

FOCUS

*Lobbying e traffico
di influenze illecite:
un labile confine?*



I. PREMESSA.

Nel corso degli anni, la fattispecie delittuosa del traffico di influenze illecite ha subito penetranti modifiche.

Introdotta con la Legge n. 190/2012 la norma era volta a punire la c.d. “mediazione” nei luoghi di decisione pubblica.

L'intento del legislatore del 2012 era quindi quello di punire il preaccordo corruttivo, colpendo però così anche un soggetto che poteva essere completamente all'oscuro dell'altrui pattuizione illecita.

Con la Legge n. 3/2019, il legislatore, ispirato da un'esigenza di semplificazione probatoria, ha profondamente mutato la struttura del reato, abrogando e incorporando nella fattispecie di traffico di influenze di cui all'art. 346 *bis* c.p. quella di millantato credito di cui all'art. 346 c.p., la quale sanzionava il soggetto che vantava relazioni solo asseritamente esistenti con un pubblico ufficiale.

È proprio in questo contesto normativo, caratterizzato da una tipizzazione a maglie larghe delle condotte di intermediazione tra il pubblico e il privato, che ci si è sempre domandati se nel nostro Paese fosse ammissibile l'attività di *lobbying*.

Stante l'importanza e l'attualità del tema, sono stati svariati i tentativi promossi dalle diverse legislature con il fine di introdurre una normativa di settore.

Da ultimo, si segnala una recente proposta di legge (c.d. Legge Pittalis AC 645, depositata il 29 novembre 2022) il cui

obiettivo – tra le altre cose – è quello di limitare l'ambito di applicazione dell'art. 346-*bis*, con l'effetto di escludere dal perimetro di tipicità della norma le attività di influenza *lecitamente* svolte.

II. CHE COS'È IL LOBBYING?

Il termine *lobby* trova origine nel latino *laubia*, loggia, e filtra ai giorni nostri attraverso un processo di anglofonizzazione che gli ha conferito il significato di *persona o gruppo di persone professionalmente dedite alla rappresentanza di interessi dinanzi a un decisore pubblico*.

In termini generali, l'attività di *lobbying* consiste dunque nell'esercizio sistematico di un potere di influenza nei confronti dei decisori pubblici, a tutela di interessi particolari *ma* di natura collettiva: facenti capo cioè non già a un singolo – ad esempio, un imprenditore – bensì a una pluralità di individui – ad esempio, l'insieme degli imprenditori attivi in un determinato settore produttivo.

Ciò tipicamente avviene mediante conferimento di incarico rappresentativo da parte dei titolari dell'interesse da rappresentare al *lobbista*, che proverà a influenzare il decisore pubblico chiedendogli degli incontri o fornendogli del materiale – ad esempio, analisi o ricerche – utile ad arricchire le conoscenze necessarie all'assunzione di una determinata decisione.

III. IL LOBBYING È UN'ATTIVITÀ LECITA?

Sì. Il *lobbying* in Italia è un'attività lecita, **ma** non è disciplinata dal legislatore nazionale.

Nel corso degli ultimi ottant'anni si sono susseguite più di sessanta proposte legislative volte a inquadrare tale attività all'interno di una normativa organica che garantisca la trasparenza e la correttezza nell'impostazione del dialogo tra rappresentanti di interesse e istituzioni, ma nessuna è ad oggi stata approvata.

Un utile riferimento normativo rispetto ai confini di liceità del *lobbying* è nondimeno da ultimo offerto dall'art. 2, co. 1, lett. a) e b) della proposta di legge S. 2495, che definiva quale attività di rappresentanza di interessi

a) *"ogni attività finalizzata alla rappresentanza di interessi nell'ambito dei processi decisionali pubblici e svolta professionalmente dai rappresentanti di interessi, come definiti alla lettera b), attraverso la presentazione di domande di incontro, proposte, richieste, studi, ricerche, analisi e documenti, anche mediante procedure digitali, nonché lo svolgimento di ogni altra attività diretta a contribuire alla formazione delle decisioni pubbliche, nel rispetto dell'autonomia delle istituzioni e con obbligo di lealtà e integrità nei loro confronti"*;

