

QUESITI

ALÌ ABUKAR HAYO

L'incerta e sfuggente tipicità del traffico di influenze illecite

Nella nuova fattispecie del traffico di influenze illecite è stato eliminato il nesso teleologico tra l'accordo dei correi e l'atto del pubblico ufficiale contrario ai doveri d'ufficio. Essendo venuto meno l'elemento assorbente del disvalore penalistico, il fatto tipico risulta tendenzialmente carente di tipicità e offensività. Malgrado ciò, c'è spazio comunque per un'interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie, partendo dalla necessaria proiezione esterna dell'accordo, stipulato tra promittente e promissario. Ne consegue che la finalità dell'accordo continua a essere fondamentale per caratterizzare l'illiceità del fatto, tanto nel caso in cui il compenso pattuito sia diretto al pubblico ufficiale, quanto al promittente; in quest'ultimo caso, l'illiceità continua a investire la natura dell'atto del pubblico ufficiale. La *ratio legis* della riforma non può che individuarsi nell'ampliamento dell'ambito di punibilità; tuttavia l'abrogazione della norma incriminatrice del millantato credito rischia di avere l'effetto paradossale di sottrarre efficacia alle misure di contrasto dei fenomeni corruttivi, giacché può determinare l'omertà dei contraenti dell'accordo illecito, entrambi gravati di responsabilità penale.

The uncertain and elusive typicality of trafficking in illicit influences

The newly introduced crime of traffico di influenze illecite (illegal influence trafficking) has cancelled the teleological link between the agreement between co-perpetrators and the actions by a public official contrary to his/her official duties. Since this element absorbing the negative value, from a criminal point of view, has been removed, the typical offence tendentially lacks both specificity and offensiveness. However, there is still room for a constitutionally oriented interpretation of this crime, based on the necessary external projection of the agreement between the promisor and the promisee. It ensures that the purpose of the agreement continues to be a fundamental trait for identifying the illegal nature of the action, regardless of whether the agreed consideration is due to either the public official or the promisor; in the latter case, the illegal nature of the deed continues to affect the nature of the public official's activities.

The legal rationale of the reform consists in extending the scope of punishment; however, the repeal of the criminal law provision of millantato credito (influence peddling) paradoxically risks having the effect of demeaning the efficacy of the measures for combating corruption, because it could determine the silence of the parties to the illegal agreement, both having become criminally liable.

SOMMARIO: 1. La nuova fattispecie dalle ceneri del millantato credito. - 2. La necessaria proiezione esterna dell'accordo costituente reato. - 3. La necessaria persistenza della finalità illecita. - 4. La connessione finalistica tra l'accordo illecito e gli atti del pubblico ufficiale, aventi natura amministrativa. - 5. La relazione con i reati di corruzione. - 6. Considerazioni di politica criminale.

1. *La nuova fattispecie dalle ceneri del millantato credito.* Il reato di traffico di influenze illecite, previsto dall'art. 346-bis c.p., si iscrive tra quelli del privato contro la pubblica amministrazione, essendo basato su un accordo tra soggetti che agiscono in veste privata¹. L'accordo costituente reato ha come oggetto

¹ In argomento AGRILLO, *Art. 346 bis c.p.. Traffico di influenze illecite*, in *La nuova legge anticorruzione*, Roma, 2019; ANDREAZZA, *Il traffico di influenze tra prevenzione e repressione*, in *Corruzione: strategie di contrasto*, a cura di Cingari, Firenze, 2013; BRUNELLI, *Spunti di riflessione attorno al dibattito*

l'influenza che il *promittente* eserciterà sul terzo (pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio) in vista di un atto dell'ufficio destinato a realizzare l'interesse del *promissario*. Uno dei due soggetti dell'accordo potrebbe essere, per mero accidente, un pubblico ufficiale²; ma, in questo caso, egli stringerebbe l'accordo non già nell'esercizio della sua funzione, bensì in vista dell'atto di un terzo, che riveste la funzione e la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

Il reato si perfeziona per il fatto stesso dell'accordo, a prescindere dal risultato. Si configura pertanto un'eccezione al principio generale della non punibilità del mero accordo, anticipandosi la tutela penalistica fino alla soglia di atti preliminari, integranti un pericolo non necessariamente attualizzato e incombenente. Un'anticipazione tanto consistente della rilevanza penalistica del fatto potrebbe impingere col principio generale di offensività e si aprirebbero le porte all'arbitrio giudiziario, se gli estremi di fattispecie non fossero ben delineati. Da qui la grande importanza delle questioni interpretative che seguono.

Nell'impianto originario del codice, non c'era posto per il reato di traffico di

to sulla novella in materia di corruzione, in *Corruzione: strategie di contrasto* cit.; CANTONE, MILONE, *Verso la riforma del delitto di traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; DI MARTINO, *Traffico di influenze. Una fattispecie (quasi) nuova, una riforma problematica*, in *Legisl. pen.*, 2013, 3; GAITO, MANNA, *L'estate sta finendo ...*, in *Arch. pen.*, 2018, 3; GAMBARDELLA, *Considerazioni sull'inasprimento della pena per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e sulla riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.) nel disegno di legge Bonafede*, in www.camera.it; GIOIA, *Il delitto di traffico di influenze illecite: una fattispecie 'tecnicamente' sbagliata*, in *Crit. dir.*, 2013; MACRILLÒ, *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione alla luce della Legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190*, Padova, 2012; MAIELLO, *L'abrogazione del millantato credito e la riformulazione del traffico di influenze illecite: barlumi di ragionevolezza nel buio della riforma*, in *Arch. pen.*, 2019, 1 ss.; MASSARO, *Il traffico di influenze illecite*, in *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, a cura di Massaro, Sinisi, Roma, 2017; MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont.*, 2012; MONGILLÒ, *La nuova veste del traffico di influenze illecite*, Convegno Roma 26 settembre 2019, in www.cortedicassazione.it; PISA, *Il 'nuovo' delitto di traffico di influenze*, in *Dir. pen. proc.*, 2013; PRETE, *Prime riflessioni sul reato di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 2012; ROMANO, *La legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2013, 1397; SEMERARGO, *Fatto tipico e traffico di influenze illecite*, in *Arch. pen.*, 2018, 1; ID, *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, Milano, 2000; SPADARO-PASTORE, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, Milano, 2012; UBIALI, *I rapporti tra corruzione ex art. 319 c.p., traffico d'influenze illecite e millantato credito nella prima pronuncia della Cassazione sulla vicenda 'Tempa rossa'*, nota alla sentenza Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355, in *Dir. pen. cont.*, 2018; VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 2016.

² L'art. 346 bis c.p. dispone al 3° comma: "La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio".

influenze, ma solo per la fattispecie del millantato credito, contemplata dall'art. 346 c.p.. Era punita solo una determinata modalità della condotta - di chi "riceve o si fa dare o promettere denaro o altra utilità come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale" - consistente nel millantare credito presso quest'ultimo. In questo schema tipico, il promittente era il solo responsabile del fatto, giacché il promissario costituiva la vittima del raggio altrui; in sintesi, ai suoi danni si consumava una sorta di "truffa", ad opera di un "millantatore" che non esercitava alcuna influenza sul pubblico ufficiale.

La lettera della norma incriminatrice avrebbe impedito l'incriminazione del fatto nel caso in cui il "credito" presso il pubblico ufficiale fosse stato reale, piuttosto che "millantato" e ciò avrebbe comportato il seguente paradosso: il fatto più pericoloso - per l'evidente maggiore attitudine dell'influenza reale, rispetto all'influenza inesistente, a distorcere il regolare corso dell'amministrazione pubblica - sarebbe stato penalmente irrilevante, mentre sarebbe stato incriminato quello meno pericoloso, basato sul "credito" solamente millantato. In verità, il possibile paradosso è rimasto confinato nel mondo del virtuale, giacché la giurisprudenza ha equiparato il fatto di chi esercitasse una reale influenza al fatto del "venditore di fumo"³.

Malgrado la costante e consolidata interpretazione giurisprudenziale avesse da tempo scongiurato il paradossale "vuoto di tutela"⁴, pure il legislatore ritenne di dover formulare una nuova norma incriminatrice, atta a punire entrambi i contraenti di un accordo destinato a influenzare illecitamente l'andamento della pubblica amministrazione. All'uopo fu invocata la necessità di ottemperare agli obblighi derivanti dalla *Convenzione penale sulla corruzione di Stra-*

³ L'espressione "millanteria" è considerata compatibile anche con una relazione effettivamente esistente tra il mediatore e il pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio); in questo senso un indirizzo giurisprudenziale pressoché consolidato: Cass., Sez. VI, n. 9044/1975, in *Mass. Uff.*, n. 130863; Cass. pen., sez. VI, n. 6511/1983, *ivi*, n. 159912; Cass., Sez. III, n. 880/1966, *ivi*, n. 102294. La giurisprudenza ha accolto questa interpretazione, in linea con la suggestione dottrina di PEDRAZZI, *Millantato credito, traffico d'influenze, influence peddling*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 913 ss.; dello stesso avviso TAGLIARINI, *Millantato credito*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 318; MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in *La legge Anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella, Pelissero, Torino, 2013, 419 ss.; SEMERARO, *I delitti di millantato credito*, cit., 58 ss. Uno scostamento dal consolidato orientamento giurisprudenziale si può notare nella pronuncia della Cassazione nel celebre caso "*Tempa rossa*"; in essa si ritiene che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 190/2012, fosse punibile solo il fatto ingannevole dell'influenza millantata e inesistente; non anche il fatto dell'influenza reale; sul punto UBIALI op. cit.; GAMBARDELLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze nel caso 'Tempa rossa': una debole tutela legislativa*, in *Cass. pen.*, 2016, 3601.

