

Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi

Sommario

1. TRAFFICO D'INFLUENZE ILLECITE E MILLANTATO CREDITO: CRITERI DISTINTIVI ED INCERTEZZE APPLICATIVE. – 2. UNO SGUARDO ALLA NORMATIVA EUROPEA: LA SOLUZIONE FRANCESE E QUELLA SPAGNOLA. – 3. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: IL PROBLEMA DELLA REGOLAMENTAZIONE DEL LOBBYING.

1 TRAFFICO D'INFLUENZE ILLECITE E MILLANTATO CREDITO: CRITERI DISTINTIVI ED INCERTEZZE APPLICATIVE

1.1

La necessità d'adeguamento della normativa italiana agli obblighi assunti sul piano internazionale in materia di corruzione¹, ha portato all'introduzione, ad opera della legge 190/2012, dell'art. 346 *bis* c.p., che introduce per la prima volta nel nostro ordinamento la fattispecie di traffico di illecite influenze, sanzionando con la reclusione da uno a tre anni il fatto di chi «fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli art. 319 e 319 ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, danaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio», stabilendo, al contempo, lo stesso trattamento giuridico anche per chi «indebitamente dà o promette» il suddetto vantaggio.

Del resto, l'opportunità di un intervento normativo in materia non poteva essere ulteriormente elusa, anche a prescindere dalle sollecitazioni internazionali, imponendosi da tempo l'esigenza di arginare quella prassi giurisprudenziale eccessivamente spregiudicata nell'estendere l'ambito di applicazione del millantato credito ben al di là dei limiti imposti dalla lettera della legge.

Come è noto, le difficoltà nell'individuazione degli esatti confini della condotta incriminata nell'art. 346 c.p. si legavano proprio alla nozione stessa di "millanteria" che, nel suo oscillare tra i concetti di falsità, esagerazione e veridicità², lasciava permanere forti note di ambiguità rispetto allo spazio che dovesse avere, nella fattispecie in esame,

1. La Convenzione c.d. di Merida (Convenzione delle Nazioni unite contro la corruzione del 2003, ratificata ai sensi della l. 3 agosto 2009 n. 116) all'art. 18 lett. a) impone agli Stati di incriminare "il fatto di promettere, offrire o concedere ad un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto per ogni altra persona" e alla lettera b) impone l'incriminazione "per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, che abbia sollecitato o accettato, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte". Negli stessi termini si esprime anche la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999 – ratificata dall'Italia con la legge n. 110 del 28 giugno 2012 – che, all'art. 12, impone di incriminare "il fatto di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza sulla decisione di una persona di cui agli articolo 2, 4-6 e 9-11 (titolari di pubbliche funzioni), così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato".

2. In questi termini, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, 113.

l'elemento dell'inganno: questione d'importanza nevralgica anche al fine di precisare l'esatto ruolo del c.d. "compratore di fumo" nella struttura del fatto incriminato.

Se, infatti, da un punto di vista strettamente letterale non sembrava potersi dubitare che il termine millantare – che significa "vantare esageratamente, anche proprietà o qualità che non si possiedono" – esprimesse necessariamente l'idea dell'inganno e dell'imbroglio³, con la conseguenza di proiettare l'interlocutore nel ruolo di vittima del reato, non sono mancate concezioni notevolmente più late del millantato credito che hanno considerato del tutto ininfluenti – ai fini dell'integrazione della fattispecie – la circostanza che la vanteria fosse o meno infondata, ritenendo configurabile il reato anche qualora le relazioni millantate esistessero effettivamente e fosse provata la loro efficacia presso il pubblico ufficiale⁴.

Chiaro è che una millanteria così intesa portava necessariamente ad espungere gli interessi del privato dal novero di quelli tutelati⁵, con l'ovvia conseguenza – sul piano politico criminale – di rendere difficilmente giustificabile la sua non punibilità⁶.

La progressiva svalutazione della componente di mendacio della millanteria si è registrata anche nell'orientamento giurisprudenziale, prevalentemente orientato a ravvisare la sussistenza della fattispecie anche là dove l'agente vantasse un credito realmente esistente presso il pubblico ufficiale⁷. Del resto, pur quelle pronunce che continuavano a teorizzare la necessità di un elemento quantomeno di amplificazione delle reali capacità mediatorie del millantatore, finivano nella pratica con eluderne l'indagine⁸: il che, se da un lato, discendeva dalle innegabili difficoltà di accertamento legate al «carattere immateriale e inafferrabile dell'entità che forma oggetto di millantato»⁹, dall'altro rischiava di creare una

3. Secondo infatti l'interpretazione tradizionale della norma, la millanteria, falsa o esagerata che sia, agirebbe come fattore condizionante del consenso del "compratore di fumo", rappresentando il mezzo attraverso il quale il colpevole lo indurrebbe al compimento (o alla promessa) dell'atto di disposizione: cfr. CARRARA, per il quale «il criterio essenziale di questo reato è la falsità del favore», in *Programma del corso di diritto criminale*, pt. spec., V, Pisa, 1905, par. 2591. Una simile lettura della fattispecie porta quindi ad affiancare alla tutela dell'interesse della pubblica amministrazione, sia pure in via secondaria, anche la protezione della sfera giuridica del soggetto ingannato (in tal senso, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte speciale, II, Milano, 2008, 436); da qui l'esigenza – etica prima che giuridica – di mandarlo esente da sanzione penale, poiché in caso contrario «si verrebbe ad aggiungere al danno le beffe»: così, anche se in chiave critica, TAGLIARINI, voce *Millantato*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 315.

4. Sul punto, per tutti, PEDRAZZI, *Millantato credito*, trafico d'influenza, influence peddling, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 923 ss.; TAGLIARINI, op. cit., 310; SEMERARO, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Milano, 2000, 58 ss.

5. Sembra invece assolutamente d'accogliere quell'impostazione che ricostruisce il millantato come credito come un reato a oggettività giuridica composita, includendo l'interesse dello stesso soggetto privato – sia pure in via subalterna e riflessa rispetto a quelli della p.a. – nello spettro di quelli tutelati dalla norma: in questi termini, PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, I, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, 2008 *Principi*, cit., 468; sul punto, in giurisprudenza, Cass. sez. VI, n. 2740/1997, in *CED Cass.* rv. n. 207533; lo considerano invece semplice soggetto danneggiato, Cass. sez. VI, n. 5569/1998, in *CED Cass.*, rv. n. 210524; Cass. sez. VI, ord. n. 10662/2003, in *CED Cass.*, rv. n. 223812.

6. Né, del resto, appaiono convincenti quegli orientamenti che individuano la *ratio* che presiede all'impunità del compratore nell'esigenza di rendere più agevole la scoperta dei casi di millantato credito, incentivandone una denuncia da parte di quest'ultimo: in questi termini, CARRARA, *Programma*, cit., 172; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, 259; e, più recentemente, RAMPIONI, *Millantato credito*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 689. Sembrerebbe infatti difficilmente spiegabile, da un punto di vista sistematico, la scelta di ritagliare *a priori* uno spazio premiale nei confronti di chi partecipi ad una pattuizione illecita a prescindere da un positivo contegno di ravvedimento, idoneo a neutralizzare le conseguenze dannose dell'attività svolta: sul punto, v. ZANOTTI, *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Milano, 1985, 63; SEMERARO, *I delitti di millantato credito*, Milano, 2000, 125, per il quale le ragioni che presiedono all'impunità vanno individuate nell'esigenza di rispettare la direttrice seguita, sotto il profilo della meritevolezza della tutela penale, nel settore dei delitti contro la pubblica amministrazione, con particolare riferimento alla posizione del privato nell'ipotesi di corruzione attiva impropria susseguente.

