.

L'Acórdão n° 344 del 6 giugno 2007<sup>344</sup>, emetterà una dichiarazione, appunto, di non incostituzionalità, in forza di una decisione strettamente legata alla "natura", al "tipo" di sanzione che si rivela necessario comminare in quanto più adeguata e idonea al peculiare tipo di infrazione che veniva in quel caso ad essere oggetto delle valutazioni del Tribunale, sempre sulla scorta dell'orientamento dominante nella giurisprudenza costituzionale, e da noi più volte citato, replicando le argomentazioni dell'Acórdão n° 117/2007.

#### **10. Conclusioni. L'esperienza giuridica portoghese del *direito de mera ordenação social* come modello di riferimento. La necessità di una riforma "complessiva" del sistema penale italiano. La costruzione di un illecito penale "minore" e la possibilità di due o più circuiti differenziati di diritto penale.**

L'esperienza giuridica portoghese come abbiamo visto, è stata il frutto di un percorso dottrinario, legislativo e normativo molto lungo. L'eliminazione della figura contravvenzionale è avvenuta in modo progressivo, realizzandosi solo in tempi recenti, facendo scaturire non poche problematiche a livello giurisprudenziale lungo tutto il periodo che si rivelò necessario per la sua concreta realizzazione. Un cammino che, trovando radici nel peculiare contesto portoghese, seppure con le evidenti influenze delle esperienze di altri ordinamenti giuridici europei, può costituire un'importante modello di riferimento qualora si tratti di elaborare una riforma del sistema penale italiano in materia. Oggi le contravvenzioni si possono ritenere completamente eliminate dal contesto giuridico portoghese, e la tendenza è nella direzione di un consolidamento della situazione esistente. Possiamo chiederci se l'ordinamento giuridico italiano sia pronto o meno per una riforma di tale portata.

---

<sup>342</sup> Acórdão n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17454.

<sup>343</sup> Acórdão n° 117/07 del 16 febbraio, (nota 324), 17454.

<sup>344</sup> Acórdão n° 344/07 (nota 179), 409-414.



Riteniamo di poter condividere l'opinione di coloro che ritengono che, ad una più attenta analisi, non sia possibile, né tanto meno si riveli necessario che tutte le contravvenzioni debbano andare a confluire direttamente nell'area amministrativa o in un'eventuale ed ulteriore ambito del diritto dal carattere punitivo "para-penalistico". Infatti, quelle tra esse che esprimono un'offesa qualificata dal tipo di pericolo oppure dal numero degli interessi coinvolti potranno restare nell'ambito penale, allorquando il ricorso ad una sanzione amministrativa appaia insufficiente. E nemmeno tutte le cosiddette "contravvenzioni amministrative" dovrebbero necessariamente essere espunte dal diritto penale. A dover essere presa in considerazione sarà la gravità dell'offesa, nel senso che è ben vero che con queste contravvenzioni si tutelano le modalità di risoluzione di un conflitto di interessi la cui "gestione" è affidata alla Pubblica Amministrazione; ma è chiaro come tale gravità dipenda dall'importanza del bene o dei beni che l'intervento della p.a. ambiva tutelare. È l'oggetto del conflitto rimesso alle valutazioni della p.a. che incide sulla gravità dell'offesa, e, da questo punto di vista, nulla esclude, ancora una volta, che si prospetti l'assoluta necessità di ricorrere alla sanzione criminale.

Si può perciò sostenere che, fino al momento in cui si permetteranno illeciti di questo tipo nell'ambito del diritto penale, ossia dotati di questa "funzione", permarrà l'esigenza di un regime giuridico differenziato su cui si fonda, funzionalmente, il senso della loro contrapposizione ai delitti<sup>345</sup>. Quindi, anche alla luce dell'analisi fatta dell'esperienza giuridica portoghese e del lungo percorso dottrinale e legislativo che ha portato tale ordinamento ad assumere i caratteri che attualmente presenta, sarebbe possibile pensare a opzioni differenti rispetto ad una completa eliminazione delle contravvenzioni. Ad esempio, si potrebbe pensare ad un modello incentrato sì, su una drastica riduzione del numero delle contravvenzioni, pur mantenendo appunto questo sistema a doppia velocità, ma che presenti una figura di delitto, che dovrebbe continuare a rimanere il "reato" per eccellenza, particolarmente ben tratteggiata, nella sua struttura e, in modo particolare, per quanto riguarda la sua cosiddetta "tipicità soggettiva"<sup>346</sup>. Considerato perciò il ruolo delle contravvenzioni nel nostro ordinamento, e preso atto di come la maggior parte di queste non si presenti come meri "mini-delitti" (qualificati perciò rispetto ai delitti esclusivamente in base ad un criterio meramente "quantitativo") e di come, dall'altro lato, vi siano delitti che, ad esempio sul piano dell'offensività e dell'imputazione soggettiva, si presentino come figure "di confine" con l'illecito contravvenzionale (ossia del tutto assimilabili a questo), una eventuale proposta di riforma non potrebbe limitarsi, volendo essere realisticamente corrispondente alla realtà dell'ordinamento giuridico italiano, a prospettare la mera espunzione delle contravvenzioni con un tratto di penna.

