

Traffico di influenze illecite e delitti di corruzione: una relazione tormentata. Tra principio di sussidiarietà, frammentarietà e tassatività della legge penale.

di *Simona Metrangolo*

La legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino) ha ammodernato il codice penale italiano, sospinta da esigenze di “nuova” incriminazione (si pensi agli artt. 346 *bis* e 319 *quater* c.p.) e più dura repressione (si pensi al peggioramento del trattamento sanzionatorio riservato all'art. 317 c.p.: prima punito con la reclusione da quattro a dodici anni; adesso da sei a dodici anni).

Sebbene, con riguardo al delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità, vi sia stato taluno in dottrina¹, ma anche in giurisprudenza², che ha letto la fattispecie in un'ottica di continuità repressiva rispetto alla precedente formulazione³, lo stesso non può dirsi per il delitto di traffico di influenze illecite, che punisce fatti un tempo privi di rilevanza penale.

A tal proposito, va premesso che tra i lodevoli intenti giustizialisti⁴ della riforma in questione, vi era quello di condannare, o quantomeno provarci, il diffuso fenomeno del *lobbismo*, fino al 2012 rimasto impunito nonostante fosse ben radicato nei contesti pubblici.

I c.d. gruppi di pressione⁵, infatti, composti da membri spesso non appartenenti all'organico della Pubblica Amministrazione, e forti di conoscenze prossime a quest'ultima, riuscivano ad influenzarne l'operato, talvolta tramite mediazioni lecite (si pensi alla “sponsorizzazione” di meritevoli appaltatori, che avrebbero comunque vinto la gara per merito e rispondenza dei propri requisiti imprenditoriali a quelli

1 S. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO, a cura di, *La Legge Anticorruzione*, Torino – 2013.

2 Cfr. Cass. Pen., SS. UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 12228, ric. *Maldera*.

3 Il fenomeno cui ci si vuol riferire è quello dello “spacchettamento della concussione”, così definito dagli stessi Autori della riforma Severino e dalla giurisprudenza successiva alla sua entrata in vigore (cfr. <http://www.leggioggi.it/2014/03/24/concussione-e-induzione-la-cassazione-cerca-di-fare-ordine-dopo-la-riforma/>, ma anche, *ex multis*, Cass. Pen., sez. IV, 21 febbraio 2013, n. 8695, ric. *Nardi*).

In punto di mera successione (modificativa) di leggi penali nel tempo, si vedano – nuovamente – le c.d. Sezioni Unite Maldera: “*C'è continuità normativa tra la concussione per induzione di cui al previgente art. 317 c.p. e il nuovo reato di induzione indebita di cui all'art. 319 quater c.p.*”, in <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=10394>.

Giova precisare, infine, che la legge 27 maggio 2015, n. 69 ha reintrodotto l'incaricato di pubblico servizio come soggetto attivo del reato di concussione, in precedenza espunto dalla norma proprio dalla legge n. 190 del 2012 (l'incaricato di pubblico servizio rispondeva, infatti, di estorsione aggravata dall'abuso di qualità: artt. 629, 61, n. 9, c.p.).

4 Dovuti anche ad esigenze di tutela rappresentate da Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, come la c.d. Convenzione di Merida (lg. 3 agosto 2009, n. 116).

5 Dizione invero lata dal punto di vista semantico, mutuata dal lessico giornalistico.

prescritti dal bando⁶), talaltre per mezzo di mediazioni illecite (si pensi all'aggiudicazione di un contratto d'appalto ottenuta tramite condotte estorsive perpetrate da privati ai danni del Presidente o di altri membri della Commissione giudicatrice).

Come risulta dagli esempi proposti, per incriminare la “pressione” del privato erano dunque necessari *modus agendi* coercitivi, connotati cioè da peculiare violenza fisica o psicologica⁷. Viceversa, fenomeni criminosi della medesima specie assurgevano al rango di illecito penale solo ove integrassero gli estremi tipici della corruzione - propria o impropria, secondo una risalente dizione -, in un contesto, peraltro, dialogico e ad interazione paritaria e *diretta* tra Pubblica Amministrazione e *civis*.