7. Nel senso che la millanteria non sempre sia fraudolenta potendo corrispondere ad un effettivo ascendente del millantatore sul pubblico ufficiale, v. Cass. sez. VI, n. 9044/1975, in *CED* rv. n. 130863; nello stesso senso, anche Cass. sez. VI, n. 6511/1983, in *CED* rv. n. 159912; Cass. sez. III, n. 880/1966, in *CED* Cass., rv. n. 102294.

8. Si veda, ad esempio, Cass. sez. VI, n. 5071/1991, in *CED* rv. n. 187561, per la quale «nel delitto di millantato credito la condotta offensiva ha ad oggetto la vanteria dell'agente di essere nelle condizioni di poter frustrare per personale tornaconto i principi che presiedono all'azione amministrativa a garanzia della collettività amministrata. Non vengono in discussione né rilevano i rapporti reali o presunti tra l'agente ed il pubblico ufficiale, poiché l'ostentazione di tali rapporti per tornaconto personale definisce la portata offensiva del delitto in esame, essendo essa stessa idonea ad esporre a pericolo l'interesse tutelato. D'altra parte, non può non ritenersi amplificata ovvero esagerata la facoltà di intrattenere rapporti, con il pubblico ufficiale tutte le volte in cui essa venga riferita alla possibilità di determinare l'azione pubblica per il tornaconto personale»: in altri termini, l'amplificazione si considera sussistente *in re ipsa* là dove il soggetto millanti la possibilità, con la sua attività mediatoria, di influire sull'attività della p.a.

9. In questi termini, PEDRAZZI, *Millantato credito*, cit., 929, osserva come il credito che viene spacciato dal "venditore di fumo" è un *quid* che difficilmente può essere misurato nella sua consistenza effettiva, specie quando non si risolve in un'invenzione sfrontata, dal momento che ciò che si può provare sono le relazioni e le aderenze che costituiscono il fondamento del credito, non la sua reale efficacia sul comportamento del pubblico ufficiale.

vistosa frattura rispetto a quanto espressamente stabilito nella previsione normativa¹⁰⁻¹¹.

L'esigenza di colmare un simile vuoto normativo è alla base, quindi, dell'introduzione del nuovo art. 346 *bis* c.p., chiaro nell'incentrare il nucleo della condotta incriminata sullo «sfruttamento di relazioni *esistenti* con il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio», il quale si pone dunque in rapporto di alternatività con la fattispecie di millantato credito, in cui le relazioni devono essere falsamente rappresentate¹². Da ciò discende una evidente differenziazione degli oggetti di tutela contemplati dalle due disposizioni; se, infatti, la nuova fattispecie si pone senz'altro come avamposto di futuri accordi illeciti¹³, in un'ottica di tutela anticipata dei medesimi beni giuridici – prevenendo anche la punibilità di chi dà o promette il compenso indebito al mediatore – il millantato credito sembra poter recuperare la sua connotazione originaria di fattispecie posta a tutela del prestigio della pubblica amministrazione, nonché degli interessi del privato vittima dell'inganno.

Va detto però che, se da un punto di vista generale, non sembra esservi alcun ostacolo ad ammettere una tutela penale del “compratore di fumo” – considerando che il nostro ordinamento, per esempio in tema di truffa, conferisce tutela anche a rapporti illeciti o immorali¹⁴ – è pur vero che le indicazioni desumibili dagli obblighi internazionali non distinguono affatto le posizioni degli aderenti al *pactum*, a seconda del carattere mendace o reale della possibilità d'influenza sul pubblico ufficiale. Il che, con ogni probabilità, potrebbe imporre al legislatore un intervento di coordinamento rispetto al contenuto dell'art. 346 c.p.; intervento auspicabile specie con riferimento all'entità della risposta sanzionatoria, senz'altro irragionevole se confrontata con quella prevista dal nuovo art. 346 *bis* c.p.¹⁵.

A ciò va aggiunto che la natura della relazione tra il mediatore e il pubblico agente non sembra di per sé criterio sempre idoneo a differenziare in maniera netta il ruolo che assume, nella struttura del fatto incriminato, il contraente che acquista la mediazione. Se è vero, infatti, che nell'ipotesi del millantato credito la sua non punibilità fonda le radici nell'inganno realizzato a suo danno dal mediatore, ben potrebbe verificarsi che, pur in presenza di relazioni esistenti con il pubblico agente, il mediatore tradisca l'impegno preso e, una volta incassato il corrispettivo, non svolga affatto il suo compito: anche in questo caso, quindi, il “compratore” della mediazione sarebbe vittima di un inganno e nonostante ciò sottoposto a pena.

Ulteriori perplessità riguardano il requisito dell'“esistenza delle relazioni”, tutte le volte in cui l'influenza che il mediatore suppone di avere presso il pubblico agente sia, in realtà, meramente immaginaria: in tali ipotesi si potrebbe arrivare alla conseguenza assurda di dover lasciare impunito il mediatore, stante l'impossibilità di applicare sia

10. In questi termini, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 115; PAGLIARO - PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, cit., 468; *contra*, ritengono invece che non debba esservi una necessaria correlazione tra i concetti di millanteria e quelli di mendacio o inganno: TAGLIARINI, *Millantato*, cit., 318; RAMPIONI, *Millantato*, cit., 686, nonché, più recentemente, SEMERARO, *I delitti di millantato credito*, cit., 58 ss.

11. Si consideri, inoltre, che il secondo comma della medesima disposizione nell'agganciare la condotta del soggetto attivo al pretesto di comprare il favore del pubblico ufficiale, presuppone necessariamente un pregnante elemento di frode: è pur vero che si tratta di fattispecie autonome e strutturalmente diverse; da un punto di vista sistematico, è però allo stesso tempo innegabile che la collocazione delle due figure nel medesimo articolo di legge indirizza indubbiamente l'interprete a ricercare una loro affinità sostanziale.

12. In questi termini, DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *questa Rivista*, 2012, n. 1, 239.

13. Così come chiaramente evidenziato dalla clausola di riserva “fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli artt. 319 e 319 *ter* c.p.”, che esclude l'applicabilità della fattispecie – al fine di evitare duplicazioni sanzionatorie – nei casi in cui la mediazione abbia prodotto gli effetti sperati.

14. Così TAGLIARINI, *op. cit.*, 311, secondo il quale, inoltre, spesso il cittadino ricorre all'intervento del mediatore non per ottenere un atto ingiusto dalla pubblica amministrazione, ma un atto magari lecito e anche dovuto, e non ottenuto a causa della lentezza della burocrazia: in questi casi il giudizio di disvalore giuridico o morale si presenta senz'altro con caratteri più sfumati.