nonché, quali rappresentanti di interessi

b) *"i soggetti che rappresentano presso i decisori pubblici, come definiti alla lettera d), interessi di rilevanza anche non generale e anche di natura non economica, al fine di promuovere*

l'avvio di processi decisionali pubblici o di contribuire ai processi decisionali pubblici in corso, nonché i soggetti che svolgono, in base a mandato, per conto dell'organizzazione di appartenenza l'attività di rappresentanza di interessi, anche nell'ambito o per conto di organizzazioni senza scopo di lucro o di organizzazioni il cui scopo sociale prevalente non è l'attività di rappresentanza di interessi".

Ad ogni modo, il potenziale contributo positivo dell'attività di *lobbying* in termini di rappresentatività democratica sembra poter trovare altresì riconoscimento nell'impostazione della Corte Costituzionale, che non ha mancato di rilevare come gli istituti di istruttoria pubblica non siano *"certo finalizzati ad espropriare dei loro poteri gli organi legislativi o ad ostacolare o a ritardare l'attività degli organi della pubblica amministrazione, ma mir[i]no a migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche"* (Corte cost., sent., 29 novembre 2004, n. 379).

IV. SE IL LOBBYING È UN'ATTIVITÀ DI PER SÉ LECITA, PERCHÉ TALVOLTA PUÒ ASSUMERE RILEVANZA PENALISTICA?

Come abbiamo visto, il *lobbying* è un'attività lecita ma non disciplinata: è proprio l'assenza di una regolamentazione a rendere difficile l'individuazione del confine tra condotte di lecita influenza nei confronti di un decisore pubblico e condotte tipiche ai sensi del delitto di cui

all'art. 346-bis c.p., rubricato "*traffico di influenze illecite*".

Al fine di chiarire i margini di liceità penalistica dell'attività di *lobbying* e comprendere quando e se l'attività di rappresentanza di interessi possa integrare il delitto di traffico di influenze illecite, è dunque fondamentale innanzitutto prendere le mosse da un'analisi dei requisiti di tipicità, colpevolezza e punibilità di quest'ultima fattispecie.

V. QUANDO SI CONFIGURA IL DELITTO DI TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE?

Il delitto di traffico di influenze illecite – introdotto nel nostro ordinamento giuridico nazionale in attuazione di uno specifico obbligo internazionale – nell'attuale descrizione normativa (come modificata dalla Legge n. 3/2019), si configura quando un soggetto *indebitamente* si fa dare o anche promettere, per sé o altri, denaro o altra utilità quale prezzo della propria *mediazione illecita* verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, ovvero per *remunerarlo* in relazione all'esercizio delle sue funzioni o poteri.

Si tratta dunque di un delitto contro la pubblica amministrazione commesso da un soggetto che però è ad essa estraneo.

Per una maggior repressione del fenomeno, il legislatore ha previsto un ventaglio di condotte penalmente rilevanti, che seppur in parte sovrapponibili si differenziano tra loro con

riferimento all'elemento oggettivo: la destinazione del denaro o dell'utilità data o solo promessa.

Più precisamente, nella prima condotta, il denaro o l'utilità ha quale destinatario finale il trafficante, mentre nella seconda, il denaro o l'utilità ha un destinatario intermedio, il trafficante, e uno finale, il decisore pubblico.

Evidente è il deficit di determinatezza di cui soffre la disposizione normativa, soprattutto con riferimento al concetto di "*mediazione illecita*".

Sul punto, pertanto, è intervenuta la Corte di Cassazione, la quale ha stabilito che una mediazione è illecita "*quando è finalizzata alla commissione di un fatto di reato idoneo a produrre vantaggi per il committente*" (Cass. pen., 8 luglio 2021, n. 40518).

VI. IL "VENDITORE" DI INFLUENZE VIENE PUNITO PENALMENTE ANCHE NEL CASO IN CUI QUESTE SIANO, IN REALTÀ, INESISTENTI?

Sì. Colui che "vende" l'influenza è penalmente responsabile e soggetto ad una pena ricompresa tra un minimo di un anno ed un massimo di quattro anni e sei mesi.