Per essere più precisi, mancava una norma che conferisse rilevanza penale anche - ed *esclusivamente* - a quei casi in cui il privato⁸, vantando conoscenze in seno alla P.A., le sfruttasse per favorire un terzo e ricevesse da questi, per ciò solo, un compenso.

Fino al 2012 dunque l'operato del c.d. faccendiere, a meno che non integrasse gli estremi delinquenziali già visionati, era legittimo e non passibile di incriminazione alcuna.

Con l'inserimento, nel codice penale italiano, dell'art. 346 *bis*, il quadro istituzionale è cambiato: il faccendiere non va più esente da pena, se il suo *modus* e “*status*” *agendi* ricalcano gli estremi operativi prescritti dal legislatore della riforma.

L'art. 346 *bis*, I e II co., c.p.⁹ stabilisce, infatti, che: “chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319 *ter*, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale [da qui in poi, p.u.] o con un incaricato di un pubblico servizio [da qui in poi, i.p.s.], indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il p.u. o l'i.p.s. ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento¹⁰ di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni.

6 Per un efficace riscontro di tale prassi nel campo del diritto civile e commerciale, si pensi alle c.d. lettere di *patronage*, o di raccomandazioni o gradimento, in cui un soggetto, detto *patron*, garantisce ad un terzo la solvibilità finanziaria di altro soggetto. A seconda, poi, dell'impegno (forte o debole) profuso per garantire il futuro adempimento di quest'ultimo, il *patron* sarà o meno chiamato a rispondere del suo eventuale inadempimento (arg. ex art. 1381 c.c.).

7 Intendendo la minaccia (art. 612 c.p.) quale “risvolto” morale, e dunque psicologico, della violenza privata (art. 610 c.p.).

8 Ma non solo: cfr. la circostanza aggravante dell'art. 346 *bis*, III co., c.p. .

9 Si riporta, per completezza, anche il prosieguo dell'art. 346 *bis* c.p.: “La pena è aumentata se il soggetto che fa dare o promettere indebitamente, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie.

Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita”.

10 In questa espressione parrebbe rientrare tanto il compenso per la realizzazione di un'attività antidoverosa futura, quanto quello per un'attività già compiuta.

La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale”.

Dovendo procedere ad un'analisi degli elementi costitutivi - e non solo - del reato, esso si presenta all'interprete come reato comune: può essere, cioè, commesso dal *quisque de populo*, non occorrendo, a fini punitivi, che l'agente rivesta ruoli qualificati (come, ad esempio, l'essere un funzionario pubblico). Vessillo di tutto questo è il pronome indefinito “chiunque”, in luogo di locuzioni come “il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio”, di cui constano altre fattispecie (si pensi alla concussione).

La norma prosegue, poi, a livello “letterale”, con l'inciso “fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319 *ter*”: esso, dal punto di vista tecnico, incarna una clausola di riserva (o di sussidiarietà espressa o escludente¹¹).

La clausola di sussidiarietà, che ben può presentarsi attraverso altra formulazione¹², svela all'interprete il peculiare “stadio o grado dell'offesa”¹³ perpetrata al bene giuridico, legislativamente tutelato, da parte di chi abbia commesso l'illecito contenente la clausola.

In altri termini, con la clausola di riserva, il legislatore aiuta l'operatore del diritto a risolvere casi di concorso apparente di norme: quelle ipotesi in cui un unico fatto sembra potersi ricondurre a più fattispecie incriminatrici.

Si pensi al delitto di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.): la locuzione “salvo che il fatto non costituisca più grave reato”, con cui la norma si apre, fornisce all'interprete almeno due precisazioni, logicamente connesse.

La prima riguarda il criterio che l'interprete dovrà seguire nell'accordare prevalenza ad un reato piuttosto che all'altro (o agli altri), e che è quello del trattamento

11 Per quanto la dizione “clausola escludente” appartenga al lessico del diritto civile e amministrativo, soprattutto. Le clausole escludenti sono quelle, ad esempio, contenute in un bando di gara o di concorso e che dettano peculiari prescrizioni, tendenzialmente volte ad escludere, dalla gara o dal concorso, certe categorie soggettive.