⁴ Dello stesso avviso, BRUNELLI, *Le disposizioni nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*; l'Autore sostiene che la nuova figura di reato fu introdotta per colmare un *apparente* vuoto di tutela.

sburgo (27 gennaio 1999)⁵, ratificata con legge 28 giugno 2012, n. 110, e dalla *Convenzione O.N.U.* 31 ottobre 2003, adottata dall'Assemblea generale con risoluzione 58/4 (c.d. convenzione di *Merida*)⁶, ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116. Invero si poteva pensare che gli impegni assunti a livello internazionale dall'Italia⁷ fossero già adempiuti, posto che un modello di traffico di influenze di matrice giurisprudenziale, nato come sottofattispecie del millantato credito, era comunque punito nelle nostre aule giudiziarie, avendo assunto la veste di "diritto vivente"⁸. Rimanevano tuttavia zone d'ombra⁹ e la fattispecie, proprio perché di origine giurisprudenziale, si palesava molto elastica. Il legislatore del 2012 introdusse la nuova figura di reato (art. 1, co. 75, lett. r, L. 6 novembre 2012 n. 190, c.d. legge *Severino*) non abrogando la norma incriminatrice del millantato credito¹⁰. In quella prima formulazione, il reato consisteva nell'accordo di entrambi i contraenti avente ad oggetto le influenze illecite dell'uno (promittente o trafficante) dietro un compenso in denaro da parte dell'altro (promissario o cliente), finalizzate all'emanazione di un *atto contrario ai doveri d'ufficio*. In un reato così configurato, faceva difetto qual-

⁵ L'art. 12 della *Convenzione di Strasburgo* del Consiglio d'Europa del 1999 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 titolare di pubbliche funzioni, così come il fatto di sollecitare, ricevere, o accettare 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".

⁶ L'art. 18 lett. a) della *Convenzione di Merida* 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 o per ogni altra persona"; la 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".

⁷ Per un'analisi approfondita degli obblighi pattizi e delle fonti internazionali che hanno ispirato il legislatore italiano cfr. LOSAPPIO, *Traffico di influenze illecite*, in *Manuale di diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, a cura di Canestrari, Cornacchia, De Simone, Bologna, 2015, 353-354.

⁸ Dello stesso avviso VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 4/2016, 1297

⁹ Non foss'altro perché il significato letterale della norma allude, in prima istanza, a una vanteria ingannevole; pertanto è comprensibile che sia stata criticata "la prassi giurisprudenziale eccessivamente spregiudicata nell'estendere l'ambito di applicazione del millantato credito ben al di là dei limiti imposti dalla lettera della norma", MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit..

¹⁰ Sul punto, SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, I, 2013, 7 ss.; cfr. anche nota 38.

sivoglia disvalore d'evento, presente sia pure in forma evanescente nel millantato credito, sotto la specie dell'“inganno” subito dalla vittima; l'intero disvalore penalistico veniva a risiedere in un mero accordo, ossia in un atto preliminare; la rilevanza penalistica subiva tuttavia un restringimento, dovuto alla finalità specifica. In quella originaria formulazione, il traffico d'influenze illecite, ancorché geneticamente deficitario di tipicità¹¹, era comunque delimitato dalle coordinate dello scopo, elemento assorbente del disvalore penalistico e caratterizzante dell'offensività del fatto. Posto che l'atto contrario ai doveri d'ufficio costituisce un danno, l'accordo finalizzato a tale atto illecito ben poteva considerarsi un pericolo, sufficiente a integrare gli estremi di offensività della fattispecie.

Con la nuova formulazione della norma - a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1, co. 1, lett. t, n. 1, L. 9 gennaio 2019, n. 3 - è venuto meno il riferimento alla finalità; inoltre il corrispettivo dell'influenza concordata può consistere in un'altra “utilità” (accanto al danaro)¹². E' evidente dunque l'intento del legislatore di allargare l'ambito della punibilità, in più direzioni; anche a costo di espungere dalla fattispecie l'elemento caratterizzante della tipicità e offensività del fatto. Ne è venuta fuori una fattispecie a tutela fin troppo anticipata, che incrimina un semplice accordo preliminare, non esplicitamente

¹¹ È evidente che la tipicità del reato deve molto alla precisione linguistica del testo normativo. Per le questioni relative alla fattispecie in parola, si rinvia al paragrafo successivo; per la problematica generale in materia di precisione del tipo penale e sulle ricadute di tale principio nella giurisprudenza, soprattutto costituzionale, la letteratura è sterminata. Ci si limita, in questa sede, a sottolineare l'importanza dei contributi di Francesco Palazzo sul tema: PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; ID., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 230 ss.; ID., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 327 ss.; ID., *Legge penale (voce)*, in *Dig. Pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 338 ss.; ID., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, 2008, 49 ss.; ID., *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in “Omnis definitio in iure periculosa?”, a cura di Cadoppi, Padova, 1996; ID., *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1995, 381 ss.; ID., *Ancora sulla legalità in materia penale*, *Quaderno n.5, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari “Silvano Tosi”*, Torino, 1995, 59 ss.; ID., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di Giostra, Insolera, Milano, 1998, 42 ss.; ID., *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Dir. priv.*, 2001-2002, *L'interpretazione e il giurista*, 507 ss.; ID., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, 515 ss.

¹² Quest'ultima modifica (ossia la possibilità che il compenso pattuito consista in un'altra utilità) è stata considerata “significativa e apprezzabile”, in quanto “si pone in linea di continuità con la struttura delle figure centrali di reato contro la pubblica amministrazione”; MAIELLO, *L'abrogazione del millantato credito*, cit., 14.

finalizzato a un atto illecito, il cui disvalore risiede nel suo oggetto descritto come esercizio di “mediazione illecita”. Insomma, dall’illiceità di scopo si sarebbe passati all’illiceità di mezzo, essendo descritta la mediazione stessa come illecita in sé, non più come strumentale al conseguimento di uno scopo illecito. E s’intende che, essendo punito il semplice accordo, tale mediazione illecita in sé diviene penalmente rilevante in quanto dedotta nell’accordo, ossia intenzionale; dunque si punirebbe l’illiceità in potenza, non già in atto.

A questo punto, solo un’interpretazione che recuperi un minimo coefficiente di offensività potrebbe impedire una declaratoria di incostituzionalità; ovviamente, se c’è spazio per tale sorta di interpretazione, che renda l’applicazione concreta della norma incriminatrice conforme ai principi costituzionali, la declaratoria non è necessaria; sicché il nostro problema interpretativo, alla fine dei conti, è se la nuova formulazione della fattispecie, sortita da una pulsione “giustizialista” del legislatore, sia in fondo “salvabile” o “recuperabile”. Anticipiamo fin d’ora la nostra risposta positiva condizionata: a nostro avviso, c’è spazio per un’interpretazione conforme alla costituzione, a condizione che si restringa l’esuberante comprensività della fattispecie astratta e sia possibile individuare una finalità illecita dell’accordo; il che potrebbe comportare che “ciò che è uscito dalla porta rientrerebbe parzialmente dalla finestra”¹³. Alla risposta finale, tuttavia, non si può pervenire, se non affrontando preliminarmente le questioni che riguardano: a) il contrassegno d’irregolarità della condotta di intermediazione; b) la finalità della condotta illecita dei correi; c) la natura dell’attività del pubblico ufficiale dedotta nell’accordo.

2. *La necessaria proiezione esterna dell’accordo costituente reato.* È ovvio che l’attività di intermediazione tra il privato, direttamente interessato, e l’esercente la pubblica funzione (o pubblico servizio) di per sé non costituisce un’irregolarità, né tanto meno un reato. Il privato può legittimamente affidare la rappresentanza dei suoi interessi a un intermediario professionale, senza alcun nocumento alla regolarità del procedimento amministrativo.

Alla liceità di fondo della condotta base, consistente nell’accordo di mediazione, si aggiunge l’insufficiente determinatezza della nozione di “influenza”, che costituisce il baricentro del fatto illecito. Qui il titolo del reato, ancor più

¹³ Ci pare quasi inevitabile che il baricentro del reato insista “sulla *proiezione finalistica* che caratterizza una *dinamica pre-corruttiva*; molto, se non tutto, si concentra su scopi e moventi”; MANES, *La corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1136; tali osservazioni, ancorché riguardanti la legislazione antecedente al 2019, ci paiono riguardare qualsivoglia “dinamica precorruttiva”, giacché il fatto prodromico non può che essere preordinato, ossia finalizzato all’illecito successivo e in questo nesso teleologico non può che risiedere il suo disvalore penalistico.