15. Sul punto, v. DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma*, cit., 241, che sottolineano come la nuova norma sul traffico di influenze illecite, pur essendo destinata ad abbracciare fatti che creano un reale pericolo di distorsione della pubblica funzione risulta punita assai meno gravemente rispetto al millantato credito, in cui un tale pericolo non sussisterebbe. Sarebbe stato, pertanto, preferibile – a parere degli Autori – «rinunziare alla distinzione tra le due figure, introducendo un unico delitto di traffico di influenze illecite dotato di un quadro edittale sufficientemente dissuasivo, ancorché più mite di quello previsto per le fattispecie di corruzione». *Contra*, manifesta perplessità riguardo all'abrogazione del millantato credito e all'unificazione in un'unica fattispecie, stante la differenza di offensività delle due ipotesi criminose, BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *questa Rivista*, 2012, n. 3-4, p. 8.

l'art. 346 *bis* c.p., a causa di un errore su un elemento essenziale del fatto, sia l'art. 346 c.p. che presuppone, come si è visto, la consapevolezza da parte del soggetto agente circa la falsità delle relazioni millantate. Per evitare simili incongruenze, ad esempio, l'ordinamento francese specifica espressamente che l'influenza vantata può essere «*rèlle ou supposée*»¹⁶.

1.2.

La nuova fattispecie – che incrimina, dunque, condotte strumentali alla realizzazione di futuri accordi illeciti, in un'ottica di anticipazione della tutela rispetto a quella realizzata mediante altri reati contro la p.a. e, in particolare, attraverso le fattispecie di corruzione¹⁷ – si snoda secondo due modalità alternative di realizzazione, a seconda che «il danaro dato o promesso costituisca il “prezzo della mediazione” (a vantaggio dunque del mediatore) ovvero una “remunerazione” destinata al pubblico ufficiale»¹⁸.

La preoccupazione di limitare la discrezionalità giudiziaria, specie a fronte di condotte fortemente anticipatorie sul piano dell'offensività, ha portato, nell'ultima versione del testo di legge, così come approvato in via definitiva alla Camera, all'introduzione di una serie di “indicatori” di tipicità, finalizzati a superare i dubbi sulla determinatezza della formulazione della fattispecie e a scongiurare, per quanto possibile, il rischio di arrivare ad incriminazioni di condotte non lesive di beni giuridici penalmente rilevanti e, talvolta, persino sprovviste di connotati di illiceità.

In quest'ottica sembrerebbe muoversi la scelta del legislatore di attribuire rilevanza penale alle sole mediazioni indirizzate al compimento di «*un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto dell'ufficio*» (del pubblico agente), con ciò formalizzando una specificazione di cui non vi è traccia nelle fonti internazionali, che si limitano a considerare illecita la mediazione finalizzata all'ottenimento di un indebito vantaggio da parte della pubblica amministrazione.

Una simile lettura della norma attribuisce quindi all'“atto contrario ai doveri d'ufficio” un ruolo centrale nella struttura del fatto incriminato, in quanto elemento che di per sé esprime il disvalore del patto illecito, sia nei casi di “mediazione a titolo oneroso” – quando il mediatore trattiene per sé il corrispettivo – sia in quelli di “mediazione a titolo gratuito”, quando il compenso è versato per remunerare il pubblico agente. Che questa, infatti, sia l'impostazione più corretta – nonostante alcune indicazioni contrarie in dottrina che riferiscono il compimento dell'atto alle sole ipotesi di “mediazione gratuita”¹⁹ – ci sembra suggerito innanzitutto dal tenore letterale dell'art. 346 *bis* c.p. che, nel riportare l'espressione in questione dopo l'inciso comprensivo tanto della mediazione gratuita quanto di quella onerosa, parrebbe volerla ricondurre ad entrambe le versioni del traffico di influenze prese in considerazione dalla norma. A ciò va aggiunto che, se la *ratio* sottesa ad una simile modifica normativa (apportata nell'ultima lettura del testo di legge al Senato) è quella di meglio specificare il contenuto della condotta illecita, non si vede ragione di dover distinguere a seconda del carattere oneroso o meno della mediazione.

Se così è, la chiara indicazione dello scopo dell'attività mediatoria parrebbe far perdere ogni efficacia specializzante alla precisazione che il vantaggio patrimoniale debba essere ottenuto dal mediatore “indebitamente”; espressione mantenuta forse più per

16. V. *infra*, par. 2.

17. La volontà del legislatore sembrerebbe quella di conferire alla nuova incriminazione una funzione residuale di “chiusura del sistema”, nei casi in cui non siano applicabili le fattispecie della corruzione “ordinaria”, nelle due diverse forme della corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, e della corruzione in atti giudiziari: sul punto, si vedano le osservazioni di ANDREAZZA-PISTORELLI, contenute nella Relazione, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in tema di disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione contenute nella l. 6 novembre 2012, n. 190.

18. In questi termini, DOLCINI-VIGANÒ, op. cit., 240, per i quali sarebbe stato preferibile la soppressione della differenziazione in questione in favore dell'inserimento di un dolo specifico consistente nello scopo di influire indebitamente sull'esercizio delle funzioni di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio.

19. Sul punto, v. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in www.federalismi.it.

garantire un'uniformità meramente formale con le fonti internazionali che per le sue effettive capacità di tipizzazione, non potendosi senz'altro dubitare del carattere indebito di ogni attività che si pone come prodromica al compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio. In questa prospettiva, sembrerebbe venir meno anche la capacità evocativa dell'aggettivo "illecita", riferito alla mediazione c.d. a titolo oneroso dovendosi tale qualità ritenere *in re ipsa* nella destinazione "criminosa" cui è finalizzato il contatto.

Del resto, la scelta di attribuire centralità all'atto amministrativo oggetto dell'accordo – che dovrebbe risultare quantomeno determinabile²⁰, in quanto elemento che, da un lato, orienta la direzione teleologica dell'illecito, dall'altro conferisce pregnanza al contenuto di disvalore del fatto – dovrebbe arginare il rischio che l'elevato tasso di anticipazione della tutela, così come concepito dall'art. 346 *bis* c.p., porti ad una eccessiva "smaterializzazione della fattispecie"²¹, rendendo oltremodo sfumati i profili di offesa ai beni tutelati.

1.3.

Una simile lettura della norma sembrerebbe, del resto, confermata dalla scelta del legislatore di escludere la corruzione per l'esercizio della funzione²² – che nell'intento della riforma è appunto svincolata dal compimento di un atto d'ufficio determinato – dal novero dei delitti presi in considerazione dalla clausola di riserva – «fuori dai casi di concorso nei reati di cui agli artt. 319 e 319 *ter*» – con cui si apre la disposizione.

La precisazione, infatti, che l'attività mediatoria debba tendere al compimento, da parte del pubblico agente, di un atto contrario ai doveri d'ufficio, renderebbe, in ogni caso, inapplicabile l'art. 346 *bis* c.p. alle ipotesi in cui la remunerazione sia invece genericamente corrisposta per l'asservimento della funzione²³.

Quanto alla possibilità di un eventuale concorso con i reati previsti dagli artt. 319 e 319 *ter* c.p., va comunque precisato che questa eventualità potrà porsi solo con riferimento alla seconda modalità di realizzazione della fattispecie presa in considerazione dalla norma, giacché, nella mediazione c.d. "onerosa", è previsto che il mediatore tenga unicamente per sé il «prezzo della propria mediazione illecita presso il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio». In simili ipotesi, il compimento dell'atto – a titolo gratuito e per effetto, quindi, del mero condizionamento operato dalla relazione esistente con il mediatore – potrebbe aprire la strada all'integrazione di un altro reato contro la pubblica amministrazione, che pur condividendo con la corruzione il profilo della contrarietà ai doveri d'ufficio, non presupponga l'esistenza di una retribuzione illecita per il pubblico ufficiale: si pensi, ad esempio, all'ipotesi di un abuso d'ufficio, di un rifiuto di atti d'ufficio o di una rivelazione di segreti.