Si pensi ad un bando di concorso, indetto con provvedimento *ad hoc* (spesso è un decreto ministeriale) da parte del Ministero competente, per reclutare personale da inquadrare in determinate fasce lavorative (funzionario dirigente di livello C1, ad esempio). Ove il bando sia rivolto solo ai soggetti che già operino all'interno della P.A., ai fini della c.d. progressione verticale, chi non versi in tale *status*, sarà escluso dal partecipare al concorso (e quand'anche faccia domanda, la stessa sarà respinta perché inammissibile - *rectius*: irricevibile).

In modo atecnico, si parla di clausole escludenti altresì con riguardo a quelle prescrizioni di un bando (di gara d'appalto, ad esempio) tramite cui la stazione appaltante esime taluni soggetti dall'allegare certa documentazione o dall'espletare determinate attività.

Sul tema delle clausole escludenti (in astratto o in concreto, immediatamente o meno lesive), si veda: M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli Edit., II ediz., 2016, pagg. 474 e ss., ma anche F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo – profili sostanziali e processuali*, tomo I, VI ediz., Giuffrè Edit., pag. 323 e ss. .

12 “Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato”, per esempio, *incipit* del delitto di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. . Può anche non presentarsi proprio, discorrendosi in quel caso di sussidiarietà implicita e rimettendosi all'interprete il compito di desumere ermeneuticamente la clausola di riserva inespresa.

13 Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale – parte generale*, Zanichelli Edit., 2007, pag. 673.

sanzionatorio peggiore, desunto guardando alla pena edittale stabilita nel massimo¹⁴: si applicherà dunque il reato che prevede la pena massima più alta (tra il delitto c.d.

14 Se le pene stabilite nel massimo sono numericamente coincidenti, si dovrà guardare a quelle statuite nel minimo, accordando prevalenza al reato col minimo edittale più alto. Nel caso di coincidenza tra minimi e massimi, l'interprete dovrà risolvere il conflitto apparente tra norme in altro modo, magari scomodando i criteri risolutivi della specialità o dell'assorbimento (o consunzione).

In breve, il criterio (o principio) di specialità è quello reputato, da chi sposa le c.d. tesi moniste, come l'unico in grado di risolvere il conflitto apparente di norme. Sarebbe l'unico in quanto è il solo, in effetti, ad essere previsto *ex lege* (cfr. art. 15 c.p.).

Si definisce “speciale” una norma rispetto ad un'altra quando, dopo un raffronto strutturale tra le due fattispecie, emerge che quella speciale contiene tutti gli elementi di quella generale, distinguendosi però per l'aggiunta (specialità per addizione) o per la puntualizzazione (specialità per specificazione) di un elemento in quest'ultima non contemplato, o contemplato in via “sommatoria”.

La comparazione tra norme avviene in astratto, guardando alla prescrizione normativa, e non in concreto, guardando cioè al fatto *hic et nunc* verificatosi. Se così si facesse, del resto, non esisterebbero mai conflitti apparenti di norme, ma fatti “unici” o, al più, in concorso materiale tra loro.

Sui concetti, inoltre, di specialità unilaterale e biunivoca (o reciproca), e in genere sul criterio di specialità, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Giuffrè Edit. - 2012, pagg. 449 e ss. .

Chi non accoglie l'orientamento monista (si tratta dei fautori delle c.d. tesi pluraliste) ritiene invero che l'art. 15 c.p., quando statuisce “salvo che sia altrimenti stabilito”, fa riferimento a quei casi in cui lo stesso legislatore risolve il conflitto apparente di norme attraverso l'utilizzo di peculiari formule linguistiche, espressive del principio di sussidiarietà (come: salvo che il fatto non costituisca più grave reato, fuori dei casi di cui, *et similia*; fermo restando che “la sussidiarietà” può essere anche implicita o tacita: si veda la nota n. 11).

Sul principio di sussidiarietà, si veda comunque *infra*, nel testo.