che la testuale descrizione della condotta, è indicativo della *ratio legis*; potremmo assimilarlo alla “causa contrattuale” nello *jus privatorum*. Ebbene l’“influenza”, messa in relazione finalistica con un atto illecito, ha certamente un rilevante efficienza tipicizzante, giacché complessivamente finisce col descrivere la propensione a distorcere l’attività dell’organo pubblico. E ovviamente è ben diversa l’influenza che si risolve (finalisticamente) in “distorsione” da quella assolutamente neutra, la quale non tende a distorcere alcunché. Sicché, in assenza di un riferimento finalistico all’atto illecito, è facile intendere che, né la condotta in sé, ossia la stipulazione dell’accordo di mediazione, né il suo oggetto, ossia l’esercizio dell’influenza, riescono a restringere l’esuberante comprensività del testo normativo. Siamo dunque in presenza di una fattispecie incriminatrice, nella quale la tipicità del reato dipende, in grande misura, dalle qualifiche giuridiche, significate dall’avverbio “indebitamente” e dall’aggettivo “illecito”, piuttosto che da elementi descrittivi¹⁴. Per questa ragione, nel percorso di ricostruzione esegetica di una tipicità geneticamente carente, dobbiamo partire dalla consapevolezza che la violazione delle norme che regolano l’attività di mediazione costituisce il primo connotato di rilevanza penalistica. Invero, sempre e comunque è pensabile che l’illecito penale presupponga e contenga in sé gli estremi di un illecito minusvalente (civile, amministrativo, disciplinare); ma ciò vale a maggior ragione, quando l’attività di base è pienamente lecita e socialmente approvata; in questo caso solo la violazione delle regole di comportamento che disciplinano

¹⁴ In linea di massima, gli elementi descrittivi di tipo naturalistico sono ritenuti maggiormente determinati rispetto agli elementi normativi. Ciò è vero in linea tendenziale, ma non in via assoluta. In alcuni casi, l’elemento descrittivo naturalistico postula pur sempre una valutazione dell’interprete; lo sguardo dell’osservatore neutro non è sufficiente a cogliere la nota di valore che pure è insita, talvolta, nell’elemento descrittivo. La stessa “congiunzione carnale”, di cui all’art. 519 c.p. oggi abrogato, non era immune dal rilievo di indeterminatezza; ancor di più gli “atti sessuali” ex art. 609 *bis* c.p. si prestano ad un’interpretazione fortemente discrezionale. Si possono rinvenire altri esempi in formule come “area di piccola estensione” o “limitate modifiche dei volumi illegittimamente realizzati”, utilizzate nel provvedimento di amnistia del 1981 (art. 2 comma 2 lett. C, n 1 del d.P.R. 18 dicembre 1981 n. 744); cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 135 ss.. Correlativamente si ritiene che gli elementi normativi, in linea di massima, siano i più indeterminati. Invero, alcuni elementi normativi, sia giuridici che sociali, sono dotati di indubbia precisione concettuale (es. matrimonio). In conclusione, la natura numerica, descrittiva o normativa dell’elemento linguistico di per sé esprime poco circa la determinatezza della proposizione espressiva della norma penale. Cfr. inoltre PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2005, 133; più di recente si veda autorevolmente CADOPPI, *Elementi di diritto penale. I reati contro la persona*, Vol. II, 2°, Padova, 2017, 10 ss.. Sul punto cfr. anche ABUKAR HAYO, *I molteplici aspetti della funzione di garanzia della fattispecie penale*, Napoli, 2019, cap. 1, par 2 e 3. È certo comunque che le espressioni “indebitamente” e “mediazione illecita”, di cui all’art. 346 *bis* c.p., suppongono necessariamente una valutazione dell’interprete, con qualche margine di discrezionalità.

quella particolare attività umana può dar luogo al “danno sociale” a fondamento dell’illecito penale. Se, nella condotta di chi sottrae la cosa mobile altrui, il “danno sociale” può dirsi *in re ipsa*, nella condotta di mediazione tra il privato e il pubblico ufficiale, non è insito alcun illecito; ne deriva che la caratterizzazione illecita della condotta deve desumersi da canoni di correttezza “interni” a quella specifica branca di relazioni umane.

Ciò varrebbe, quand’anche il legislatore avesse omesso di caratterizzare la condotta tipica di cui all’art. 346 *bis* c.p. c.p. come “mediazione *illecita*”. Posto che - si ribadisce - la condotta di base è socialmente approvata, il requisito d’irregolarità si desumerebbe comunque per via implicita. Ma, invero, il legislatore ha voluto esplicitare tale requisito; il che, a nostro avviso, acquista una particolare valenza, idonea a orientare l’interprete. A nostro avviso, questo primo e fondamentale connotato della condotta d’intermediazione contribuisce a conferire tipicità a una fattispecie che ne è tendenzialmente deficitaria, a condizione, tuttavia, che si ravvisino tutte le implicazioni sul piano oggettivo e soggettivo.

La violazione delle regole che disciplinano la professione dell’intermediario costituisce *ex se* un illecito; ma potrebbe trattarsi di un illecito in ambito deontologico; potrebbe anche riguardare i rapporti tra i contraenti dell’accordo, in veste di illecito civile; e potrebbe anche investire la disciplina amministrativa dell’attività di mediazione, in veste di illecito amministrativo. Ma l’illiceità penale rappresenta un *quid pluris* rispetto alle altre tipologie - disciplinare, civile, amministrativa - d’illiceità; orbene, se tale *quid* reca un’offesa penalmente rilevante alla pubblica amministrazione, si può pensare che debba in qualche modo proiettarsi, almeno in termini finalistici, sugli atti di essa. A questa stregua, quand’anche fossero in gioco le regole del procedimento amministrativo (per es. le regole abilitative, autorizzative etc.), si può pensare che il reato non sussista, nel caso in cui l’irregolarità procedimentale non abbia l’attitudine a investire l’atto finale con efficacia esterna¹⁵. Se si opinasse diversamente, si dovrebbe ammettere che l’illiceità amministrativa si riverbera *ex se* sull’illiceità penale; cosicché sarebbe punito un accordo di mediazione relativo a un’influenza “illecita”, sotto il profilo procedurale, ma destinata a non “influenzare” l’atto finale del procedimento. Si pensi al caso del mediatore “abusivo”, al quale sia stata promesso il compenso per la sua

¹⁵ Non per nulla autorevole dottrina ha ritenuto che sarebbe stato preferibile tipizzare il reato con l’inserimento di un dolo specifico consistente nello scopo di influire sull’*esercizio delle funzioni* di un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont.* 1/2012, 239.

attività di mediazione, diretta a un atto finale pienamente legittimo e regolare; l'accordo di mediazione avrebbe come oggetto un'influenza di per sé illecita, in quanto esercitata da un soggetto non abilitato, ma non ne sortirebbe alcun pericolo rilevante per gli interessi della *res publica*. Non pare che in questo caso abbia ragion d'essere la sanzione penale, rivelandosi opportuna solo quella amministrativa, eventualmente cumulata con quella disciplinare.

Dunque, in questa logica - tesa a "recuperare", per via interpretativa, quel minimo coefficiente di offensività penalmente rilevante, compatibile coi principi costituzionali - gli estremi di tipicità della condotta non risulterebbero integrati da irregolarità meramente formali, che maculano la correttezza dell'attività di mediazione e magari ledono il sinallagma contrattuale tra le prestazioni dei soggetti dell'accordo; sarebbero integrati solo da una condotta palesemente "illecita", i cui effetti non siano meramente "interni", proiettandosi oltre la sfera della deontologia professionale del promittente-mediatore e dei rapporti contrattuali privatistici. A questa stregua, deve risultare violato un interesse della *res publica* e ciò suppone un'illiceità della condotta del mediatore di tal natura, da incidere potenzialmente sull'atto o sugli atti della pubblica amministrazione, in vista del quale si stipula il *pactum sceleris*. Senza tale proiezione "esterna" la mera irregolarità dell'attività intermediatrice non attingerebbe la soglia del pericolo per il bene protetto e non sarebbe giustificato l'intervento punitivo dello Stato¹⁶. Orbene, è proprio questo ciò che la qualifica d'illiceità speciale afferente alla condotta tipica sembra chiamata a evidenziare: la mediazione deve essere *intrinsecamente* illecita, avendo radice nella violazione delle regole che disciplinano l'attività professionale d'intermediazione, ma deve essere anche *estrinsecamente* illecita, mettendo in pericolo la correttezza dell'attività amministrativa dell'ente pubblico.

Ovviamente tale illiceità speciale, espressamente richiamata in fattispecie, ha riflessi anche sul versante soggettivo del fatto di reato. I soggetti dell'accordo devono essere ugualmente consapevoli del suo oggetto illecito. L'accordo, per espressa previsione legislativa, cade sulla mediazione *illecita*; ciò significa, a nostro avviso, che entrambe le parti dell'accordo vogliono che sia posta in essere un'attività intermediatrice avente le specifiche caratteristiche d'illiceità

¹⁶ Si può dire che tale "proiezione esterna" sia nella "natura delle cose" e costituisca una "verità" assiomatica, universalmente accettata. Se così non fosse, non si capirebbe perché le convenzioni internazionali, da cui trae origine la norma incriminatrice *de qua*, indichino come elemento costitutivo del fatto-reato (che gli Stati parte si impegnano a incriminare) il fine dell'*indebito vantaggio* che muove i correi all'accordo illecito (cfr. note 5 e 6). Tale *indebito vantaggio* si può trarre solo dall'atto della pubblica amministrazione con "efficacia esterna", pertanto l'accordo illecito non può non avere una proiezione "esterna", che ne caratterizza l'illiceità.

testé menzionate, essendo indirizzata e finalizzata a influenzare illecitamente l'esercizio di una pubblica funzione (o pubblico servizio). In altri termini, la illiceità, sulla quale cade l'accordo, deve essere facilmente riconoscibile anche dai non "addetti ai lavori", ossia dalla componente "laica" del consorzio criminoso; pertanto non deve annidarsi nelle pieghe recondite dei regolamenti interni, che disciplinano l'attività del mediatore-promittente, e qui esaurirsi.

