



3/2018

PUNIBILITÀ PER CORRUZIONE ED ÉLITE POLITICA(*)

Vi è un confine tra corruzione punibile e favoritismo penalmente irrilevante?

di Bernd Heinrich

SOMMARIO: 1. Premessa: le élite. – 2. Influenze “elitarie”. – 3. Condotte a rilevanza penale? – 4. Sul cosiddetto “favoritismo nell’attribuzione di funzioni”. – 5. L’esercizio illecito dell’influenza.

1. Premessa: le élite.

I sistemi giuridici in Germania e Italia sono profondamente simili. E soprattutto sono simili i nostri problemi di diritto, per i quali occorre trovare una soluzione. Soluzioni che in parte necessitano anche dell’intervento del diritto penale, come mezzo più incisivo a disposizione dello Stato.

Oggi ho scelto di parlare proprio di uno di questi problemi. In particolare, si tratta di un problema che si colloca al confine tra il comportamento lecito e illecito. Un problema che si presenta spesso nella prassi, si può dire quotidianamente, ma che ciononostante – quantomeno nei nostri sistemi giuridici – non riveste un ruolo fondamentale nella giurisprudenza, né tantomeno è oggetto di approfondita discussione in dottrina: si tratta della cosiddetta *corruzione d’élite*.

Che cosa intendo con questo termine? Ogni società è formata necessariamente da più strati sociali. Così è in Italia come anche in Germania. Chi comanda, e chi esegue soltanto; chi governa, e la gente comune; i ceti alti, e quelli bassi¹.

Questa suddivisione in “alto” e “basso” è notevolmente più marcata nei regimi autoritari rispetto a quelli democratici. Ma anche nei sistemi democratici conosciamo questo “alto” e “basso”. Certamente qui “tutti i poteri provengono dal popolo”, che però elegge i governi. Gli azionisti eleggono i consigli di amministrazione e di sorveglianza, che poi prendono decisioni non solo *per loro*, bensì anche *su di loro*.

* Il presente saggio riproduce, con il corredo di note e alcuni aggiornamenti, la relazione presentata dall’Autore alla *Giornata italo-tedesca di diritto penale*, tenutasi presso l’Università degli Studi di Milano il 2 ottobre 2017 (coordinatore scientifico, prof. Fabio Basile), ed è stato tradotto dal tedesco dalla dott.ssa Marianna Zefelippo, cui l’Autore desidera esprimere la più viva gratitudine.

¹ Cfr. MOSCA, *Die herrschende Klasse*, 1950, p. 53; inoltre HARTMANN, *Elitesozologie*, 2004, p. 19 ss.; TRÖGER, *Elitenbildung – Überlegungen zur Schulreform in einer demokratischen Gesellschaft*, 1968, p. 22 s.

Da ciò inevitabilmente si formano determinate élite come fenomeno sociologico². In ogni caso l'appartenenza a una determinata élite non è mai definitiva o formale. Difatti mentre una volta la posizione sociale era determinata dalla nascita e soltanto chi nasceva in un determinato contesto otteneva potere e influenza, come ad esempio i nobili, oggi invece le élite sono meno chiuse³. Si può entrare a farne parte ma allo stesso modo vi si può in seguito uscire⁴.

Alcune persone rivestono all'interno di queste élite un ruolo fondamentale, mentre altre sono più che altro una comparsa. Ma in ogni caso queste élite sono presenti anche nelle nostre società democratiche, anche se con un aspetto più variegato⁵: l'élite politica, l'élite sociale, l'élite economica, l'élite culturale, l'élite sportiva, l'élite scientifica, e così via. Il concetto di élite è appunto alquanto *variegato*. Una persona può, ma non deve necessariamente, appartenere a più di una delle suddette élite. Spesso però le élite s'incrociano, e anche le persone che vi appartengono s'incontrano in determinate situazioni. Ad esempio a determinati eventi non possono partecipare tutti, bensì soltanto gli invitati: eventi per i quali è necessario un determinato invito.

Ora, per cosa si caratterizzano queste élite? Fondamentalmente per due elementi: da un lato l'élite non è mai la massa⁶. Si tratta sempre e solo di poche persone molto influenti, che nella maggior parte dei casi si conoscono bene tra loro e si distaccano dalla massa secondo criteri ben determinati⁷.

Uno di questi criteri – e con ciò arrivo alla seconda caratteristica – è il potere di decidere in determinati ambiti: la possibilità di utilizzare il *potere*. Tali poteri decisionali possono essere di tipo puramente formale: il governo di un determinato paese può prendere decisioni così come il consiglio di amministrazione di una società per azioni. In questi casi vi sono determinate formalità da rispettare e vigono regole di gioco trasparenti. In questi ambiti il ricorso al potere non solo non è riprovevole, bensì la maggior parte delle volte è addirittura previsto dalla legge: il governo ed il parlamento il più delle volte prendono decisioni che sono vincolanti anche per gli altri, ovvero per il popolo⁸. Il consiglio di amministrazione di una società per azioni deve prendere decisioni che devono poi essere eseguite.