Chi appoggia le tesi pluraliste precisa, poi, che esiste un ulteriore criterio, risolutivo del concorso apparente di norme: quello dell'assorbimento (o consunzione), tuttavia ritenuto privo di alcun fondamento dalle Sezioni Unite nel 2005 (cfr. Cass. Pen., SS. UU., 20 dicembre 2005, n. 47164). Detto criterio è invocabile nei casi in cui “la commissione di un reato si accompagna”, secondo *l'id quod plerumque accidit*, “alla realizzazione di un secondo reato, il quale finisce, ad una valutazione normativo-sociale, con l'essere assorbito dal primo. Il legislatore, dunque, nel determinare la sanzione per il reato più grave, tiene conto anche del reato meno grave che generalmente è legato al primo”. In definitiva, “ricorre la consunzione” (o assorbimento) “quando sussiste **unitarietà normativo-sociale** del fatto disciplinato da due [o più, *ndr*] norme”, così N. COREA, *Le Sezioni Unite dicono no alla consunzione*, 9 giugno 2006, in Altalex: <http://www.altalex.com/documents/news/2006/06/08/le-sezioni-unite-dicono-no-alla-consunzione> .

Critici nei confronti del principio di assorbimento (o consunzione), G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, pagg. 674-677, che lo degradano alla stregua di mera operazione, *rectius*: di esito, cui si perviene dopo aver effettuato una qualsiasi comparazione (del resto, ad esempio, sia che si applichi il criterio di specialità sia che si applichi quello di sussidiarietà, la fattispecie “soccumbente” verrà comunque assorbita da quella prevalente).

Va soggiunto infine che esistono correnti (dottrinarie e giurisprudenziali) che, condividendo quanto appena detto in tema di assorbimento, riconoscono autonomia al solo criterio di consunzione, e vi fanno rientrare anche i casi di sussidiarietà tacita (oltre a quelli in cui il reato meno grave è necessariamente propedeutico a quello più grave); si veda, a riguardo, l'analisi dell'art. 15 c.p. proposta da *Codici Simone online*, <http://www.simone.it/cgi-local/Codici/newart.cgi?15.7.0.0.45.7.0>.

di *stalking* e quello di maltrattamenti in famiglia, ad esempio, il reato col massimo edittale più elevato è quello di cui all'art. 572 c.p.).

La seconda precisazione riguarda la stessa *ratio essendi* del principio di sussidiarietà, cui invero s'è già fatto cenno: esso esprime modalità gradate di lesione (o d'esposizione al rischio di lesione) all'interesse giuridico tutelato dalla norma. Tanto fa, il principio, attraverso una sorta di *escalation*, o di *climax*: è come se esistesse una gerarchia istituzionale, creata dal legislatore e con cui questi ha incriminato - dalla meno cospicua a quella più grave - le modalità di aggressione a certi¹⁵ beni giuridici.

Sussidiario, allora, vuol dire residuale. Norma sussidiaria è quella che opera in mancanza di altre atte a regolamentare una certa casistica¹⁶, vuoi perché non le abbia previste a monte il legislatore (e, in quest'ipotesi, la norma più che sussidiaria è unica), vuoi perché la fattispecie concreta, vagliata dall'interprete, è "a valle" la più tenue tra le gradazioni di offensività previste *ex lege*.

Il giurista opera quindi un bilanciamento "quantitativo"¹⁷ tra illeciti normativi: l'illecito che soccombe a detta ponderazione sarà "assorbito" da quello prevalente (e dunque più grave).

Con riguardo al traffico di influenze illecite, il legislatore, proprio attraverso la menzionata clausola "fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319 *ter* c.p.", ha escluso *ab origine* che il delitto di cui all'art. 346 *bis* c.p. possa concorrere con quelli di corruzione elencati, restando il primo eventualmente assorbito dai secondi.

15 "Certi" beni giuridici nel senso di "solo quelli" ritenuti meritevoli di tutela da parte del legislatore, che ha quindi provveduto a formalizzare *peculiari* norme che incriminino *peculiari* modalità di aggressione a detti beni. Il criterio riguardante la loro selezione, adottato dal legislatore, è quello dell'interesse di rango costituzionale: sul principio di frammentarietà nel diritto penale, si veda *infra*, nel testo.

16 Così, del resto, è anche nel contesto civilistico. Si pensi agli artt. 2041-2042 c.c., che disciplinano l'azione generale di arricchimento (o di ingiustificato arricchimento o d'arricchimento senza giusta causa): come recita il dispositivo della norma (art. 2042 c.c.), l'istituto si applicherà solo se non ricorreranno i presupposti (di legittimazione e di operatività) per esercitare altra azione. Si veda, a tal proposito, la lettera dell'art. 2042 c.c.: "L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito".