---

<sup>345</sup> T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione* (a cura di MARINUCCI - DOLCINI), Giuffrè Editore, Milano, 1985, 464.

<sup>346</sup> M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Giuffrè Editore, Milano, 1993.

Elemento distintivo dell'ordinamento giuridico portoghese è appunto il *direito de mera ordenação social* inteso come *corpus* normativo autonomo rispetto al diritto penale vero e proprio (e allo stesso diritto amministrativo). Si può perciò prospettare, in via analoga, la realizzazione nel nostro ordinamento di diversi circuiti di diritto penale o "para-penale" accanto ad un diritto criminale contraddistinto da una figura di "delitto" fortemente caratterizzata dal punto di vista della tipicità soggettiva e dell'offensività e incentrato sul codice il quale dovrà tornare ad essere il centro imprescindibile attorno al quale potranno gravitare differenti sistemi di diritto, si potrebbe dire, "a diverse velocità"<sup>347</sup>. Si può delineare perciò, come risposta alle esigenze sino a qui esposte, la proposta di una "razionalizzazione dell'illecito minore nel segno di una maggiore realizzazione della sussidiarietà sul piano della struttura dell'illecito (...) il che implica una diversa costruzione della tipicità e dell'offensività dei fatti di reato"<sup>348</sup>.

Utilizzando l'esperienza giuridica portoghese come modello di riferimento, e adattandola alle peculiari esigenze del contesto italiano, si potrebbe elaborare un progetto di riforma del sistema penale italiano di carattere "complessivo"<sup>349</sup> ossia estesa anche e soprattutto alla legislazione di carattere complementare e volta alla ricerca di due o più circuiti differenziati di diritto penale, distinti sulla base di paradigmi qualitativi e/o quantitativi, di sistemi punitivi a diverse velocità, con diverse tipi di regole di imputazione, di strategie sanzionatorie e di diversi livelli di garanzie<sup>350</sup>.

A potersi costruire sarebbe una forma di delitto anticipato o "a struttura preventiva" dalla natura numerica scarsa ma selezionata<sup>351</sup>, e questo a fronte della estrema vitalità della figura contravvenzionale nell'ambito della realtà italiana, dove appunto esse non sono solo un tipo a sé di inosservanze, ma anche veri e propri illeciti penali "minori". Come inosservanze, potrebbero essere anche illeciti amministrativi ma così qualificate per ragioni "pragmatiche"; quando si tratta davvero di illeciti penali minori, l'illecito è arricchito di altri profili di offensività o di colpevolezza assegnando al "fatto tipico" una maggiore pregnanza, tali che potrebbero diventare "delitti"<sup>352</sup>.

Quindi, realisticamente, è possibile prospettare non una eliminazione totale e automatica (almeno in prima battuta) delle contravvenzioni, ma la realizzazione di più circuiti di diritto penale o "para-penale", ciascuno caratterizzato da autonomia sanzionatoria al fine di evitare le eventuali problematiche (così come abbiamo visto accadere in ambito portoghese) in tema ad esempio di competenza legislativa, che potrebbero scaturire in caso di incertezza normativa.

---

<sup>347</sup> G. FIANDACA (nota 13), 19.

<sup>348</sup> M. DONINI, *Modelli di illecito* (nota 7), 257.

<sup>349</sup> G. FIANDACA (nota 13), 15.

<sup>350</sup> G. FIANDACA (nota 13), 19.

<sup>351</sup> M. DONINI (nota 7), 257.

<sup>352</sup> M. DONINI, *Modelli ed esperienze* (nota 7), 49.