L'interrogativo che sorge – peraltro irrisolto sulla base della mera formulazione dell'art. 346 *bis* c.p. – riguarda però la disciplina applicabile al mediatore e al privato, già autori del traffico d'influenze illecite e, al contempo, concorrenti nel reato posto in essere dal pubblico ufficiale.

20. La questione è stata ampiamente trattata con riferimento ai reati di corruzione e dovrebbe, ad oggi, essere definitivamente superata alla luce dell'introduzione del nuovo art. 318 c.p. che, nel disciplinare la corruzione per l'esercizio della funzione, sembra recepire le sollecitazioni sul punto di gran parte della giurisprudenza, prevalentemente orientata nel senso di ritenere che l'atto di ufficio non debba essere né determinato né determinabile, potendo avere ad oggetto genericamente la funzione rivestita dall'agente (in questo senso, tra gli altri, Cass. sez. VI, Battistella, 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 1605; Cass. sez. VI, 2003, in *Cass. pen.*, 2004; Cass. pen., sez. VI, 1996, Magnano, in *Cass. pen.*, 1997, 1338). Con riferimento alla situazione *ante* riforma, ritiene che l'atto d'ufficio debba essere un atto concreto, individuato o individuabile quantomeno nel *genus* di quelli che il pubblico funzionario si è impegnato a compiere a favore del privato – per tutti, PAGLIARO-PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., 220; in senso fortemente critico alla giurisprudenza, per tutti, RAMPIONI, *I delitti di corruzione*, Padova, 2008, 146, che sottolinea, a voler seguire l'orientamento in esame, il «rischio di soggettivazione, spiritualizzazione della fattispecie incriminatrice, come, corrispondentemente la perdita sul piano della lesività del fatto».

21. In questi termini, con riferimento alla fattispecie di corruzione propria, CINGARI, *I delitti di corruzione*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di PALAZZO, Napoli, 2011, 180.

22. Definita da SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/2012, 1236, come «un ibridazione tra la vigente corruzione impropria e l'indebita accettazione d'utilità correlate all'esercizio delle funzioni o dei poteri del soggetto qualificato».

23. *Contra*, ANDREAZZA-PISTORELLI, *Relazione*, cit., 14, per i quali è invece configurabile un concorso tra l'art. 318 c.p. e l'art. 346 *bis* c.p.

L'interpretazione della clausola di riserva, che si riferisce espressamente ai soli reati di corruzione previsti dall'art. 319 e 319 *ter* c.p., sembrerebbe suggerire che, in tutti gli altri casi, debbano applicarsi le regole del concorso di reati. Una simile soluzione, però, non ci sembra del tutto convincente.

Se, infatti, all'art. 346 *bis* c.p. va riconosciuta la natura di reato "avamposto" rispetto a tutta quella classe di reati contro la p.a. che presuppongono la realizzazione di un atto contrario ai doveri d'ufficio, si fa fatica a non ravvisare un possibile profilo di irragionevolezza nell'impianto normativo, là dove si decida, come sembrerebbe aver fatto il legislatore, di escludere l'operatività delle regole concorsuali nei soli casi di corruzione propria o in atti giudiziari.

A ben vedere, infatti, a prescindere dal reato oggetto dell'accordo, il compimento da parte del pubblico agente dell'atto contrario ai doveri di ufficio sembrerebbe realizzare una sorta di progressione criminosa rispetto a quanto previsto nell'art. 346 *bis* c.p., con la conseguenza di richiamare, in ogni caso, l'opportunità di un'unicità di valutazione giuridica alla stregua della norma che prevede la sanzione più grave.

Del resto, che la previsione legislativa pecchi per imprecisione pare confermato con riferimento all'ipotesi di istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 c.p.; la mancata inclusione della fattispecie in questione nella clausola di riserva parrebbe aprire, anche in questi casi, la strada del concorso di reati, con la conseguenza assurda di prevedere un trattamento di favore nell'ipotesi di corruzione consumata e di escluderlo, invece, a fronte di una corruzione solo tentata²⁴⁻²⁵.

1.4.

Completano il quadro normativo previsto nell'art. 346 *bis* la previsione di due aggravanti a effetto comune che si riferiscono rispettivamente all'ipotesi in cui il soggetto che riceve la dazione o la promessa sia a sua volta pubblico ufficiale e ai casi in cui i fatti siano commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie. All'ultimo comma si prevede, infine, una diminuzione di pena per "i fatti di particolare tenuità". Se, quest'ultima previsione non pare porre particolari problemi interpretativi, trovando corrispondenza con quanto previsto nell'art. 323 *bis* c.p. per gli altri reati contro la p.a., di maggiore interesse appare la disciplina delle aggravanti.

Quanto alla prima, si fa riferimento all'ipotesi – che nell'ordinamento spagnolo è definita come "*trafico de influencia en cadenas*" – in cui il compenso sia dato non al pubblico agente competente a compiere l'atto, ma a colui che, esercitando comunque funzioni pubbliche, sia in grado di porsi come mediatore. Probabilmente, sarebbe stato più opportuno, analogamente a quanto previsto nell'ordinamento francese²⁶, prevedere una figura autonoma di reato, non potendosi, infatti, dubitare che il traffico d'influenze presso la p.a. coinvolgendo l'utilizzo della qualifica pubblica per fini privati, presenti una maggiore carica offensiva rispetto all'ipotesi base e «risponda ad un fenomeno differenziato anche sul piano criminologico dal traffico di influenze tramite soggetto esterno»²⁷.

L'altra aggravante si riferisce, invece, al millantato credito giudiziario; si tratta, anche in questo caso, di un'aggravante comune, perciò valgono le considerazioni, appena svolte, circa l'opportunità – stante la peculiarità del contenuto offensivo del fatto – della

24. Sul punto, v. BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., sostiene l'irrelevanza del comportamento del mediatore che, sulla base dell'incarico illecito ricevuto, offra o prometta denaro al pubblico agente per indurlo al compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio, da considerare postfatto non punibile rispetto al reato già consumato di cui all'art. 346 *bis* c.p.

25. Sulla differenziazione, peraltro assolutamente non pacifica né in dottrina né in giurisprudenza, tra tentata corruzione e istigazione alla corruzione, si veda, per la soluzione che ci sembra preferibile, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 141 ss., per il quale nella sfera di operatività dell'art. 322 c.p. rientrerebbero le sole ipotesi in cui all'offerta del privato o del funzionario non segua una contro-offerta, mentre le trattative non concluse rientrerebbero nei casi di tentativi bilaterali di corruzione, trattandosi di esecuzione parziale di un reato a concorso necessario.

26. Sul punto, si rinvia al prossimo paragrafo.

27. Così BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit.

2 UNO SGUARDO ALLA NORMATIVA EUROPEA: LA SOLUZIONE FRANCESE E QUELLA SPAGNOLA

previsione in un'autonoma fattispecie di reato. In ogni caso, va comunque osservato, che rispetto all'ipotesi di riferimento, l'aggravante in questione si incentra sull'oggettiva qualità dell'attività svolta dal pubblico agente, svincolandosi quindi, come tale, dal richiamo alla mera finalità soggettiva che connota l'art. 319 *ter* c.p.²⁸.