In conclusione, ci pare che la proiezione "esterna" della qualifica d'illiceità, riguardante la mediazione del promittente, sia necessaria per le due ragioni fondamentali cui si è fatto cenno; sul piano oggettivo, si può osservare che, fin quando l'irregolarità non trascende i rapporti contrattuali privatistici e/o la mera deontologia professionale del mediatore, la sfera della pubblica amministrazione non viene toccata ed esula l'offensività (penalistica) del fatto; sul piano soggettivo, si può osservare che l'accordo sulla mediazione illecita suppone necessariamente il dolo dei due soggetti e perciò anche la piena consapevolezza del promissario, la quale non sussisterebbe nel caso in cui l'illiceità si riducesse alla violazione delle regole interne della professione, conoscibili solo da parte del professionista-promittente.

3. *La necessaria persistenza della finalità illecita.* Dalle superiori premesse sembra corretto dedurre che l'essenza illecita del fatto, ancorché, la nuova formulazione della fattispecie non preveda esplicitamente il dolo specifico avente ad oggetto l'atto contrario ai doveri d'ufficio, continui a risiedere nella finalità dell'accordo stipulato, la quale investe l'attività (esterna) del pubblico ufficiale e coinvolge perciò interessi pubblici. Insomma, pare proprio che l'illiceità di scopo permanga come elemento caratterizzante del reato e non si possa ridurre a mera illiceità di strumento; e dunque l'atto o gli atti, verso cui si dirige l'accordo costituente reato, debbano connotarsi essi stessi d'illiceità perché la mediazione possa definirsi (penalmente) illecita, in quell'accezione poc'anzi precisata, che ne suppone la rilevanza "esterna"¹⁷. D'altronde, siffat-

¹⁷ Nella vigenza della prima formulazione della fattispecie, era stato osservato che le espressioni verbali *indebitamente* e *mediazione illecita* "non fondano un'illiceità speciale, poiché nulla aggiungono ai connotati di illiceità che connotano il modello legale", VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale*, cit., 1301; e s'intende che tali connotati consistevano nella finalità dell'atto contrario ai doveri d'ufficio. Ma se aggiungevano nulla al connotato basilare della finalità ierì, non possono connotare l'intero fatto illecito oggi, a prescindere dalla finalità (illecita). Sempre e comunque lo strumento non può essere visto come illecito in sé; ma lo diviene, in funzione del risultato desiderato dai contraenti dell'accordo, qualificato come "indebito vantaggio" dalle Convenzioni internazionali. La cornice di riferimento internazionale evidenzia con molta chiarezza tale illiceità di scopo; sia la *Convenzione di Strasburgo*, sia la *Convenzione di Merida* fanno riferimento esplicito alla finalità di "ottenere un vantaggio indebito", come elemento essenziale del fatto illecito (cfr. note 5 e 6).

ta illiceità di scopo è propria di ogni fattispecie a consumazione anticipata; nel traffico di influenze illecite, il carattere prodromico della tutela penalistica è talmente accentuato, che la condotta privata dello scopo non sembra palesare alcun disvalore penalistico, sicché l'illiceità meramente strumentale non avrebbe alcun fondamento giustificativo.

Bisogna adesso capire se l'assorbente illiceità di scopo si risolve nella necessaria contrarietà ai doveri d'ufficio dell'atto dedotto (o degli atti edotti) nella finalità dell'accordo; e se possa configurarsi il reato, quando non è chiaramente identificabile l'atto, in vista del quale i contraenti stringono l'accordo. A tale questione se ne connettono altre due, riguardanti l'idoneità della condotta strumentale e la natura del bene giuridico protetto. E' ben evidente infatti che l'idoneità dello strumento si misura in funzione della *ratio* di tutela.

Secondo i principi generali, la tutela anticipata postula il pericolo per il bene protetto e, laddove lo scopo assorbe l'intero disvalore del fatto, solo le condotte idonee al conseguimento dello scopo attingerebbero la soglia della tipicità. Posto che un fine irraggiungibile si configura come mera *cogitatio*, l'inidoneità della condotta equivarrebbe alla mancanza del pericolo per il bene tutelato e dunque all'assenza di offesa. Semmonché la fattispecie in parola non punisce solo l'influenza realmente esercitata, ma anche quella millantata. Com'è noto, infatti, l'attuale fattispecie incriminatrice assorbe l'abrogato reato di millantato credito¹⁸, consistente in una sorta di "truffa", realizzata dal promittente-intermediario ai danni del promissario, col simulare una "entrata" inesistente nelle maglie della pubblica amministrazione. In questo caso, non sussiste il pericolo che un atto contrario ai doveri d'ufficio sia posto in essere e dunque sia turbato il regolare corso dell'amministrazione della *res publica*, ma sussiste comunque il reato, giacché risulta leso il prestigio della pubblica amministrazione, nello stesso momento in cui se ne diffonde un'immagine negativa. L'intermediario che "millanta" la sua influenza, descrive implicitamente una pubblica amministrazione "influenzabile", disponibile a porre in essere atti non imparziali; per ciò stesso ne incrina l'autorevolezza, abbassando il livello della considerazione sociale di cui essa gode.

Sicché il requisito d'idoneità della condotta strumentale deve essere commi-

¹⁸ L'assorbimento del millantato credito nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 346 *bis* c.p. non può oggi essere controverso, nella vigenza del nuovo testo della norma; ma anche, nella vigenza della prima formulazione ex L. n. 190/2012, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ammettevano l'assorbimento; inoltre non consideravano il traffico di influenze illecite una incriminazione nuova, precedentemente inesistente (ossia prima della legge 190/2012); per tutti CANTONE, MILONE *Verso la riforma del delitto di influenze illecite*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; *ex multis*, Cass. pen. Sez. VI, 14.3.2019, n. 17980. *Contra* la sentenza annotata da UBIALI, *op.cit.*

surato non solo al bene dell'*imparzialità* e del *buon andamento*, ma anche a quello del *prestigio* della pubblica amministrazione, certamente più etereo e sfuggente del primo. Malgrado ciò, il requisito dell'idoneità a ledere il prestigio della pubblica amministrazione potrebbe pur sempre rivelarsi significativo e rilevante, in ordine alla tipicità del fatto. Al riguardo occorre precisare che la finalità illecita dell'accordo, con proiezione "esterna" al rapporto dei contraenti, investe il pubblico ufficiale (terzo), in due modi alternativi: o per il compenso a lui destinato o per l'atto che egli dovrebbe emanare. In questo secondo caso, la finalità illecita non può che riverberarsi sull'illiceità dell'atto finalisticamente dedotto nell'accordo. Sicché, in ultima analisi, quando l'accordo non prevede un compenso per il pubblico ufficiale, sufficiente da sé a connotare d'illiceità l'atto (finalisticamente dedotto nell'accordo), ancorché conforme ai doveri d'ufficio, il requisito d'idoneità potrebbe ricondursi, *per via implicita*, alla finalità dell'atto contrario ai doveri d'ufficio¹⁹, espunto dalla fattispecie *per via esplicita*.

Ad analogo epilogo interpretativo potremmo approdare nell'altra questione, riguardante il caso in cui non sia precisamente individuabile l'atto del pubblico ufficiale, in vista del quale si stringe l'accordo tra promittente e promissario. Il caso emblematico è quello in cui l'accordo ha come oggetto l'asservimento della funzione²⁰ e non si possono individuare specifici atti, dedotti nella finalità dell'accordo. Qui l'accordo non è finalizzato ad atti specifici, identificati *ab origine*, bensì al generale esercizio della funzione, in vista di una serie indeterminata di atti. A ben vedere, anche in questo caso la finalità dell'atto contrario ai doveri d'ufficio permarrebbe in via implicita, giacché ovviamente la funzione è presa in considerazione in chiave dinamica, non già nella sua astratta configurazione statica; posto che l'asservimento ha come oggetto l'esercizio della funzione, gli atti tipici dell'esercizio sono dedotti nella

¹⁹ Nella versione odierna, se il fatto è commesso "in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio", la pena è aumentata. La proiezione teleologica verso l'atto contrario ai doveri d'ufficio, nella versione previgente, di cui alla legge 190/2012, era un elemento costitutivo del fatto di reato; nella versione oggi vigente della fattispecie, costituisce un'aggravante.

²⁰ Prima dell'entrata in vigore della legge 3/2019, l'orientamento interpretativo maggioritario escludeva che si potesse applicare l'art. 346 *bis* c.p. ai casi di accordo finalizzato all'asservimento della funzione, essendo tipico esclusivamente quello finalizzato all'atto contrario ai doveri d'ufficio; di quest'avviso MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit.; *contra* ANDREAZZA, PASTORELLI, *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*, 14, i quali ritenevano configurabile il concorso tra l'art. 318 c.p., e l'art. 346 *bis* c.p..

finalità dell'accordo sempre e comunque, ancorché non siano precisamente individuati.

Insomma, nella fattispecie in esame, la finalità illecita sembra fare capolino, in ogni caso: o sotto forma di compenso per il pubblico ufficiale o sotto forma di atto illecito (da lui emanando)²¹. In questo secondo caso, non può non venire in considerazione ciò che dà sostanza all'illiceità, ossia la contrarietà ai doveri d'ufficio; sicché la nuova formulazione della fattispecie sembra richiamare, sia pure parzialmente e per via implicita, quella originaria del 2012. Al contempo, non può negarsi che la finalità espressa è stata eliminata dal legislatore del 2019; il che non può essere del tutto privo di significato. A nostro parere, ciò potrebbe significare che - nei casi in cui non è previsto nell'accordo alcun compenso per il pubblico ufficiale - non è più necessario individuare con precisione l'atto (contrario ai doveri d'ufficio) dedotto nell'accordo, com'era nella vigenza della fattispecie di cui alla legge n. 190/2012, ma sia comunque necessaria almeno la potenzialità astratta che il pubblico ufficiale ponga in essere atti contrari ai suoi doveri d'ufficio e pertanto si debba escludere il reato quando sia esclusa *ab origine* l'esistenza di doveri d'ufficio.