VII. E IL SOGGETTO CHE "COMPRA" LE INFLUENZE?

Parimenti, anche colui che "acquista" l'influenza è soggetto alla medesima sanzione penale.

VIII. È POSSIBILE RICORRERE ALLO STRUMENTO DELL'INTERCETTAZIONE PER L'ACCERTAMENTO DEL REATO?

No. La cornice edittale prevista dall'art. 346-*bis* c.p. che punisce l'autore del reato con la pena della reclusione, nel massimo, a quattro anni e sei mesi, preclude il ricorso allo strumento dell'intercettazione.

Tale mezzo di ricerca della prova è **escluso** anche nei casi di contestazione del reato nella **forma aggravata**, in conformità all'art. 266, comma 1, lett. a), c.p.p. che rende irrilevanti, relativamente allo strumento dell'intercettazione, le circostanze aggravanti ad efficacia comune.

IX. COSA SUCCEDDE SE NELL'AMBITO DI UN'ATTIVITÀ DI INTERCETTAZIONE PER ALTRO REATO EMERGANO ELEMENTI DI CONSUMAZIONE DEL REATO DI TRAFFICO?

Ai sensi dell'art. 266, comma 1, lett. a) c.p.p., al Pubblico Ministero è **inibita** la possibilità di utilizzare le risultanze di quella captazione come fonte di prova del delitto di traffico di influenze illecite.

X. È APPLICABILE LA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ DI CUI ALL'ART. 323-TER C.P.?

No. Sebbene originariamente il disegno di legge prevedesse il riconoscimento di tale beneficio, in sede di conversione, il legislatore del 2019 ha escluso gli autori del delitto *de quo* dalla possibilità di andare esenti da responsabilità penale nelle

ipotesi di tempestiva (*prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto*), volontaria e concreta collaborazione (*denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili*) con l'Autorità Giudiziaria.

XI. LE SOCIETÀ POSSONO RISPONDERE PER IL DELITTO DI TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE?

Sì. La Legge n. 3/2019 nell'ottica di maggiore lotta al fenomeno corruttivo nelle Pubbliche Amministrazioni, ha ampliato il catalogo dei reati previsto dal D.lgs. n. 231/2001, introducendo la norma penale nell'art. 25.

Pertanto, una Società potrebbe astrattamente esporsi ad una possibile contestazione per esservi avvalsa – dietro corrispettivo – di consulenti o intermediari per lo svolgimento di attività rappresentative dei propri interessi.

XII. QUALI SONO I CASI IN CUI L'ATTIVITÀ DI LOBBYING INTEGRA IL DELITTO DI TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE?

Consapevole della ordinarietà e finanche della potenziale utilità delle attività di facilitazione del dialogo e riduzione delle distanze tra rappresentanti di interessi collettivi e decisori pubblici, il legislatore penale ha formulato l'art. 346-*bis* c.p. prevedendo che la condotta di

mediazione possa assurgere all'interesse penalistico solo se connotata da *illiceità*.

In assenza tuttavia di una disciplina che definisca *“presupposti e (...) procedure di una mediazione legittima con la pubblica amministrazione (la c.d. lobbying)”*, l'individuazione dei caratteri di *illiceità* di tale attività imporrà, rileva la Suprema Corte, di *“ancorare la fattispecie ad un elemento certo che connoti tipizzandola la mediazione illecita e che costituisca una guida sicura per gli operatori e per l'interprete della norma”*, onde evitare che il contenuto indeterminato dell'art. 346-bis c.p. attragga *“nella sfera penale, a discapito del principio di legalità, le più svariate forme di relazioni con la pubblica amministrazione, connotate anche solo da opacità o scarsa trasparenza, ovvero quel “sottobosco” di contatti informali o di aderenze difficilmente catalogabili in termini oggettivi e spesso neppure patologici, quanto all'interesse perseguito”*.

A tal fine, si prosegue, *“l'unica lettura della norma che soddisfi il principio di legalità [è] quella che fa leva sulla particolare finalità perseguita attraverso la mediazione: la mediazione è illecita quando è finalizzata alla commissione di un “fatto di reato” idoneo a produrre vantaggi per il privato committente”* (Cass. pen., 8 luglio 2021, n. 40518).