Di particolare interesse risultano anche i profili di diritto intertemporale cui darà luogo l'introduzione della figura del traffico di illecite influenze; se, infatti, rispetto alla posizione di chi dà o promette l'utilità, la disciplina prevista nell'art. 346 *bis* c.p. si pone indubbiamente come nuova incriminazione, il problema risulta senz'altro più complesso in relazione alla posizione di chi riceve la dazione o la promessa, sul presupposto di un'effettiva relazione con il pubblico ufficiale da corrompere.

E' noto infatti come la prassi giurisprudenziale, forzando il dato letterale dell'art. 346 c.p., abbia ricompreso queste ultime ipotesi nell'ambito applicativo della fattispecie di millantato credito; va detto, però, che proprio l'esigenza di una modifica normativa non fa altro che rafforzare la convinzione che l'attuale interpretazione giurisprudenziale non fosse conforme alla disciplina vigente. Con la conseguenza che il nuovo art. 346 *bis* c.p., andando a colmare un preesistente vuoto normativo, altro non sarebbe che una nuova incriminazione, come tale inapplicabile, ai sensi dell'art. 2, comma 1, c.p. – a chi abbia prospettato una mediazione veritiera prima dell'entrata in vigore della nuova norma²⁹.

Un rapido sguardo al panorama europeo in materia di traffico di influenze illecite può fornire utili spunti di riflessione nel confronto con la normativa italiana di recente introduzione³⁰.

Punto di partenza dell'indagine non può che essere la disciplina accolta dal codice francese che, da tempo, si preoccupa d'incriminare il traffico di influenze illecite, ben prima delle sollecitazioni in materia provenienti dalle fonti sovranazionali³¹.

L'attuale impianto normativo previsto nel *Code pénal* si presenta alquanto articolato, specie dopo le modificazioni introdotte dalla l. n. 1598 del 2007, che ha ulteriormente arricchito il quadro complessivo rispetto a quello originariamente previsto nel codice penale del 1992. Il legislatore francese ha disciplinato infatti differenti fattispecie autonome di reato, distinguendo tra il traffico d'influenza passivo e attivo del privato (artt. 433-2 comma 1 e 433-2 comma 2 c.p.), il traffico d'influenza commesso da, e nei confronti di, una persona esercente una funzione pubblica (art. 432-11 comma 2 e 433-1 comma 2 c.p.); nonché il traffico d'influenza realizzato nell'interesse delle *personnes morales* (art. 433-25 c.p.) e, da ultimo, il traffico d'influenza effettuato al fine di ottenere "vantaggi" da soggetti investiti di una funzione pubblica all'interno di un'organizzazione internazionale o nell'esercizio di attività giudiziarie (art. 434-9-1 c.p.).

Le condotte incriminate presentano una struttura tendenzialmente comune, a seconda del loro carattere passivo o attivo, che consiste rispettivamente nel «*fait de solliciter*

28. BRUNELLI, op. ult. cit., osserva come lo spunto sia interessante e faccia sorgere il rammarico per la mancata ristrutturazione negli stessi termini della fattispecie corrispondente.

29. In questi termini, BALBI, op. cit., 7; *contra*, DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma*, cit., 242, per i quali l'ipotesi in questione costituirebbe solo apparentemente una nuova incriminazione, sussistendo invece una continuità con l'orientamento giurisprudenziale dominante, con conseguente applicabilità dell'art. 346 *bis* c.p. ai fatti pregressi, in quanto normativa più favorevole.

30. Il c.d. *trading in influence* – seppur con differenze sul piano della struttura delle fattispecie – viene attualmente disciplinato nella maggior parte degli Stati europei: sul punto, v. ZANELLA, *Corruzione in Europa: la mappatura delle definizioni*, in *Cultura dell'integrità nella Pubblica Amministrazione*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, n. 5/2011, <http://integrita.sspa.it>. La fattispecie non è prevista, ad esempio, né nell'ordinamento tedesco né in quello inglese. Con riferimento alla situazione del Regno Unito va infatti notato che il *Bribery Act* del 2010 non si interessa espressamente del *trading in influence*; come osservato dalla dottrina, ciò non vuol dire però che «*save where the Parliament legislates otherwise, or its privilege is invoked, courts will not interpret the act widely as a general code, punishing all activities that may be brought within section 1 and 2 – the general bribery offences*»: MONTY RAPHAEL, *Blackstone's Guide to the Bribery Act 2010*, Oxford University Press, 2010, 2; per approfondimenti sul *Bribery Act*, si rinvia a NICHOLLS-DANIEL-BACARESE-HATCHARD, *Corruption and misuse of public office*, Oxford University Press, 2011.

31. Sull'evoluzione normativa del delitto di millantato credito nell'ordinamento francese, si rinvia a PEDRAZZI, *Millantato credito, trafic d'influence, influence peddling*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 913 ss.; SEMERARO, *Il delitto di millantato*, cit., 135.

ou d'agréer, a tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, afin d'abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable» e nel «fait de céder aux sollicitations prévues au premier alinéa ou de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses [...] afin qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée [...]»³².

Sotto il profilo della struttura, la prima condotta si impernia su due modalità alternative di realizzazione che prevedono la richiesta (*solliciter*) o l'accettazione (*agréer*) da parte dell'agente dell'offerta o della promessa di "donativi", come corrispettivo per l'"abuso d'influenza", finalizzato al conseguimento di un comportamento favorevole della pubblica amministrazione; in altri termini, si può dire, che «il conseguimento della decisione favorevole deve essere offerto o pattuito come risultato della strumentalizzazione dell'influenza posseduta sul pubblico ufficiale»³³.

Risalta subito all'attenzione come il legislatore abbia sostanzialmente equiparato due comportamenti differenti sul piano del disvalore, anticipando la soglia di punibilità fino a ricomprendere condotte che normalmente avrebbero rappresentato delle ipotesi di tentativo di traffico d'influenza, includendo nell'ambito della disposizione anche la semplice richiesta (*solliciter*). Rispetto poi alla formulazione introdotta nel nostro codice, quella dell'ordinamento francese presenta indubbiamente contorni più sfumati, sia per quanto riguarda la natura del vantaggio che non deve essere di natura esclusivamente patrimoniale (*avantages quelconques*), sia per ciò che concerne lo scopo della mediazione che si riferisce, seppur in via residuale, "*ou toute autre décision favorable*". A differenza, infatti, del traffico d'influenza previsto dall'art. 346 *bis* del codice penale italiano, che individua specificamente i risultati illeciti presi di mira dall'attività d'intermediazione, il legislatore francese pone l'accento esclusivamente sui mezzi di persuasione "abusivi" che l'intermediario si propone di utilizzare – e che di riflesso rendono illecito il fenomeno dell'intermediazione – e non sui risultati oggetto della pattuizione, che possono essere, come tali, leciti o addirittura dovuti³⁴.