4. *La connessione finalistica tra l'accordo illecito e gli atti del pubblico ufficiale, aventi natura amministrativa.* La persistente rilevanza (astratta) dei doveri d'ufficio, in mancanza di compenso diretto al pubblico ufficiale, ci fa intendere che la sede naturale del traffico di influenze illecite è ravvisabile nel dominio propriamente amministrativo, perché è lì che sono facilmente configurabili atti dal contenuto illecito; mentre siffatto reato è difficilmente configurabile in ambito legislativo e giurisdizionale.

Il parametro di liceità è dato dalla legge e dagli atti normativi ad essa subordinati, cosicché un atto legislativo illecito è un paradosso. La legge non può essere, per definizione, *contra legem*, giacché la legge successiva può derogare a quella precedente; se dunque, nel contrasto fra l'una e l'altra, prevale la legge successiva, questa diventa il nuovo parametro di liceità e per ciò stesso non può essere viziata di illiceità. Semmai può essere viziata d'illegittimità costituzionale, censurabile innanzi alla Consulta; ma l'eventuale violazione delle

²¹ Le due modalità dell'accordo sono accomunate dalla proiezione finalistica "esterna"; quand'anche il compenso sia pattuito per il mediatore, deve sussistere una finalità illecita esterna; se così non fosse, sarebbe irragionevole la suggestione dottrina (non raccolta dal legislatore) di eliminare le due modalità di pattuizione del compenso, unificandole sulla base della medesima finalizzazione a influire sull'*esercizio delle funzioni* del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio; cfr. nota 15.

norme costituzionali non integra ovviamente alcun tipo d'illiceità; sicché può escludersi sempre e comunque che un atto legislativo possa essere considerato illecito.

Analogo discorso può farsi in relazione agli atti giurisdizionali. Il Giudice emana atti giusti per definizione, ancorché censurabili innanzi al Giudice superiore; sia la *reformatio* in appello, sia l'annullamento in cassazione, costituiscono dei rimedi interni al processo, che non mettono in crisi l'assioma di fondo, secondo il quale l'ordine giudiziario amministra la Giustizia e pertanto emana atti espressivi di giustizia. Tali atti giammai possono essere viziati d'illiceità, ancorché riformabili per via gerarchica. Ciò vale non solo per le sentenze, nelle quali si esprime in sommo grado la sovranità giudiziaria, ma anche per gli atti ordinatori, che sono strumentalmente legati alla giurisdizione ed esprimono ugualmente la posizione *super partes* del giudice, in funzione di giustizia. Al contrario, ciò non vale per gli atti giudiziari del pubblico ministero o di altri soggetti ausiliari, che non rivestono una posizione *super partes*. Nei loro atti non si esprime la signoria giurisdizionale, bensì la potestà amministrativa a servizio degli interessi di una parte processuale²², pubblica, ma pur sempre "parte"; tali atti non sono espressivi di giustizia (*super partes*) e possono connotarsi di illiceità.

In definitiva solo gli atti amministrativi - e non anche quelli legislativi e giurisdizionali²³ - possono connotarsi d'illiceità; per questa ragione la finalità illecita dell'accordo costituente reato ex art. 346 bis c.p. non può che vertere su di essi (in mancanza di compenso per il pubblico ufficiale). Rimane tuttavia aperta la questione se possa sussistere il reato nel caso in cui l'accordo sia stipulato per asservire la funzione legislativa o giurisdizionale, in vista di una serie indeterminata di atti. Poiché non vengono in considerazione gli atti, ma il suo prodromo funzionale, si potrebbe pensare che sia indifferente la tipologia di funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria che sia.

L'assunto, ancorché non erroneo, si rivela, tuttavia, semplicistico. Il sindacato giudiziale sull'asservimento della funzione legislativa potrebbe comportare un *vulnus* al principio dell'immunità parlamentare²⁴. In linea di massima, la pro-

²² Sia permesso rinviare ad ABUKAR HAYO, *Lineamenti generali della pretesa punitiva*, Torino, 2010; ID, *La titolarità soggettiva del diritto di punire*, Torino, 2015.

²³ Invero l'art. 346 bis, c. 4, c.p. dispone che "le pene sono aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie". A nostro avviso, solo gli atti giurisdizionali in senso stretto, espressivi per necessità logica e giuridica dell'imparzialità del Giudice, sono sottratti al sindacato di liceità; non possono cioè connotarsi di illiceità. Tuttavia, bisogna considerare che il *genus* giudiziario si compone di molti atti che non appartengono alla *species* giurisdizionale.

²⁴ Sul punto sia permesso rinviare ad ABUKAR HAYO, *Se sia configurabile il delitto di corruzione ex art.*

va del fatto che sia stata asservita la funzione legislativa, sulla base di un accordo illecito, va ricercata negli atti del parlamentare. Le sue dichiarazioni in aula o in commissione, le interpellanze, i voti espressi etc. dimostrerebbero (o meno) il vincolo derivante dall'accordo, ravvisabile in termini di asservimento della funzione. È ben vero che il traffico d'influenze è punibile per il solo fatto dell'accordo, ma è pur vero che sussiste un accordo, in quanto la manifestazione di volontà dei contraenti sia vincolante; d'altronde, il vincolo "contrattuale" deve pur esternarsi in qualche modo negli atti dei contraenti, sicché è pressoché inevitabile che la prova dell'accordo sia ricercata negli atti del parlamentare, i quali tuttavia, a cagione dell'immunità parlamentare - che preserva il principio fondativo della Repubblica, ossia la divisione dei poteri - sono sottratti al sindacato giudiziale. In conclusione, pare proprio che residui poco spazio per ipotizzare la punibilità, a titolo di traffico d'influenze illecite, avente per oggetto l'asservimento della funzione legislativa, seppure non si possa escludere *a priori*.

È simile, in qualche modo, il ragionamento che può farsi a proposito dell'asservimento della funzione giurisdizionale, nel senso che la configurabilità in concreto e perfino la stessa ipotizzabilità in astratto hanno uno spazio molto ridotto. L'esercizio della funzione giurisdizionale consiste nello *jus dicere*, in relazione ad una controversia avente per oggetto fatti specifici e irripetibili. Se può ipotizzarsi l'interesse di taluno a un determinato esito giurisdizionale, è difficilmente pensabile che taluno possa avere il medesimo interesse ad asservire la funzione giurisdizionale per una serie indeterminata di atti, giacché le vicende giudiziarie sono irripetibili e riguardano soggetti diversi. Poiché, dunque, nell'infinita varietà delle controversie, è pressoché impossibile che lo *jus dicere* si eserciti in maniera ripetitiva e seriale nei confronti dello stesso soggetto, non si capisce chi possa avere interesse all'asservimento della funzione giudiziaria.

Uno spazio comunque residua, per entrambi gli ambiti, sia legislativo che giurisdizionale; in primo luogo, quello spazio segnato dalla finalità illecita di compensare il pubblico ufficiale con denaro o altra utilità. Al di fuori di questo spazio, caratterizzato da una finalità illecita *in re ipsa*, a prescindere dagli atti del pubblico ufficiale, il criterio - già individuato - dell'idoneità a ledere il bene giuridico può rivelarsi conducente. Prendiamo in considerazione il minimo coefficiente offensivo, coincidente con la massima rarefazione del bene giuridico tutelato (prestigio della P.A.) e con la soglia minima del pericolo

318 c.p. per esercizio della funzione parlamentare, nota alla sentenza Cass., Sez. VI, 2 luglio 2018, n. 40347, in *Rivista diritto penale della globalizzazione*, n. 4/2018, 393 ss.

(influenza millantata). A questa stregua, esaminiamo l'idoneità a ledere il prestigio della pubblica amministrazione (essendo non ipotizzabile un atto legislativo e ben difficilmente ipotizzabile un atto giurisdizionale, lesivo della *par condicio civium*) dell'influenza millantata, meno pericolosa dell'influenza reale.

Orbene - al di fuori dei casi di compenso diretto al pubblico ufficiale - l'influenza millantata deve essere percepita dalla controparte dell'accordo come idonea a determinare un "favoritismo"²⁵; se manca questa percezione, manca anche la lesione del prestigio della pubblica amministrazione. In questa logica, si può dubitare che l'influenza millantata, in riferimento ad emanandi atti legislativi o giurisdizionali, possa attingere la soglia della rilevanza penale, a titolo di traffico d'influenze. Laddove la natura stessa degli atti esclude non solo la possibilità concreta, ma perfino quella astratta del "favoritismo", l'atto o gli atti, in riferimento ai quali si millanta l'influenza, sarebbero comunque legittimi e dunque è molto dubbio che qualsivoglia accordo possa ledere il prestigio dell'istituzione pubblica.

In conclusione, per una ragione o per l'altra, la sede propria del traffico d'influenze illecite sembra essere, a pieno titolo, il *mare magnum* dell'attività amministrativa. Alla luce di queste considerazioni, è opportuno esaminare quanto possano incidere, nel delineare la tipicità del reato, i confini che segnano la regolarità dell'attività lobbistica²⁶.