17 Perché ha ad oggetto il *quantum* di offensività "ingenerato" dall'illecito penale, ove portato a compimento. Differentemente, il criterio dell'assorbimento (o consunzione) distingue le fattispecie incriminatrici dal punto di vista "valoriale": del bene giuridico leso, cioè, dall'operare criminoso, così G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, pagg. 673-677, ma cfr. anche *supra*, nota n. 14.

Gli Autori, comunque, non mancano d'osservare come i due criteri (di sussidiarietà e dell'assorbimento) possano facilmente sovrapporsi l'uno all'altro o, peggio, atteggiarsi a "meri doppioni" del principio di specialità ex art. 15 c.p. . A chi accoglie questa tesi, essi forniscono suggestive argomentazioni per fugare qualsivoglia perplessità: per un approfondimento sul punto, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, parte VI - capitolo II: concorso apparente di norme, pagg. 667-679.

Com'è evidente, e come del resto è stato puntualizzato da autorevolissima dottrina¹⁸, lo spazio vitale del reato di cui all'art. 346 *bis* c.p. è decisamente ridotto.

Non solo, infatti, il delitto sarà operativo “fuori dei casi di concorso nei reati” di corruzione menzionati – il che sta a significare che, se il c.d. faccendiere è anche il/uno dei corrotti o corruttori, risponderà di corruzione -, ma è proprio lo *spatio criminis* del reato ad essere circoscritto a tutto ciò che viene prima dell'accordo “tipicamente” corruttivo, e che incarna la tipicità criminosa prevista dal legislatore nell'art. 346 *bis* c.p. .

Si vuol dire cioè che, dal punto di vista dell'elemento oggettivo, il fatto incriminato dalla norma è quello di chi, sfruttando conoscenze di cui gode in seno alla P.A.¹⁹, si faccia dare o promettere indebitamente, per sé o per altri, una retribuzione²⁰ quale prezzo per la sua mediazione illecita presso il pubblico agente, ovvero come compenso per l'attività illecita da questi posta in essere (compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio; omissione o ritardo di un atto d'ufficio).

Oggetto dell'incriminazione (nonché del dolo generico²¹ richiesto dalla fattispecie come suo elemento soggettivo) è esclusivamente l'attività di mediazione illecita con la P.A., perpetrata dal faccendiere a seguito di un accordo in tal senso contratto col terzo/privato.

18 Si veda il critico editoriale di E. ANTONUCCI, *Il traffico di influenze illecite? Una boiata pazzesca*, intervista al Prof. T. PADOVANI, in www.ilfoglio.it, 7 aprile 2016.

19 Sia essa intesa nel senso di “cosa pubblica” in senso stretto (apparati ed organi governativi, cioè), sia essa intesa nel senso di Amministrazione giudiziaria, tributaria o altro ancora.

20 Sebbene – va precisato - il lemma “retribuzione” appartenga ad una concezione ormai superata dei delitti contro la P.A. in genere. Con l'avvento della riforma Severino, infatti, si è via via abbandonata l'idea della compravendita di funzioni pubbliche, molto cara alla visione anni '90 di questa categoria di illeciti. Adesso (e prova ne sia la rinnovata veste di cui gode l'ex delitto di corruzione propria o per un atto d'ufficio, norma ora rubricata come “corruzione per l'esercizio della funzione”, art. 318 c.p.) il compenso elargito, per costrizione, induzione o di “propria sponte”, al pubblico agente non incarna più il prezzo – civilisticamente inteso – di un contratto ex art. 1470 c.c. con causa illecita. Esso, al contrario, è il tassello che perfeziona un *pactum* (certamente *sceleris*) e va inteso alla stregua di elemento “essenziale” dello stesso (arg. ex art. 1325 c.c.), in assenza del quale, cioè, l'accordo non potrebbe prendere vita e produrre i propri effetti (illeciti) nell'ordinamento. Resta inteso che, proprio perché l'accordo così intrapreso viola norme imperative (quelle penali), la patologia da cui sarà affetto è quella della nullità, sul piano del diritto privato (cfr. art. 1418 c.c.).