Il problema più delicato risulta, quindi, a ben vedere, quello di individuare il contenuto e i limiti del concetto di influenza preso in considerazione dalla norma, in modo da determinare il tipo di attività che il mediatore deve impegnarsi a svolgere. E' chiaro come il termine "*abuser*" sia indicativo del carattere indebito dell'influenza che si intende esercitare – analogamente all'espressione "*sfruttando relazioni esistenti*" che viene utilizzata nel nostro codice penale; la nozione, in altri termini, sembrerebbe essere integrata qualora il mediatore si proponga di strumentalizzare le sue aderenze personali – reali o supposte³⁵ – per ottenere la decisione favorevole desiderata³⁶. Il che parrebbe

32. Il reato di cui all'art. 433-2 c.p. è collocato nel capitolo III (*Des atteintes à l'administration publique commises par les particuliers*) del titolo III del *code pénal* che riguarda "*Des atteintes à l'autorité de l'Etat*", specificamente nella sezione I intitolata "*De la corruption active et du trafic d'influence commis par les particuliers*", sezione che raggruppa «una tipologia ontologica di aggressione sostanziandosi in comportamenti diretti a stipulare o che concludono un accordo avente ad oggetto la compravendita dell'attività funzionale della pubblica amministrazione o l'esercizio di pressioni indebite sui pubblici ufficiali»: in questi termini SEMERARO, *Millantato credito*, cit., 154.

33. Così SEMERARO, op. cit., 156, che sottolinea come l'espressione "*abuser*" sia indicativa dell'utilizzo eccessivo o ingiusto di una situazione, di un potere o di un diritto.

34. In tal senso, v. VERON, *Droit pénal spécial*, Paris, 2008, 372, osserva come «*il importe peu que la décision sollicitée soit régulière ou légitime, que le dossier que l'on soutient remplisse les conditions requises*» e che «*comme la corruption, le trafic d'influence est consommé par le pacte conclu et indépendamment de ses suites. Il importe peu que la faveur ne puisse être obtenue, notamment parce que l'intermédiaire survalue ou suppose une influence dont il ne dispose pas*».

35. La precisazione che l'influenza deve essere "*réelle ou supposée*", comporta che «*si l'agent a trafiqué une influence qu'il savait ne pas avoir (elle peut n'être que «supposée»), son mensonge peut être également sanctionné sur le fondement de l'escroquerie lorsqu'il a déterminé une remise. Les deux qualifications peuvent être retenues ensemble car elles protègent des intérêts différents*»: così DREYER, *Droit pénal spécial*, Paris, 2008, 611; analogamente, RASSAT, *Droit pénal spécial*, Paris, 2011, 1026, sottolinea come «*proposer une influence qu'on sait ne pas exister devrait relever de l'escroquerie*».

36. Osserva, infatti, SEMERARO, op. cit., 156, come l'espressione "*abuser*" sia indicativa dell'utilizzo eccessivo o ingiusto di una situazione, di un potere o di un diritto e che «la condotta del mediatore non può ontologicamente trasformarsi in abuso [...], sino a quando l'agente si limiti a presentare al pubblico ufficiale le ragioni tecniche o giuridiche dell'intermediazione». Per PEDRAZZI, *Millantato credito*, cit., 942, il concetto di abuso rimane vago e di indubbia proprietà, «poiché di un abuso d'influenza si può parlare solo nel momento in cui se ne faccia concretamente uso».

confermato anche dalla precisazione, rispetto alla condotta “speculare” di chi propone al mediatore di stipulare il patto, che questa debba essere effettuata “*sans droit*”³⁷.

La medesima espressione viene utilizzata dal legislatore anche con riferimento al traffico d’influenza passivo qualificato, previsto dall’art. 432-11 comma 2 c.p., e commesso «*par une personne dépositaire de l’autorité publique, chargée d’une mission de service public, ou investie d’un mandat électif public*», riferendosi, con l’espressione “*sans droit*”, alla violazione delle norme che regolano l’esercizio della funzione pubblica³⁸. Diversamente, infatti, da quanto previsto nel nostro codice penale, nel quale il possesso della qualifica pubblicistica costituisce una mera circostanza aggravante, il legislatore francese ha scelto di disciplinare il traffico passivo d’influenza “qualificato” come fattispecie autonoma di reato, prevedendolo nel medesimo articolo di legge della corruzione passiva e sottoponendolo allo stesso trattamento sanzionatorio di quest’ultima, sul presupposto che si tratti, in entrambi i casi, di offese all’amministrazione pubblica commesse da soggetti qualificati³⁹.

Fa da *pendant* al traffico d’influenza passivo commesso dal funzionario pubblico, quanto previsto dall’art. 433-1 c.p., che estende il medesimo trattamento sanzionatorio – fino a dieci anni di reclusione e 150.000 euro di *amende* – anche al privato “acquirente” della mediazione, sul presupposto della maggiore gravità del *pactum* rispetto a quello stipulato con un soggetto privato (per il quale la reclusione è fino ai 5 anni e la pena pecuniaria fino ai 75.000 euro).

Il quadro complessivo è stato ulteriormente arricchito dalla legge del 13 novembre 2007 n. 1598 che ha introdotto, da un lato, il *trafic d’influence juridictionnel* (art. 434-9-1 c.p.), dall’altro, quello che coinvolge le amministrazioni pubbliche degli Stati stranieri e delle Organizzazioni internazionali (artt. 435-2; 435-4 c.p.), nonché le giurisdizioni estere o le Corti internazionali (artt. 435-8; 435-10).

Lo schema ricalca sostanzialmente quello dell’ipotesi classica, sia nella forma passiva (*le fait de solliciter ou d’agréer*) che in quella attiva (*céder aux sollicitations ou proposer*), differenziandosene per il contenuto dell’offerta o della sollecitazione, che riguarda le decisioni del “personale giudiziario” nazionale o internazionale⁴⁰ e quelle prese da «*une personne dépositaire de l’autorité publique, chargée d’une mission de service public ou investie d’un mandat électif public dans un État étranger ou au sein d’une organisation internationale publique*»⁴¹. Da notare, inoltre, che il traffico d’influenza viene previsto come reato presupposto della responsabilità penale delle *personnes morales*⁴², nel caso in cui questo sia commesso «*pour leur compte, par leurs organes ou représentants*».

37. Anche in quest’ultimo caso, si assiste, come è evidente, ad una spiccata anticipazione della soglia di punibilità, giacché sono incriminati atti diretti alla realizzazione dell’accordo illecito; condotta che si affianca – nell’ipotesi di *trafic d’influence active* – a quella che invece prevede l’accettazione (*céder aux sollicitations*) della proposta del mediatore e, quindi, la stipulazione dell’accordo.

38. Sottolinea come «*la personne exerçant une fonction publique doit donc être entendue largement*», DREYER, op. cit., 609, che si riferisce, a titolo esemplificativo, al caso di «*un modeste fonctionnaire territorial qui avait accepté, moyennant rémunération, d’utiliser son réseau de relations en intervenant auprès d’un assistant parlementaire pour faire avancer des dossiers de régularisation d’étrangers*»; sul punto, SEMERARO, op. cit., 165, sottolinea come la titolarità della qualifica dipenda non già dal rapporto formale tra soggetto ed ente pubblico, ma dai connotati dell’attività oggettivamente esercitata, risultando, quindi, rilevante l’esercizio oggettivo della funzione.

39. Chiaro è che «*ce trafic d’influence passif ne se distingue de la corruption passive que par la nature du service rendu*», dal momento che «*ce qui est accordé, ce n’est pas directement une décision favorable mais une recommandation auprès des pouvoirs publics qui doit permettre d’obtenir cette décision*»: così DREYER, *Droit pénal spécial*, cit., 611.