Sviluppando ulteriormente tale interpretazione, la giurisprudenza di legittimità ha così successivamente chiarito (Cass. pen., 14 ottobre 2021, n. 1182) che non costituisce *di per sé* indice che la mediazione sia illecita:

- il fatto che la stessa sia fondata su un contratto, ancorché eventualmente difforme dal tipo legale di cui agli artt. 1754 ss. c.c.: *“non può essere oggetto di incriminazione il contratto di per sé, sia esso di mediazione in senso stretto o di altro tipo, atteso che, se così fosse, la tensione della fattispecie rispetto ai principi fondanti di materialità del fatto, di tipicità, di frammentarietà, di offensività sarebbe evidente”*;
- il fatto che la stessa consista nello sfruttamento di una relazione personale, *“il fatto cioè che un privato contatti una persona in ragione del conseguimento di un dato obiettivo lecito perché consapevole della relazione, della possibilità di “contatto”, tra il “mediatore” ed il pubblico agente”*.

In sintesi, chiosa la Suprema Corte, *“in assenza di una disciplina organica del lobbismo, volta a disciplinare le “modalità abusive” di “contatto” tra mediatore e pubblico agente e, quindi, in mancanza di riferimenti chiari volti a definire la “illiceità modale” della mediazione, il connotato di illiceità della mediazione onerosa deve essere correlata allo “scopo”, alla finalità dell'attività d'influenza”*.

XIII. COME SI ACCERTA L'ILLICEITÀ PENALE DEL LOBBYING?

L'accertamento dell'illiceità penale dell'attività di lobbying richiede una verifica caso per caso circa la sussistenza di una finalità perturbatrice della pubblica funzione.

Ai fini di tale valutazione, precisa la Suprema Corte, potranno assumere rilievo: (i) il movente della condotta del privato compratore; (ii) il senso, la portata e il tempo della pretesa di quest'ultimo, (iii) la condotta che in concreto il mediatore assume di dover compiere con il pubblico agente; (iv) il rapporto di proporzione tra il prezzo della mediazione e il risultato che si intende perseguire; (v) i profili relativi alla illegittimità negoziale del contratto (Cass. pen., 14 ottobre 2021, n. 1182).

XIV. QUAL È IL RAPPORTO TRA LOBBYING E RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI?

Come visto, il delitto di traffico di influenze illecite rientra nel c.d. catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti.

Laddove la condotta di *lobbying* risulti dunque, in concreto, sussumibile in tale fattispecie delittuosa – e ricorrano tutti i presupposti di ascrivibilità di quest'ultima alla persona giuridica definiti dal D.lgs. 231/2001 – l'ente nel cui interesse o a cui vantaggio il reato sia stato commesso potrà vedersi applicare la sanzione pecuniaria fino a duecento quote.

È dunque opportuno che ogni attività potenzialmente implicante la rappresentanza di interessi altrui dinanzi a decisori pubblici costituisca oggetto di *risk assessment* e di specifici protocolli volti ad assicurare la trasparenza dei metodi rappresentativi adottati e la liceità dell'interesse perseguito.

CONTATTI



Giuseppe Fornari
Founder Partner

g.fornari@fornarieassociati.com



Alessandra Tramontelli
Associate

a.tramontelli@fornarieassociati.com



Viola Molteni
Associate

v.molteni@fornarieassociati.com

Milano

Via Chiossetto 18

T: +39 0254122206

E: milano@fornarieassociati.com

Roma

Piazza di San Lorenzo in Lucina 26

T: +39 0622201000

E: roma@fornarieassociati.com

Bari

Via Principe Amedeo 25

T: +39 080 918 4280

E: bari@fornarieassociati.com

Questa pubblicazione ha lo scopo di fornire informazioni di carattere generale rispetto all'argomento trattato e non deve quindi essere considerata come un parere legale né come una disamina esaustiva di ogni aspetto relativo alla materia oggetto del documento.

Fornari e Associati

www.fornarieassociati.com