In senso moderatamente conforme a quanto appena detto, si vedano: S. FARINI-A. TRINCI, *Compendio di diritto penale – parte speciale*, Dike Giuridica Edit., Aprile 2013, pagg. 73-81; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale – parte speciale: delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Il Mulino Edit. - 2015, capp. VIII, IX, X, XII.

Sulla distinzione tra reati contratto e reati in contratto (le “corruzioni” apparterebbero alla prima categoria), si veda D. PROIETTI, *Interferenze tra diritto penale e diritto civile: reati contratto e reati in contratto*, in www.ildirittoamministrativo.it.

21 Nel senso che il reo deve rappresentarsi e volere, dunque essere consapevole, “della illiceità della mediazione, intesa come illegittimità dell'*agere* amministrativo che si vuol andare a sollecitare o remunerare”, così S. FARINI-A. TRONCI, *op. cit.*, pag. 111.

Pertanto, anche il denaro (o altra utilità) che il reo percepisca per remunerare il pubblico agente, ha quale unico “fine” il “pagamento”²² del p.u. o dell’i.p.s. per l’occorso sviamento del potere pubblico²³. Giammai, cioè, esso costituisce l’esito, il perfezionamento “materiale”, di una trattativa *ad hoc* intrapresa tra il faccendiere, il privato e il p.u. o l’i.p.s.: in casi del genere, infatti, l’interprete si troverebbe al cospetto di una ipotesi di (concorso in) corruzione.

E’ proprio qui, dinnanzi a precisazioni di tal fatta, che emerge la stringatezza operativa del delitto in analisi; stringatezza che mal si concilia col principio di frammentarietà sotteso al sistema penale italiano.

Vero è, infatti, che: 1) il legislatore incrimina “specifiche forme di aggressione [...], considerate più gravi ed insidiose”²⁴ contro specifici interessi giuridici di rilievo costituzionale (c.d. primo livello di frammentarietà); 2) che l’ambito di rilevanza penale di un fatto sia ben più limitato rispetto al novero di illeciti civili (ivi ricomprese le “mere” violazioni contrattuali) o amministrativi esistenti (c.d. secondo livello di frammentarietà) e 3) che “l’area del penalmente rilevante non coincide con quella [...] del moralmente riprovevole”²⁵ (c.d. terzo livello di frammentarietà). Tutti requisiti che il delitto di traffico di influenze illecite ricomprende perfettamente.

A ben vedere, però, la *ratio* sottesa al principio di frammentarietà è *anche* quella di assicurare ai consociati zone franche dall’incriminazione; aree, cioè, in cui essi possano autodeterminarsi liberamente all’azione senza il rischio di incorrere in pene.

22 Inteso sempre in senso lato: si vedano le considerazioni spese *sub* nota n. 20.

23 Lo sviamento di potere, beninteso, è una delle c.d. figure sintomatiche dell’eccesso di potere, modalità attraverso cui detto vizio di legittimità del provvedimento amministrativo può, cioè, manifestarsi (nello specifico: il potere pubblico, di cui è investito *ex lege* il p.u. o l’i.p.s., viene esercitato per finalità diverse da quelle per cui s’era resa necessaria l’investitura; da qui, la nozione di “sviamento di potere”).

In effetti, se ci si fa caso, il pubblico agente formalizza il proprio operato con l’adozione di un atto: il provvedimento, viziato se non conforme ai doveri del suo ufficio. L’atto, pertanto illegittimo, potrà essere impugnato dinnanzi agli organi della giustizia amministrativa (in primo grado, T.A.R. territorialmente competente; in appello, Consiglio di Stato) per ottenerne l’annullamento e/o la sospensione, in via cautelare, degli effetti lesivi frattanto prodotti.

Sul tema dei vizi del provvedimento amministrativo, ma anche sulle tematiche processuali succintamente ripercorse, si veda: F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Edit., IX ediz. - 2016, parte III, cap. 7; parte IV, capp. 4-5.