40. Nel caso dell’art. 434-9-1 c.p. si tratta di «*Un magistrat, un juré ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle; un fonctionnaire au greffe d’une juridiction; un expert nommé, soit par une juridiction, soit par les parties; une personne chargée par l’autorité judiciaire ou par une juridiction administrative d’une mission de conciliation ou de médiation; un arbitre exerçant sa mission sous l’empire du droit national sur l’arbitrage*»; mentre in quello degli artt. 435-8; 435-10 c.p. di «*toute personne exerçant des fonctions juridictionnelles dans un Etat étranger ou au sein ou auprès d’une cour internationale; tout fonctionnaire au greffe d’une juridiction étrangère ou d’une cour internationale; tout expert nommé par une telle juridiction ou une telle cour ou par les parties; toute personne chargée d’une mission de conciliation ou de médiation par une telle juridiction ou par une telle cour; tout arbitre exerçant sa mission sous l’empire du droit d’un Etat étranger sur l’arbitrage*».

41. In questi ultimi casi, troverebbe applicazione quanto previsto dall’art. 689-1 c.p.p. francese – (*En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s’est rendue coupable hors du territoire de la République de l’une des infractions énumérées par ces articles*) – trattandosi di ipotesi in cui l’autore dell’infrazione, commessa all’estero, viene giudicato secondo la legge francese, a prescindere dalla sua nazionalità, qualora si trovi in Francia: sul punto, v. RASSAT, *Droit pénal*, cit., 1023.

42. Osserva come la nozione di *personnes morales* sia intesa in un’accezione ampia e ricomprenda tanto le imprese commerciali, quanto le associazioni, i partiti o i gruppi politici, i sindacati, gli enti pubblici territoriali ed economici, SEMERARO, *Il delitto di millantato*, cit., 170.

Anche l'ordinamento spagnolo presenta una disciplina alquanto articolata del traffico d'influenza negli artt. 428-430 del *código penal*⁴³. L'impianto normativo si snoda secondo due direttrici fondamentali che prevedono, da un lato il *trafico de influencias* del funzionario pubblico e del privato, dall'altro l'*ofrecimiento de influencias*.

La scelta del legislatore spagnolo si caratterizza per il fatto di incriminare il solo traffico d'influenza passivo, nulla disponendo quanto alla punibilità dell'acquirente della mediazione, così come previsto invece sia nel codice francese che, da ultimo, nel codice italiano.

Il modello adottato sia nell'art. 428 che nell'art. 429 c.p. si impernia sulla condotta di chi – rispettivamente funzionario pubblico o privato – «*influyere en un funcionario público o autoridad [...] para conseguir una resolución que le pueda generar directamente o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero*». Si chiarisce quindi espressamente che il vantaggio che ci si propone di conseguire debba essere di natura economica, senza però precisare – come ad esempio nell'art. 346 *bis* del nostro codice – se questo debba o meno derivare da una decisione ingiusta del pubblico funzionario⁴⁴. In ogni caso, la realizzazione dell'effettivo vantaggio non viene richiesta ai fini dell'integrazione della fattispecie, ma è prevista dal legislatore come mera circostanza aggravante.

Quanto alle modalità di realizzazione della suddetta influenza, si precisa che questa debba avvenire «*prevaliéndose*», e cioè abusando di una situazione di superiorità derivante dalle «*facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica*»⁴⁵. Si tratta, come è evidente, di una formula particolarmente lata da interpretarsi restrittivamente in modo da ricomprendere, come accuratamente sottolineato dalla dottrina⁴⁶, solo quei comportamenti che presuppongono una vero e proprio “sfruttamento” del funzionario pubblico e un forte condizionamento della sua libertà decisionale⁴⁷.

La questione diviene ancora più delicata con riferimento alla fattispecie di *ofrecimiento de influencia* che, imperniandosi sulla condotta di chi sollecita ad un terzo – o accetta da questi – una prestazione come corrispettivo di un potenziale traffico d'influenza, rappresenta un'evidente forma di anticipazione della tutela che, incriminando atti meramente preparatori rispetto alla commissione di futuri accordi illeciti – lascia permanere serie perplessità quanto ai suoi effettivi contenuti offensivi⁴⁸.

Se, infatti, si tratta senz'altro di comportamenti altamente sconvenienti dal punto di vista etico-morale, è pur vero che la lontananza dai profili di offesa al bene porta seriamente ad interrogarsi sull'opportunità del ricorso alla sanzione penale, specie a fronte

43. La normativa attuale riprende in parte quella già prevista dalla l. n. 9 del 9 marzo 1991 che aveva introdotto nel vecchio codice penale spagnolo gli artt. 404-*bis a*); 404-*bis b*) e 404-*bis c*). Per un attento esame della evoluzione normativa in materia di traffico di influenza nell'ordinamento spagnolo, precedente alla riforma del 1995, v. C. MIR PUIG, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*, Barcelona, 2000, 249 ss. Recentemente la *Lej Organica 5/2010* del 22 giugno è intervenuta sulla fattispecie aumentando la sanzione fino a due anni di reclusione.

44. La giurisprudenza ha infatti chiarito che ciò che rileva ai fini dell'integrazione della fattispecie è «*l'interferencia en el proceso de toma de decisión*» e cioè l' «*ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio del cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elemento ajenos a los intereses públicos*»: cfr. *Código penal comentado con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Madrid, 2011, 1330 ss. Sul punto, si veda anche C. MIR PUIG, *Los delitos contra la administración pública*, cit., 268, per il quale «*la voluntad del legislador parece que es la de castigar la mera influencia o interferencia del sujeto activo en un funcionario por medios ilícitos*».

45. Per quanto riguarda il traffico d'influenza commesso dal privato, la fattispecie prende in considerazione la sola influenza che si esercita attraverso lo sfruttamento di relazioni personali con il pubblico ufficiale, dal momento che le altre modalità di realizzazione della condotta previste nell'art. 428 c.p. non possono realizzarsi qualora il soggetto agente non sia, a sua volta, titolare di una qualifica pubblicistica.

46. Sul punto, v. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2010, 1045, sottolinea come il rischio che un'interpretazione estensiva di tali concetti porti all'incriminazione di condotte sprovviste di disvalore e particolarmente diffuse come «*tomar una copa con los amigos o pertenecer al mismo club o asociación deportiva*»; analogamente de TOLEDO Y UBIETO, *Los delitos relativos al tráfico de influencias*, *Revista La ley*, 1998, n. 5, 1518.

47. L'esigenza di circoscrivere l'ambito della punibilità alle sole condotte idonee a esercitare un'effettiva pressione psicologica sul funzionario pubblico ha portato la giurisprudenza, da un lato, ad escludere che la mera raccomandazione o il suggerimento possa rientrare nell'ambito di applicazione della norma, dall'altro che la condotta possa essere realizzata in forma omissiva, da momento che difficilmente l'occultamento di circostanze conosciute può essere tale da alterare il processo decisionale del funzionario: per un'analisi degli orientamenti giurisprudenziali, si veda MARTÍNEZ GALINDO, *El delito de tráfico de influencias en la Administración Local*, *La ley penal*, 2005, 36 ss.

48. In tal senso, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., 1048, ritiene la fattispecie in questione un «*acto preparatorio elevado a la categoría de delito independiente del cohecho o del tráfico de influencias*», sottolineando come il comportamento tipizzato sia talmente lontano dall'effettiva lesione o messa in pericolo del corretto esercizio della funzione pubblica da rendere difficilmente giustificabile la sua incriminazione da parte del legislatore. Sul punto, cfr., invece, le osservazioni di SEMERARO, *El delito de millantato*, cit., 205, per il quale la fattispecie in questione tutela la tendenziale gratuità dell'attività amministrativa.