Nel nostro ordinamento, il *lobbying* non trova una regolamentazione precisa²⁷. In ciò molti Autori ravvisano un potenziale pregiudizio alla tipicità del reato di cui all'art. 346 *bis*, giacché dalla liquidità dei confini tra la regolarità e l'irregolarità dell'attività lobbistica deriverebbe altrettale liquidità dei confini

²⁵ Il fine di "favoritismo" sembra connaturale al reato in parola, che consiste in una sorta di prodromo della corruzione, tanto che le Convenzioni internazionali hanno per oggetto l'incriminazione di condotte finalizzate all'*indebito vantaggio*. Cfr. note 5 e 6.

²⁶ La banale e semplicistica identificazione del lobbista col c.d. "faccendiere", che domina la vulgata popolare, trascura la funzionalità dell'attività lobbistica allo stesso decisore pubblico, in quanto finalizzata all'elaborazione di un atto finale "a basso grado di conflittualità"; in questo senso PETRILLO, *Democrazia sotto pressione, Parlamenti e lobby nel diritto comparato*, Milano, 2011, 48; ID, *Le lobbies della democrazia e la democrazia delle lobbies. Ovvero note minime (e provvisorie) sul rapporto tra parlamenti e gruppi di pressione in Italia*, in www.ildirittoamministrativo.it.

²⁷ Fa eccezione la legge delle Regione toscana del 18 gennaio 2002, n. 5, recante "Norme per la trasparenza dell'attività politica e amministrativa del Consiglio Regionale della Toscana"; in virtù di essa, è stato istituito un apposito "Registro dei gruppi di interesse accreditati" ammessi al tavolo di concertazione presso il Consiglio Regionale. Invero sono stati presentati vari disegni di legge statale, ma la carenza di regolamentazione permane; tra questi il più organico e completo può essere individuato nel d.d.l. *Santagata*, n. 1886/2007, cui si sono ispirate altre proposte; cfr. SGUEO, *Lobbying e lobbismo. Le regole del gioco in una democrazia reale*, Milano, 2012, 145.

tra la liceità e l'illiceità dell'influenza. Il punto di vista è certamente condivisibile, ma occorre fare, a nostro avviso, qualche precisazione. In primo luogo, sembra opportuno evidenziare che il binomio *regolarità/irregolarità* non coincide col binomio *liceità/illiceità*, cosicché la precisa regolamentazione dell'attività di *lobbying* non garantirebbe di per sé la precisa individuazione degli estremi di reato. Per di più, l'idea (a nostro avviso, semplicistica) che la regolamentazione dell'attività lobbistica possa delineare i confini del reato, potrebbe legittimare l'estensione dell'ambito di rilevanza penale, per automatica connessione tra l'irregolarità della condotta del lobbista e l'incriminazione dell'accordo, a titolo di traffico d'influenze illecite. In verità, come si è detto, il carattere illecito del traffico di influenze si lega alla finalità dell'accordo, piuttosto che alla strumentalità, cosicché il modo regolare di esercitare l'attività lobbistica dice nulla o dice poco sull'illiceità della condotta dei contraenti. Bisogna poi tener conto del fatto che l'attività di *lobbying*, nella maggior parte dei casi, tende a far sì che la legislazione *in fieri* possa soddisfare, o almeno contemplare, gli interessi categoriali rappresentati; gli atti finali, in vista o nell'aspettativa dei quali, si stringe l'accordo tra il lobbista e il cliente, in linea di massima, hanno carattere legislativo e ciò impedisce di ravvisarli come illeciti.

Per le superiori ragioni, non confidiamo che la regolamentazione dell'attività lobbistica, comunque auspicabile²⁸, possa risolvere le questioni nascenti dal congenito difetto di tipicità della fattispecie. Sempre e comunque, sarà problematico tracciare la linea di discriminazione tra la mera irregolarità professionale e il traffico d'influenze illecite²⁹; in questo difficile discernimento potrebbero rivelarsi utili i criteri restrittivi della tipicità penale, testé individuati: si può pensare che l'illiceità strumentale, attinente al modo d'esercizio dell'influenza,

²⁸ Sulla necessità di assicurare una precisa linea di confine tra la legittima attività di influenza e quella esercitata indebitamente, non si può che concordare; non foss'altro perché ciò avrebbe l'effetto di "circoscrivere la sfera di rischio penale che grava sul lobbista", VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale*, cit., 1296; sul punto cfr. anche MERENDA, *Il traffico di influenze*, cit. 16; SGUEO, *Lobbying e sistemi democratici. La rappresentanza degli interessi nel contesto italiano*, in *Rivista di politica*, 2/2012, 118.

²⁹ Sull'attitudine delimitativa, ai fini penalistici, della regolamentazione dell'attività lobbistica parecchi Autori nutrono molta più fiducia di noi. MAIELLO, *L'abrogazione del millantato credito*, cit., ritiene che "una idonea regolamentazione dell'attività di *lobbying* sia necessaria per tracciare un'utile linea di confine tra forme lecite ed illecite di intermediazione", sull'utilità del confine non possiamo che concordare; tuttavia facciamo rilevare che siffatta "idonea regolamentazione" potrebbe tracciare la linea di demarcazione tra regolarità e irregolarità e magari anche tra liceità e illiceità extrapenale, ma non quella tra liceità e illiceità penale, in grande misura legata - *rebus sic stantibus* - al fine, piuttosto che al *modus operandi* del binomio lobbista-cliente. Nutrono similare fiducia ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino, 2018, 45 ss.; SEVERINO, *Senza norme sul lobbismo difficile abbattere l'illegalità*, in www.penalecontemporaneo.it.

incontri il limite della rilevanza “esterna” (rispetto al rapporto che vincola i soli contraenti); che l’accordo finalizzato all’asservimento della funzione pubblica ben difficilmente possa attingere la rilevanza penalistica, in relazione all’attività legislativa e giurisdizionale; che l’illiceità dell’accordo risieda, il più delle volte, nella finalità di conseguire atti amministrativi illegittimi, in violazione della *par condicio civium*; che l’attività lobbistica possa incorrere nei rigori della legge penale, solo nei casi in cui l’accordo professionale sia stipulato in vista di atti amministrativi illegittimi (come sopra) e non anche di atti legislativi (verso i quali solitamente è diretta).

5. *La relazione con i reati di corruzione.* I rapporti tra la fattispecie in parola e quella di corruzione propria, per atto contrario ai doveri d’ufficio, non facevano sorgere gravosi problemi interpretativi ieri e non ne fanno sorgere oggi. Erano, invece, aperte ieri e sono tuttora aperte questioni riguardanti la corruzione impropria. E’ fuori discussione che il traffico di influenze illecite sia un fatto prodromico rispetto al delitto di corruzione³⁰; oggi come ieri la legge prevede un’espressa clausola di riserva che limita la punibilità del fatto “fuori dei casi previsti” dall’art. 318, 319, 319 *ter*, 322 *bis*³¹. Se la corruzione si compie, assorbe in sé il preliminare, ossia quel “traffico” che finisce col diventare un antifatto non autonomamente punibile. Il punto in discussione è se sia necessario che i contraenti dell’accordo abbiano la finalità di conseguire un atto del pubblico ufficiale contrario ai doveri d’ufficio, perché sussista il fatto punibile ex art. 346 *bis* c.p. c.p..

Nel vigore della fattispecie introdotta dalla legge *Severino*, la finalità dell’atto contrario ai doveri d’ufficio era espressamente tipizzata in fattispecie. Tuttavia, si poteva dubitare che tale finalità fosse necessaria per entrambe le tipologie di compenso pattuito, una a favore del “trafficante”, una a favore del pubblico ufficiale. In relazione al compenso pattuito a favore del solo intermediario, si poteva supporre che il reato sussistesse a prescindere dalla violazio-

³⁰ Pochi dubbi sul fatto che l’art. 346 *bis* c.p. punisca un comportamento propedeutico alla commissione di un’eventuale corruzione; *ex multis* Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11808, in *Mass. Uff.*, n. 254442; Cass., Sez. VI, 7 febbraio 2018, n. 19489. Sulla linea di demarcazione tra i due reati Cass., sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 3606, in *Mass. Uff.*, n. 269348; la Corte precisa che risponde di corruzione (e non di traffico di influenze illecite) colui che pone in essere un’attività di intermediazione finalizzata a realizzare il collegamento tra corruttore e corrotto. Sul punto si veda MARRA, *Traffico di influenze illecite*, in *Dig. Pen.*, Agg. XI, 2018, 885.

³¹ Nella versione previgente la clausola di riserva non abbracciava l’art. 318 c.p., per l’evidente ragione che la direzionalità finalistica verso l’atto contrario ai doveri d’ufficio era elemento costitutivo del reato.

ne dei doveri d'ufficio da parte del pubblico ufficiale, dedotta nell'accordo³²; mentre in caso di compenso (pattuito) a lui diretto, la violazione *in re ipsa* dei doveri d'ufficio, dedotta nell'accordo, imponeva di considerare la finalità menzionata come elemento costitutivo del reato.

