

CONVEGNI

ANTONINO SESSA

Mercimonio delle funzioni pubbliche e controllo integrato: il diritto penale multilivello alla prova delle opzioni di valore del diritto interno*

SOMMARIO: 1. Le leggi n. 190 del 2012 e n. 69 del 2015: il diritto penale “multilivello” ed il contrasto all’infedeltà nella pubblica amministrazione. – 2. Il controllo integrato come metodo nelle strategie di prevenzione della corruzione: a) un passo avanti. – 2.1.b) e due indietro: il diritto penale del processo. – 3. Il nuovo assetto della disciplina penale italiana di contrasto al mercimonio di funzioni pubbliche: a) i vincoli di ‘selezione primaria’ per una razionale ricognizione di confini tra tutela penale ed extrapenale. – 3.1.b) e i vincoli di ‘selezione secondaria’ nella ristrutturazione delle nuove ipotesi delittuose di concussione e induzione indebita.

1. Sotto le costanti spinte provenienti dalla comunità internazionale¹, il riassetto sistematico della disciplina di contrasto all’allarmante fenomeno del mercimonio delle funzioni pubbliche ha trovato in Italia nelle L. 6 novembre 2012, n. 190 e più di recente, nella L. 27 maggio 2015, n. 69² la sua più immediata e necessaria concretizzazione che, investita da vivaci riserve³, ha posto

*Testo rielaborato della comunicazione tenuta in occasione del Congresso Internazionale su “*Transparencia Institucional, Participación ciudadana, actividad política y lucha contra la corrupción*” - Università di Las Palmas de Gran Canaria.

¹ Che individua i suoi punti normativi di riferimento nelle Convenzioni di Merida (2003) e di Strasburgo (1999), unitamente alle rigorose raccomandazioni avanzate dal GRECO (il *Group of States against Corruption* del Consiglio d’Europa), per maggiori ed esaustivi approfondimenti cfr. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto “integrato”*, Torino 2012, 70 ss.; MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli 2012, 23 ss., 489 ss. e 556 ss.

² Per una attenta ricognizione tra innovazioni necessarie e strategiche alla riforma “di sistema del 2012” cfr. da ultimo MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

³ Cfr. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a Sez. un., 24 ottobre 2013- 14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e a;* e alla L. N. 190 del 2012, in *Cass. pen.* 2014, 1487 ss.; GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discretivo e i profili successivi*, in www.penalecontemporaneo.it; FIDELBO, CANTONE, *Relazione n. 19 del 2013*, in www.cortedicassazione.it; GRASSO, *La riforma della corruzione*, in www.piattaformaperlagiustizia.it, passim; MANNA, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell’ambito di uno sguardo generale sulla recente riforma dei reati di concussione e corruzione*, in questa *Rivista online*; SPENA, *Per una critica dell’art. 319-quater c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?*, in www.penalecontemporaneo.it; ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell’ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it; ANDREAZZA, PISTORELLI, *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”*, in www.penalecontemporaneo.it; BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in

sin da subito un evidente problema: quello, cioè, di un quanto mai necessario recupero della 'legalità reticolare' ai valori di una cultura giuridico-penale da riferire ad una disciplina, come quella qui oggetto di studio, sicuramente da tenere al riparo da allarmanti abbassamenti delle garanzie individuali che, attraverso la diluizione delle categorie dommatiche⁴, eventualmente ne avrebbero investito una coerente proiezione nel diritto nazionale⁵. L'idea di sottrarre le strategie di controllo di fenomeni complessi ad una ormai fisiologica politica penale dell'emergenza⁶, infatti, ha finito prepotentemente per imporsi co-

www.penalecontemporaneo.it; DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, *ivi*; GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, *ivi*; ID., *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, *ivi*; PADOVANI, *Nel disegno di legge su corruzione e illegalità solo un inutile aumento delle pene detentive*, in *Guida dir.*, 2010, n. 45, 5; ID., *La messa a "libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 2012, n. 48, IX; PADOVANI, AMATO, BRICCHETTI, *Norme anticorruzione/2 - Le novità*, in *Guida dir.*, 2012, n. 48, II; PALAZZO, *Corruzione: per una disciplina "integrata" ed efficace*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, X, 1177; ID., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.* 2012, *passim*; PLANTAMURA, *La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, I-II, 188; PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, XI, suppl. vol. LII, 3.