3
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE:
IL PROBLEMA DELLA
REGOLAMENTAZIONE DEL
LOBBYING

delle innegabili difficoltà di accertamento probatorio che rischiano di ritagliare alla fattispecie un mero valore simbolico. Meglio allora la scelta di strumenti alternativi sul piano deontologico e disciplinare, trattandosi, nella maggior parte dei casi, di condotte poste in essere nell'esercizio di attività professionali⁴⁹.

Le brevi osservazioni che precedono dimostrano come la difficoltà comune a tutti gli ordinamenti esaminati, al di là delle differenze di struttura sul piano delle fattispecie, sia quella di definire con certezza il concetto di influenza preso in considerazione dalla norma, in modo da tipizzare il tipo di attività preclusa al mediatore.

L'illiceità penale della condotta viene, infatti, ancorata all'interpretazione di espressioni come "abuser", "prevaliendose", "sfruttando"; formule particolarmente late che, pur presupponendo un condizionamento illecito della libertà decisionale del pubblico ufficiale, non ne precisano affatto le modalità di esercizio.

Sotto questo profilo, la scelta del legislatore italiano sembrerebbe – rispetto a quella degli altri ordinamenti esaminati – quella più attenta, dal momento che l'indicazione della direzione teleologica dell'attività del mediatore, effettuata in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, contribuisce senz'altro ad attribuire pregnanza al contenuto dell'accordo illecito.

Ciò nonostante, i problemi più delicati potrebbero porsi in relazione al compimento di quelle attività di rappresentanza di interessi particolari, esercitate in forma professionale, presso istituzioni o amministrazioni pubbliche, meglio note come attività di *lobbying*, il cui obiettivo è quello di influenzare le determinazioni dei decisori pubblici per adeguarle alle esigenze del gruppo rappresentato. La questione, in questa sede, potrà essere esclusivamente accennata; preme comunque rilevare che, se da un lato, l'attività lobbistica si presta ad essere funzionale allo stesso decisore pubblico, in quanto finalizzata all'elaborazione di una determinazione «a basso grado di conflittualità»⁵⁰, adottata dopo averne attentamente valutato l'impatto sui destinatari, dall'altro, la peculiare relazione tra il mediatore e le istituzioni porta con sé il pericolo di derive patologiche, anche molto gravi, con il rischio di sovrapposizioni tra condotte lecite e condotte illecite.

Si tratta, come è evidente, di pericolose distorsioni del fenomeno, che di per sé non hanno nulla a che vedere con l'attività in questione ma rischiano, quantomeno nell'immaginario collettivo, di portare ad una identificazione tra la figura del lobbista e quella del c.d. "faccendiere".

L'introduzione nel nostro ordinamento del reato di traffico d'influenze illecite rende il problema della regolamentazione delle *lobbies* di particolare attualità, stante la necessità di assicurare una precisa linea di confine tra la legittima attività di influenza e quella esercitata indebitamente. In altri termini, «il tema di fondo è capire quali regole possono disciplinare tale rapporto, in modo da eliminare ogni oscurità e ambiguità»⁵¹, sia nel processo decisionale che in tutta l'attività del mediatore prodromica a tale momento. Del resto, nel nostro Paese, pur in presenza di «una vera e propria *overdose* di intermediazione»⁵², manca un'apposita e adeguata regolamentazione del settore⁵³, come quella approvata da tempo in altri Paesi.

49. Considera l'offerta d'influenza sulla pubblica amministrazione una tra le forme di concorrenza sleale più in uso presso gli studi di avvocati, MUÑOZ CONDE, op. cit., 1048.

50. Così PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011, 48.

51. PETRILLO, *Le lobbies della democrazia e la democrazia delle lobbies. Ovvero note minime (e provvisorie) sul rapporto tra parlamento e gruppi di pressione in Italia*, in www.ildirittoamministrativo.it.

52. In tal senso, SGUEO, *Lobbying e sistemi democratici. La rappresentanza degli interessi nel contesto italiano*, in *Rivista di politica*, n. 2, 2012, 118.

53. Nel panorama italiano si distingue l'iniziativa adottata dalla regione Toscana con la legge 18 gennaio 2002, n. 5, recante "Norme per la trasparenza dell'attività politica e amministrativa del Consiglio Regionale della Toscana", con la quale si provvede ad una regolamentazione del fenomeno lobbistico a livello di Consiglio regionale. A tal fine, si è provveduto alla costituzione di un apposito "Registro dei gruppi di interesse accreditati", ammessi al tavolo di concertazione presso il Consiglio Regionale, secondo il settore di competenza.

In sintesi si può dire che la disciplina dell'attività di *lobbying* segue due diversi modelli di riferimento, definiti rispettivamente regolamentazione-trasparenza e regolamentazione-partecipazione⁵⁴; il primo sistema – che è, ad esempio, quello inglese – mira a garantire la trasparenza del processo decisionale sia attraverso norme interne, dedicate a monitorare l'attività dei decisori pubblici (come, ad esempio, la pubblicazione, all'inizio di ogni legislatura, del registro degli interessi di cui i parlamentari sono direttamente o indirettamente portatori), sia mediante disposizioni relative ai lobbisti, quali l'istituzione di un apposito registro con l'indicazione dei principali gruppi di pressione, nonché la previsione di appositi codici di condotta per tutti i portatori di interessi particolari. Il secondo modello – che è quello in uso sia negli Stati Uniti che presso il Parlamento europeo, dove i lobbisti appositamente registrati hanno il diritto di essere ascoltati dalle Commissioni nelle materie di loro interesse – mira a garantire, accanto alle esigenze di trasparenza suindicate, anche il coinvolgimento diretto nel processo decisionale dei portatori di interessi particolari⁵⁵.

Le proposte di legge presentate in Italia⁵⁶, nel tentativo di disciplinare la tematica, sembrano perseguire sia «esigenze di trasparenza, con l'obiettivo di rendere conoscibili per il cittadino i molteplici fattori che incidono sulla formazione degli atti normativi e degli atti amministrativi generali del Governo, sia di partecipazione, con la finalità di permettere ai rappresentanti di interessi non generali di intervenire nei processi decisionali dell'Esecutivo in condizioni di parità di trattamento»⁵⁷; a tutt'oggi, però, nessuna di queste ha avuto esito positivo, con la conseguenza che le c.d. *lobbies* continuano a partecipare ai processi decisionali in modo tendenzialmente occulto, con evidenti profili di criticità per la tenuta complessiva del sistema.

54. Ampiamente, PETRILLO, *Democrazie sotto pressione*, cit., *passim*.

55. Osserva PETRILLO, op. ult. cit., 415, come in questi ordinamenti prevalga «una logica inclusiva che trova la propria ragion d'essere nella volontà del legislatore di condividere la scelta con i destinatari della stessa, per assicurare coesione sociale ma anche per acquisire le necessarie conoscenze tecniche indispensabili per regolare nel modo più efficace possibile».

56. Si parla, al riguardo, di più di una trentina di disegni di legge dal 1976 (anno cui risale la prima proposta in materia): sul punto, SGUEO, *Lobbying e lobbismi. Le regole del gioco in una democrazia reale*, Egea, Milano, 2012, 145.

57. Si guardi in particolare il disegno di legge n. 1866/2007, noto come ddl Santagata, cui si sono ispirati, anche successivamente, la maggior parte delle proposte in materia.