Prevaleva comunque l'interpretazione che riferiva la finalità tipica a entrambe le tipologie di accordo; fra le due interpretazioni astrattamente possibili, sembrava preferibile quella che ravvisava punibile, in ogni caso, il solo accordo finalizzato all'atto contrario ai doveri d'ufficio, per maggiore fedeltà alla lettera della legge. Infatti, la formula letterale previgente lasciava intendere che l'indicazione della finalità fosse valida per entrambe le direzionalità del compenso, dal momento che il riferimento alla remunerazione del pubblico ufficiale era ricompreso tra due virgole, in alternativa al compenso del mediatore, mentre il riferimento alla finalità (atto contrario ai doveri d'ufficio) era unitario e privo di alternative. Sembrava dunque che l'una e l'altra tipologia di accordo fossero punibili, solo in quanto ugualmente finalizzate all'atto contrario ai doveri d'ufficio³³.

Oggi è venuto meno, nella lettera della norma, l'elemento tipizzante della finalità. Tuttavia, a nostro avviso, la necessaria proiezione esterna dell'accordo punibile richiama implicitamente una qualche rilevanza della finalità, quand'anche non più esplicitamente menzionata. La mancanza di proiezione esterna, come detto, priverebbe l'accordo di quel minimo coefficiente di offensività, che giustifica la rilevanza penale del fatto. Perfino il prestigio della pubblica amministrazione non sarebbe leso da un accordo che prevedesse un compenso di mediazione con mera incidenza interna. Infatti l'immagine della pubblica amministrazione è deturpata dall'idea che la sua attività possa essere distorta e piegata all'interesse privatistico, non certo dall'idea che l'interesse del privato possa essere rappresentato presso l'autorità pubblica, per opera di un mediatore, senza alcuna finalità di favoritismo. D'altronde la previsione del tipo d'accordo diretto a remunerare il pubblico ufficiale, accanto e in alternativa all'altro riguardante il compenso di mediazione, lascia intendere che sempre e comunque l'accordo punibile tende ad "influenzare" e indirizzare gli atti della pubblica amministrazione. Senza questa finalità di indirizzo non si potrebbe parlare nemmeno di *influenza* e la stessa mediazio-

³² BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., riteneva che la finalità dell'atto contrario ai doveri d'ufficio, nella vigenza della vecchia fattispecie di cui alla legge 190/2012, fosse necessaria per i soli casi di mediazione a titolo gratuito e non anche per la mediazione onerosa.

³³ In questo senso MERENDA, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 6; VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale*, cit., 1301.

ne non sarebbe altro che “rappresentanza”.

Orbene, ci si deve chiedere se la finalità di *influenza* non sia al contempo finalità di *distorsione*. È evidente che il cliente attende un risultato di favore dall’opera del mediatore; fin quando questo risultato non reca nocimento alla *par condicio civium*, non pare che l’imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione siano vulnerate. Rimane da capire se sia vulnerato il prestigio della stessa, pur in presenza di un accordo finalizzato a un atto conforme ai doveri d’ufficio. A nostro avviso, la risposta potrebbe variare in relazione alla tipologia d’accordo.

Nel caso in cui, in base all’accordo, il compenso sia diretto al pubblico ufficiale, è evidente che il prestigio della pubblica amministrazione subisce un *de-minutio*, a prescindere dal contenuto lecito dell’atto amministrativo, perché l’idea che l’attività del pubblico ufficiale sia remunerata clandestinamente dal privato (oltre che regolarmente dall’ufficio di tesoreria) diffonde un’immagine negativa della pubblica amministrazione³⁴. Inoltre, la finalità soggettiva risulta deplorabile di per sé, in virtù della concordata destinazione del compenso a favore del pubblico ufficiale, a prescindere dal contenuto lecito dell’atto, in ipotesi conforme ai doveri d’ufficio. Il disvalore giuridico-sociale della finalità dell’accordo e la meritevolezza di pena per i suoi protagonisti si direbbero sussistenti di per sé, prescindendo dalla liceità dell’atto finale del pubblico ufficiale, sicché il reato di cui all’*art. 346 bis c.p.*, nella modalità del compenso destinato a remunerare il pubblico ufficiale, ci pare integrato, quand’anche risulti prodromico alla corruzione impropria.

La stessa cosa non può dirsi, quando il compenso pattuito è destinato a remunerare la sola mediazione. In questa ipotesi, in mancanza di compenso per il pubblico ufficiale, solo l’idea di un’attività amministrativa potenzialmente distorta e piegata agli interessi del privato lede l’immagine e il prestigio dell’istituzione pubblica. Sicché si potrebbe opinare che la finalizzazione dell’accordo, all’atto contrario ai doveri d’ufficio, sia tuttora necessario per una sola delle due tipologie di compenso dedotto nell’accordo. A questa conclusione fa da supporto una ragione d’equità. E’ opportuno porsi la domanda: il “cliente” che avesse promesso un compenso di mediazione per un

³⁴ Da questo punto di vista nulla è cambiato con l’introduzione della nuova fattispecie di corruzione per l’esercizio delle funzioni (art. 318 c.p.), nella quale sono state unificate le due previgenti figure di corruzione “impropria”, antecedente e susseguente; risulta lesa il prestigio della pubblica amministrazione per effetto della remunerazione indebita del pubblico ufficiale, a prescindere dal contenuto dell’atto, nel quale sbocca l’esercizio della funzione; per tutti PADOVANI, *La messa a ‘libro paga’ del pubblico ufficiale ricade nel nuovo testo di corruzione impropria*, in *Guida dir.*, 2012, n. 48; PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

atto conforme ai doveri d'ufficio, per quale ragione dovrebbe essere punito, se il risultato di "favore" che egli si riprometteva di conseguire è pienamente lecito? Dovrebbe egli rispondere della mediazione indebita dell'altro contraente, non essendo un professionista come lui e non avendo i doveri professionali di lui?

Alla stessa conclusione si può arrivare per altra via. La clausola di riserva ("fuori dei casi di") ha ragion d'essere, perché il traffico d'influenze illecite diventa un antifatto non punibile in caso di progressione criminosa. In questo caso, I delitti di corruzione assorbono il disvalore del fatto preliminare; ma ciò significa che il fatto preliminare deve possedere l'astratta potenzialità di condurre al reato assorbente, ovviamente più grave, e l'offesa del reato preliminare deve potersi leggere come una potenziale anticipazione dell'offesa successiva, più grave. Insomma, l'anticipazione della tutela si giustifica in funzione del pericolo di un'offesa più grave. Ne deriva che l'offensività del traffico d'influenze illecite deve situarsi lungo la stessa linea offensiva dei delitti di corruzione propria e impropria.

Orbene, pare indiscutibile che il disvalore della corruzione "impropria" (per l'esercizio della funzione *ex art. 318 c.p.*) risieda interamente nel compenso del pubblico ufficiale, non già nella natura dell'atto; e pare altresì che il disvalore della corruzione propria risieda anche nell'atto, in quanto contrario ai doveri d'ufficio, oltre che nel compenso. Un accordo preliminare che non può sfociare, per sua natura, né nella corruzione propria, né in quella impropria, risulterebbe preliminare al "nulla" penalistico e non metterebbe in pericolo alcun bene giuridico penalmente tutelato. Sembra proprio questo il caso dell'accordo che prevede il solo compenso del mediatore, in vista di un atto del pubblico ufficiale conforme ai doveri d'ufficio. Qui mancherebbe sia il pericolo dell'atto illegittimo del pubblico ufficiale, sia il pericolo del compenso; il fatto non sarebbe preliminare né alla corruzione propria, né alla corruzione impropria. Mancando il potenziale nesso di precedenza fra l'accordo di mediazione ed entrambe le forme di corruzione, si potrebbe pensare che venga meno anche la *ratio* punitiva. Posto che non ha senso conferire rilevanza penale a un fatto che non può essere qualificato corruzione, in assenza di compenso (pattuito o effettuato) in favore del pubblico ufficiale e di un atto (potenziale o attuale) contrario ai doveri d'ufficio, risulta altresì insensato punire un'anticipazione che non anticipa alcunché.

La clausola di riserva non si estende al reato previsto dall'art. 322 c.p.. In ragione di ciò, l'istigazione alla corruzione potrebbe concorrere col traffico di influenze illecite; il che, a nostro avviso, sarebbe dissonante con la logica si-

stemica della riserva. Come s'è detto, il fatto previsto dall'art. 346 *bis* c.p. c.p. è punito fuori dei casi di corruzione, giacché il reato più grave e successivo si situa lungo una linea di progressione criminosa rispetto al suo preliminare. Orbene, a noi pare che anche l'istigazione alla corruzione si collochi in progressione criminosa rispetto all'accordo costituente traffico di influenze illecite³⁵.

In fondo lo sbocco naturale, e diremmo l'epilogo, dell'accordo consiste nel contatto del "trafficante" (che intende "influenzare") col pubblico ufficiale (ritenuto, a torto o a ragione, "influenzabile"). La proposta del primo può essere accolta o meno dal secondo. Se viene accolta, si configura la corruzione; se viene respinta, si configura l'istigazione alla corruzione. L'una e l'altra possibilità costituiscono l'epilogo naturale dell'accordo precedente. Se dunque il reato di corruzione assorbe il traffico di influenze illecite, ci pare che anche il reato di istigazione alla corruzione dovrebbe assorbirlo.