24 G. FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, pag. 32.

25 *Ibidem*. Si pensi all’omosessualità, costituente ancora reato in talune realtà ordinamentali, ma in Italia da tempo decriminalizzata. Oppure, in un’ottica tuttavia di depenalizzazione (cfr. d.lgs. nn. 7 e 8, 15 gennaio 2016), si pensi allo (ormai) illecito amministrativo degli atti osceni (art. 527 c.p.), prima qualificato come delitto, adesso “degradato” a mera trasgressione, comportante – ove posta in essere – l’irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5000 ad euro 30000. Si è dunque “sostituita” la rilevanza penale di una condotta con un giudizio unicamente etico sulla medesima che, pertanto, non giustifica il ricorso alla sanzione in senso stretto.

Per le prime applicazioni giurisprudenziali della depenalizzazione in tema di atti osceni, si veda Cass. Pen., sez. III, 6 settembre 2016, 36867, sulla liceità dell’autoerotismo.

Questo, per evitare pericolose derive statuali-autoritarie, che striderebbero con l'idea di Stato di diritto *in nuce* coltivata già dal Codice Rocco nel 1930, prima ancora della sua reale formalizzazione con l'avvento della Carta fondamentale nel 1948.

Tutto ciò premesso e alla luce del ridotto spazio operativo riservato al delitto ex art. 346 *bis* c.p., quasi sempre assorbito nella prassi dalle ipotesi di corruzione ex artt. 319 e 319 *ter* c.p., ci si chiede, dunque, se fosse realmente necessario dotarlo di rilevanza penale e se, di rimando, sia costituzionalmente legittima la sua permanenza nel nostro ordinamento (se si condivide la tesi per la quale il principio di frammentarietà è espressione di *diktat* costituzionali²⁶).

Taluni autori, tra i quali PADOVANI²⁷, auspicano l'espunzione della fattispecie dal codice ritenendola “costruita sul nulla” e reputando di ciò colpevole **anche** la sua ambigua formulazione, che accentra il disvalore del fatto sull'*indebita* percezione, da parte del mediatore, di un compenso per le attività illecite svolte “in nome proprio, ma per conto”²⁸ di un terzo.

PADOVANI spiega, infatti, che l'avverbio “indebitamente”, di cui consta la norma, “è un requisito [...] di illiceità speciale²⁹: la condotta, per diventare penalmente illecita, deve già esserlo di per sé, ma per potere definire un illecito ci vuole una legge che chiarisca cos'è una mediazione, legge da noi inesistente”. Ciò comporta che “spetta al magistrato colmare, con ampi margini di discrezionalità, il vuoto normativo³⁰. Non solo: il mediatore, una volta ottenuti i soldi dal privato, potrebbe in realtà anche decidere di non influire sul pubblico ufficiale. Si potrebbe insomma avere alla fine un soggetto condannato per traffico di influenze illecite, ma che in verità non ha mai cercato di condizionare l'amministratore pubblico”^{31 32}.

26 Si veda Corte Cost., 25 maggio 1987, n. 189.

27 Cfr. E. ANTONUCCI, editoriale cit. .

28 Sia concesso il richiamo a questa locuzione tipicamente privatistica, mutuata dal lessico del rappresentanza indiretta (il fenomeno) e del mandato senza rappresentanza (la manifestazione del fenomeno).

29 L'antigiuridicità (o illiceità) speciale è data dalla presenza, tra i requisiti descrittivi del fatto tipico, di elementi che di per sé già implicano una sua qualificazione in termini di illecito.

Taluno li considera elementi normativi del fatto e ricorrono quando, nella norma penale, si rinvengono locuzioni come: abusivamente, illegittimamente, indebitamente, senza giusta causa, senza necessità.

30 Ciò che darebbe la stura per tacciare di incostituzionalità il delitto *de quo* anche sotto il profilo dell'inosservanza del principio di legalità e dei suoi corollari (tassatività, determinatezza e – per taluni: MARINUCCI-DOLCINI – precisione della fattispecie penale).

31 *Ibidem*.

32 L'ipotesi “virgolettata” va comunque tenuta distinta da quella in cui il faccendiere sia invero un millantatore: qualora cioè ritenga presso di sé il denaro o le utilità percepite perché non gode di alcuna reale conoscenza nelle amministrazioni pubbliche (e, di conseguenza, non può dar vita ad alcuna mediazione illecita, come vorrebbe la norma).