⁴ Con il tramonto dell'utopia codicistica e della conseguente espansione della categoria '*matière pénale*' si impone un diritto penale a due velocità in cui la dialettica tra dommatica e politica criminale si inserisce in un sistema multilivello di per se privo di una capacità ordinante statica, proprio perché dinamicamente condizionata dalla crescente giurisprudenzializzazione del diritto pronta alla ricerca di una *regola iuris* non preesistente al fatto, ma frutto di una ermeneutica che *ex post* la adatta più facilmente ai principi. Ne consegue, così, una crisi della legalità come chiaro segno della decadenza dei tempi che solo con il recupero del sistema delle garanzie incentrato nella certezza del diritto è in grado, superando l'alternativa tra verità e metodo, di recuperare le ragioni della stessa legalità a quelle della equità in modo da assicurare la espansione ermeneutica, sul piano orizzontale, al limite della 'qualitativa' riconoscibilità del precetto proprio sul piano applicativo; sul tema cfr. per tutti da ultimo PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, 1099 ss.; ed anche PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli 2006, 54 e 72 ss.; DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. IV, Napoli 2011, 2197 e spec. 2271 ss.

⁵ Per tutti, ed in una consapevole divaricazione tra 'obblighi positivi' e obblighi di tutela penale cfr. MOCCIA, *Funzioni della pena e implicazioni sistematiche*, relazione tenuta al convegno organizzato dall'Associazione "S. Sandano" su "*I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*", Roma 2012, *passim* e spec. 13 ss. del dattiloscritto; MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, 1364 ss.; BARATTA, *Il Corpus iuris e la cultura giuridico-penale europea*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di Moccia, Napoli 2004, 25 ss.; si tratta di recuperare, per normazioni stratificate, un misurato rapporto non critico tra principio di sussidiarietà comunitaria e nazionale cfr. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano 2007, 44 s.; DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova 2003, 115 ss. e 124 ss.

⁶ È la naturale evoluzione della limpida intuizione di MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997, *passim*.

me sicuro rimedio alla esaltazione di funzioni meramente simboliche di una penalità⁷ che, esaltata come strumento effettivo di affidabile stabilizzazione economica e politica di un Paese, è destinata, lontana dalla sua reale funzione di tutela di beni giuridici, ad alimentare una serie di ‘stranezze’⁸ nell’ambito di tecniche di tutela non sussidiarie⁹ e frutto di contingenti scelte di compromesso discutibilmente criminogene¹⁰.

In un tale contesto sistematico, dunque, accanto ad una più articolata e completa revisione di cc.dd. norme penali-spia (si pensi alla opportuna presa d’atto della necessità di rimediare alla irragionevole depenalizzazione di fatto per il falso in bilancio¹¹, alla intervenuta modifica dell’art. 416-ter c.p.¹² nonché

⁷ Sul punto, ed in particolare, sul rapporto tra principi dichiarati e principi reali di funzionamento della penalità come correttivo alla malattia congenita del diritto penale moderno cfr. BARATTA, *Prefazione* a Moccia, *La perenne emergenza*, cit., XIII ss.

⁸ Identificabili, originariamente, ora nel contesto socio-politico di riferimento, ora nella esaltazione della dimensione preventiva del controllo vanificata da deficit di adozione di norme penali-spia, ora nella disarticolazione di istituti classici del diritto penale, così PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2012, 227 ss.

⁹ Le uniche, invece, capaci di promuovere un reale risanamento e una effettiva crescita economica, rassicurando gli investimenti stranieri per un prodotto interno lordo beneficiato da condizioni di mercato legittimate da una democrazia matura, e questo proprio perché gli effetti della normativa più recente in materia di corruzione non si esauriscano in una mera funzione propagandistica collegata alla inversione dell’immagine che all’estero si ha del nostro paese, sul punto cfr. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 433 ss.; anche ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli 2011, passim; CAVALIERE, *Effettività e criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di Moccia, Napoli 1999, 291 ss.; HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin New York 2001, passim.