Se non fosse riconosciuto questo rapporto di consunzione, si potrebbe verificare il seguente paradosso: l'esercizio dell'influenza con l'esito di un atto amministrativo contrario ai doveri d'ufficio potrebbe essere punito con pena inferiore, rispetto all'esercizio dell'influenza con l'esito di una proposta del "trafficante" non accolta dal pubblico ufficiale³⁶. Il "danno sociale" della proposta non accolta è certamente inferiore, rispetto a quello recato dalla corruzione consumata, tanto che la pena dell'istigazione è diminuita di un terzo rispetto all'accordo corruttivo giunto a compimento. Ebbene, in caso di mancato riconoscimento del rapporto di consunzione, derivante dalla progressione criminosa fra il "traffico" (consistente in un accordo, che di per sé non implica il contatto effettivo con il pubblico ufficiale) e l'istigazione alla corruzione (che implica il contatto e dunque costituisce un ulteriore passo lungo l'*iter criminis*), il cumulo delle pene previste dall'art. 346 *bis* c.p. e dall'art. 322 potrebbe condurre a una sanzione più grave, rispetto a quella prevista per la corruzione (la cui irrogazione di per sé escluderebbe la punibilità del fatto preliminare, in virtù della clausola di riserva), perfino nella forma

³⁵ Dello stesso avviso VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Dir. pen. cont.* 2/2013, 119 ss.. *Contra* MASSARO, *Il traffico di influenze illecite*, cit., 97 ss., che ammette la possibilità del concorso tra i due reati, *ex artt.* 346 *bis* e 322.

³⁶ Dello stesso avviso MERENDA, *Il traffico di influenze*, cit., 8: "la mancata inclusione della fattispecie di cui all'art. 322 c.p. nella clausola di riserva parrebbe aprire 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 tentata". Al medesimo esito interpretativo perviene BRUNELLI, *Le disposizioni penali*, cit., il quale considera l'istigazione alla corruzione un postfatto non punibile rispetto al reato consumato di traffico di influenze illecite.

più grave di corruzione (propria) per atto contrario ai doveri d'ufficio. Per le ragioni di cui sopra, sarebbe stato meglio che il legislatore avesse incluso la fattispecie di cui all'art. 322 c.p. nell'ambito di previsione della clausola di riserva espressa; tale mancanza, tuttavia, non pare ostativa a un'interpretazione giurisprudenziale, che valorizzi il rapporto di progressione criminosa fra il traffico di influenze illecite e l'istigazione alla corruzione e pertanto riconosca il rapporto di consunzione tra le due fattispecie, sulla base dell'identità del bene giuridico tutelato e della collocazione dei due fatti lungo lo stesso *iter* criminoso, ravvisandosi il fatto successivo più grave come lo sviluppo di quello precedente.

6. *Considerazioni di politica criminale.* La *ratio legis* del novellato art. 346 *bis* c.p., in virtù della legge del 9 gennaio 2019 n. 3, era certamente quella di estendere l'area della punibilità, anche a costo di forzare taluni principi basilari del nostro ordinamento³⁷. Come s'è detto, la forzatura può essere mantenuta nei limiti di compatibilità sistemica, mediante un'interpretazione tendente a ridurre il *deficit* di tipicità, ma indubbiamente la lettera della legge ha aperto le porte ad un potenziale eccesso di punibilità. Si è creato un rapporto di tensione con i canoni di tassatività e determinatezza della fattispecie, corollari indefettibili del principio costituzionale di legalità, perché la tipicità del fatto è abbastanza evanescente, tanto da includere potenzialmente anche accordi stipulati per una mediazione del professionista - nei rapporti tra il privato e la pubblica amministrazione - viziata di irregolarità deontologica, ma non diretta alla corruzione. Si è creato un rapporto di tensione col principio di cui all'art. 115 del c.p., perché si è reso punibile il mero accordo, indipendentemente dalla sua esecuzione. Si è creato un rapporto di tensione col principio di offensività, poiché la punibilità sussiste indipendentemente dal pericolo per l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione e, sulla base del testo letterale, parrebbe sufficiente anche la remota possibilità di mettere in pericolo il bene ideale rappresentato dal prestigio e dall'immagine della medesima.

In ossequio alla menzionata *ratio*, lo spettro di previsione della fattispecie è stato allargato, per effetto delle due modifiche già menzionate. Nella versione previgente, il "prezzo" previsto nell'accordo di mediazione (destinato a uno dei contraenti o al pubblico ufficiale) doveva avere natura economica; ora può

³⁷ Tale *ratio* è ben evidente, come chiosano criticamente GAITO, MANNA, *L'estate sta finendo*, cit. 3; PELLISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in www.quotidianogiuridico.it.

consistere anche in “altra utilità”. Nella versione vigente, è stato eliminato il riferimento alla finalità; dunque non è più necessario che l’accordo sia finalizzato a un atto contrario ai doveri d’ufficio. E’ stato dunque indubbiamente allargato lo spettro di previsione dei fatti punibili - in funzione si deve presumere - di una maggiore efficienza nel contrasto alla criminalità dei c.d. colletti bianchi.

Non è detto, tuttavia, che la modifica legislativa sortisca l’effetto desiderato. Le armi del contrasto potrebbero rivelarsi depotenziate, per effetto della “solidarietà” di entrambi i contraenti dell’accordo di mediazione. Nella vigenza della fattispecie di millantato credito³⁸, il soggetto che prometteva il compenso a favore del millantatore, era riconosciuto come vittima del reato, non già come correo. Tale vittima aveva tutto l’interesse a denunciare il fatto, la cui responsabilità gravava sulla “controparte” dell’accordo³⁹. Oggi, anche nel caso in cui il “cliente” sia ingannato dal “trafficante”, che millanta relazioni inesistenti, entrambi i contraenti dell’accordo sono posti sullo stesso piano; sono correi allo stesso modo e condannati nella stessa misura. Nessuno dei due ha interesse a denunciare l’altro, sicché è verosimile che siano “scoperti” molto meno “traffici” rispetto al previsto⁴⁰.

In sede di politica criminale, l’introduzione della nuova fattispecie è stata giustificata nella veste di doveroso adempimento rispetto agli obblighi internazionali, derivanti dalle Convenzioni dianzi citate (Convenzione di Strasburgo e Convenzione ONU)⁴¹; tuttavia la giustificazione appare forzata e fuori luogo, dal momento che era già stata invocata, in relazione alla precedente formulazione della fattispecie (*ex lege* n. 190/2012). Delle due l’una: o il primo

³⁸ La fattispecie di cui all’art. 346 c.p. è rimasta in vigore anche a seguito dell’introduzione della fattispecie di traffico di influenze illecite (*ex L. 190/2012*), fino all’entrata in vigore della legge 3/2019, la quale ne ha disposto l’abrogazione. Riteniamo si possa classificarla come *abrogazione espressa noniuata* con “contestuale introduzione di una nuova disciplina per la stessa situazione di vita” (senza *abolitio criminis*); sul punto TRAPANI, *Abrogatio. Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*, Torino, 2019, 43 ss..

³⁹ L’impunità della “vittima” della millanteria è stata sempre giustificata dalla *ratio* di rendere più agevole la scoperta della casistica dei reati, incentivandone la denuncia; per tutti RAMPIONI *Millantato credito*, in *Dig. Pen.*, VII, Torino, 1993, 689.

⁴⁰ Fin quando (prima dell’entrata in vigore della legge 3/2019) vige la norma incriminatrice del millantato credito, il pubblico ministero avrebbe potuto escutere il “compratore di fumo” quale fonte di prova diretta; a seguito della recente modifica legislativa, questi spazi di manovra si sono chiusi; sul punto MAIELLO, *L’abrogazione del millantato credito*, cit. 8; MANES, *La corruzione senza tipicità*, cit., 1135 ss.

⁴¹ La Relazione illustrativa al disegno di legge 1189/2018 specificava che ancora una volta l’intervento legislativo in materia si rendeva necessario per adempiere agli obblighi internazionali. Sul punto MAIELLO, *L’abrogazione del millantato credito*, cit., 6

“adempimento” non aveva “adempiuto” alcunché e il legislatore italiano era stato inetto nel 2012; o gli “obblighi” internazionali erano già stati rispettati e dunque la vera *ratio* della riforma del 2019 va cercata altrove. Invero, perfino nella vigenza dell’originaria legislazione codicistica (che incriminava il solo millantato credito *ex art.* 346 c.p.), la giurisprudenza univocamente riconosceva la punibilità del fatto, non già nei soli casi di relazioni inesistenti e tuttavia millantate (tra il millantatore e il pubblico ufficiale), ma anche nei casi di relazioni effettive. Si può pensare, dunque, che il preliminarizzare della corruzione fosse già incriminato prima dell’entrata in vigore della legge n. 190/2012. A maggior ragione, si deve pensare che gli obblighi internazionali fossero stati adempiuti con l’entrata in vigore di tale legge e non fosse necessario estendere ulteriormente l’ambito della punibilità

A nostro avviso, la fattispecie del 2012, che contemplava la finalità dell’atto contrario ai doveri d’ufficio, aveva il pregio di evidenziare, senza equivoci, la proiezione esterna dell’accordo punibile e restringere l’offesa nel quadro dell’imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. In base alla formulazione letterale della fattispecie, l’accordo era necessariamente proiettato verso l’atto della pubblica amministrazione e perciò risultava punito un fatto che “impattava”, sia pure in termini di pericolo e non di danno, con la pubblica amministrazione. La nuova fattispecie, nella quale manca il riferimento alla finalità, si presta a interpretazioni late ed estensive¹², per quanto, come si è detto, c’è pur sempre spazio per interpretazioni restrittive, compatibili coi principi generali del nostro ordinamento.

¹² Di quest’avviso PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 7; nella fase del dibattito antecedente all’approvazione della legge, la *ratio* ispiratrice fu ritenuta guidata da un “sentimento di giustizia repressiva e vendicativa” (comunicato dell’AIPDP sulle *politiche del diritto penale*, 22 novembre 2018, in www.discrimen.it).