Un caso del genere, infatti (è la c.d. vendita di fumo), andrebbe ricondotto al reato di millantato credito, dove “le relazioni privilegiate con il pubblico ufficiale e la capacità di influenzarlo costituiscono oggetto di un'artata rappresentazione, di una millanteria, di un inganno da parte del soggetto che si fa dare o promettere”, così S. FARINI-A. TRONCI, *op. cit.*, pag. 111-112.

Ovviamente, c'è chi non ha avallato queste tesi, sostenendo che “in una ottica di prevenzione generale [...], la frammentarietà [rigidamente intesa, *ndr*] della tutela contrasterebbe con l'esigenza di reprimere tutti i comportamenti capaci di ledere il bene protetto”³³, di caratura costituzionale. Infatti, il delitto di traffico di influenze illecite fa parte del novero di reati contro la P.A., il cui sotteso interesse giuridico è quello di tutelare il buon andamento, l'imparzialità e l'efficienza della macchina pubblica: il tutto è compendiato nella lettera di cui all'art. 97 Cost. .

Tanto basterebbe, dunque, per legittimare nel nostro ordinamento la permanenza di siffatto reato, nonostante le visionate e apparenti (?) discrasie col sistema penale; permanenza ancor più giustificata se si condivide la tesi per cui il delitto ex art. 346 *bis* c.p. sia un reato di pericolo astratto.

Note conclusive di carattere tecnico.

Il delitto è a struttura complessa (basti guardare alla “farraginosità” del suo elemento oggettivo) ed appartiene, come precisato, alla categoria dei reati di pericolo.

Sarebbe proprio la “segmentazione” della condotta tipica in più articolati a far ritenere configurabile il tentativo, nonostante la menzionata natura giuridica di reato di pericolo dell'art. 346 *bis* c.p. (per quanto vi sia in dottrina chi ritenga comunque compatibili tentativo e reati di pericolo astratto)³⁴. Ancora, il reato si consuma nel momento e nel luogo in cui si versa il contributo in denaro o si effettua la semplice, ma seria, promessa di corrisponderlo, a prescindere dunque dall'effettiva *traditio*.

Si ritiene, infine, non sia compatibile, col delitto *de quo*, l'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. perché il legislatore ha puntualmente previsto l'operatività di una circostanza aggravante “speciale”, ma ad effetto comune (quella di cui all'ultimo comma dell'art. 346 *bis* c.p.), sulla falsariga di quanto già prescritto dall'art. 323 *bis* c.p. per i delitti specifici ivi riportati.

In casi così, infatti, il monito del legislatore è chiaro: a prescindere dalla “tenue” lesione perpetrata al bene giuridico tutelato dalla norma, in nessun caso la funzione amministrativa potrà essere soggetta a mercimonio³⁵. Ragion per cui il reo non potrà godere di peculiari impunità, ma al più di benefici sanzionatori da applicarsi sulla pena irroganda (e stabilita in concreto dal giudice per mezzo dei criteri di commisurazione ex art. 133 c.p.).

Si veda altresì Cass. Pen., sez. VI, 28 novembre-11 dicembre 2014, n. 51688, ric. *Milanese*, con relativa annotazione, in www.giurisprudenzapenale.com, 11 gennaio 2015.

33 Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, pag. 33, nota n. 61.

34 E non condividendo, dunque, quella tesi secondo cui l'incriminazione, alla stregua di delitto tentato, di un reato di pericolo incarnerebbe un inammissibile arretramento della soglia di punibilità (si sanzionerebbe, cioè, il c.d. pericolo di un pericolo).

Si veda C. FIORE, *La concezione realistica dell'illecito*, in AA. VV., *Problemi generali di diritto penale*, pagg. 57 e ss., richiamati da <http://www.iniurepraesentia.eu/public/files/PRINCIPIO%20OFFENSIVITA%20E%20RE%20ATI%20DI%20PERICOLO%20ASTRATTO.pdf>, pag. 16.

35 Cfr. L. V. LO GIUDICE, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto: prospettive di applicazione e nuovo reato di falso in bilancio*, in www.ildirittoamministrativo.it, pag. 9.