¹⁰ Sono queste le dirette conseguenze di una sublimazione tecnicistica che, esaltando la formalizzazione di un illecito penale a forte connotazione eticizzante, porta alla ineffettività dello stesso controllo penale in cui il pericolo di un “simbolismo simbolico” resta sempre in agguato, tanto da porsi alla base delle istanze più immediate di revisione del testo normativo varato nel 2012, così GRASSO, *La riforma della corruzione*, ult. cit., *ivi*.

¹¹ Sul punto si rinvia esaurientemente al commento sulla recente rivisitazione della disciplina delle fattispecie incriminatrici in materia di false comunicazioni sociali ad opera della stessa legge n. 69 del 2015 così come lucidamente proposto da SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 813 ss.; per le argomentazioni da porre a fondamento del superamento della norma introdotta nel 2002 cfr. inoltre GRASSO, *Per una riforma partecipata del sistema giudiziario italiano. Falso in bilancio*, in www.piattagormaiustizia.it, facendo tesoro delle osservazioni ancora largamente condivisibili di INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano 2003, *passim*.

¹² La norma andrebbe riformulata con l’aggiunta della voce “altra utilità” tra le ragioni dello scambio, con l’effetto di allargare l’applicazione della legge stessa, dal momento che la dazione di denaro, infatti, non è l’unica controprestazione che il politico mette in campo nello scambio corruttivo che unisce il mondo della politica a quello della criminalità organizzata, così GRASSO, *Per una riforma partecipata del sistema giudiziario italiano. Voto di scambio*, in www.piattagormaiustizia.it; GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012 n. 190, e le politiche ancora necessarie*, in www.penalecontemporaneo.it; sembra che tali osservazioni siano state fatte proprie dall’intervento sull’art. 416-ter c.p. come avvenuto a seguito della legge n. 62 del 2014, per maggiori

al pur discutibile recupero della punibilità dell'autoriciclaggio con il nuovo art. 648-ter c.p.¹³), la più recente normativa anticorruzione in Italia è stata chiamata a fornire un contributo, non solo quantitativo, ma soprattutto qualitativo¹⁴, alla effettiva riduzione delle reali pratiche di mercimonio delle funzioni pubbliche che, raggiungendo un costo economico percepito ormai pari a 60 miliardi di euro¹⁵, rappresenta la condizione necessaria per il recupero di accettabili basi di democraticità ordinamentale. ...

TESTO INTEGRALE RISERVATO AI SOLI ABBONATI

approfondimenti cfr. AMARELLI, *Una più chiara graduazione del disvalore della condotta di contiguità mafiosa?*, in *Riv. trim. - dir. pen. cont.*, 2/2014, 4 ss.

¹³ Cfr. più ampiamente CASTALDO, NADDEO, *Il denaro sporco*, Padova 2010, passim e spec. 87 ss.; GAROFOLI *Il contrasto alla corruzione* cit., 11; sul punto cfr. da ultimo le proposte di GRASSO, *Per una riforma partecipata del sistema giudiziario italiano. Riciclaggio e autoriciclaggio*, in www.piattagormaiustizia.it, che pure si riflettono nella introduzione del nuovo art. 648-ter, co. 1, c.p. ad opera della recentissima legge n. 186 del 2014, cfr. anche per spunti critici sugli effetti perversi della riforma, per tutti SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴ Con la presa d'atto della metamorfosi del patto corruttivo che, abbandonando il suo tipico schema duale, ed estendendosi a soggetti terzi con funzione di mediazione, finisce per porre un problema di corretto adeguamento della risposta penalistica rispetto ad una chiara esigenza di politica criminale sollecitata dalla comunità internazionale, così come acutamente osserva GAROFOLI, *Per una riforma partecipata del sistema giudiziario italiano. Riciclaggio e autoriciclaggio*, cit.

¹⁵ Pur in presenza di una alta percezione sociale di un fenomeno, come quello qui in esame, una tale ricostruzione si accompagna alla presa d'atto di quella dinamica discendente che investe il rapporto tra reati denunciati di concussione/corruzione e i soggetti condannati per i medesimi fatti, cfr. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, cit.; più in generale sul tema, per gli opportuni approfondimenti critici cfr. VOLK, *L'analisi economica del diritto penale*, Napoli 2010, 1 ss. del dattiloscritto; PESCE, *Alle radici di un difficile binomio: analisi economica e diritto penale*, in *Ind. pen.* 2011, 29 ss.