² Sul concetto di élite cfr. BOHLENDER/MÜNKLER/STRASSENBERGER, *Deutschlands Elite im Wandel*, 2006; BÜRKLIN/REBENSTORF E AA.VV., *Eliten in Deutschland. Rekrutierung und Integration*, 1997; GRABOW, *Elitenrekrutierung aus sozial-psychologischer Perspektive. Einflüsse von Habitus, Herkunft und wahrgenommener Kompetenz auf Auswahlentscheidungen für Führungspositionen*, 2014; HARTMANN, *Der Mythos von den Leistungseliten. Spitzenkarrieren und soziale Herkunft in Wirtschaft, Politik, Justiz und Wissenschaft*, 2002; ID., *Elitesozioologie*, 2004; ID., *Eliten und Macht in Europa – Ein internationaler Vergleich*, 2007; ID., *Deutsche Eliten: Die wahre Parallelgesellschaft. Aus Politik und Zeitgeschichte, Heft 15/2014*.

³ Cfr. BERNSDORF, *Wörterbuch der Soziologie*, II ed., 1969, p. 217.

⁴ BERNSDORF, *Wörterbuch*, cit., p. 217, nota 3.

⁵ BERNSDORF, *Wörterbuch*, cit., p. 218, nota 3; HARTMANN, *Elitesozioologie*, cit., p. 54, nota 1.

⁶ TRÖGER, *Elitenbildung*, cit., pp. 11 (nota 1), 16, nota 1.

⁷ Circa l'origine del termine "élite" dalla lingua francese GAMILLSCHEG, *Etymologisches Wörterbuch der französischen Sprache*, II ed., 1969; TRÖGER, *Elitenbildung*, cit., p. 12, nota 1.

⁸ Cfr. BERNSDORF, *Wörterbuch*, cit., p. 218, nota 3: c'è bisogno in democrazia di "gruppi minoritari attivi, al fine di poter costruire la volontà politica [...]".



3/2018

2. Influenze “elitarie”.

Ovviamente il ricorso al potere può esprimersi anche in altri modi, più sostanziali che formali. La buona parola che metto a favore di qualcuno, il consiglio che do a qualcuno o la valutazione che formulo su qualcuno. Tutte queste attività possono produrre effetti diversi a seconda di chi io sia, e di quale funzione io svolga.

Ad esempio se io fossi un rinomato *critico letterario* e consigliassi un certo libro, ciò sicuramente produrrebbe un effetto diverso che se lo stesso consiglio provenisse da una semplice lettrice di una piattaforma letteraria su internet.

Allo stesso modo se io come *professore di diritto penale* presentassi ad un mio collega uno studente come particolarmente capace o intelligente, sicuramente ciò avrebbe un maggiore impatto che se lo facesse la mia segretaria, nonostante lei conosca i singoli voti degli studenti meglio di me. Quando poi il mio collega dovrà assumere uno studente come collaboratore presso il suo dipartimento o assegnare una tesi di dottorato, si ricorderà sicuramente della mia valutazione, piuttosto che di quella della mia segretaria. Terrà in maggior considerazione la mia valutazione proprio perché io appartengo all’élite accademica, mentre la mia segretaria no. Ma non è detto che le mie valutazioni, i miei consigli e le mie decisioni siano sempre obiettive, dato che possono essere – ed il più delle volte lo sono – influenzate da gusti e opinioni personali. Quando a un critico letterario viene chiesta la sua opinione su un determinato libro o ad un professore sulle capacità di un certo studente, è normale che vengano espresse opinioni e valutazioni personali.

Tuttavia queste opinioni personali (così come le decisioni formali degli organi decisionali, come ad esempio il governo e il consiglio di amministrazione di cui abbiamo detto prima) possono talvolta essere influenzate da determinati interessi che non traspaiono all’esterno. E questi interessi possono essere “comprati”. Il “comprare” non deve però essere qui inteso in senso letterale, anche se, ovviamente, non possiamo escludere casi in cui mi “alliscio” il critico letterario e lo pago affinché recensisca positivamente il mio libro, come pure possibile sarebbe pagare un professore affinché assuma mio figlio o il figlio di un mio amico come collaboratore o lo raccomandi ad un collega per farlo assumere.

Ma l’esercizio dell’influenza non termina qui. Difatti la maggior parte delle influenze si muove su tutt’altro terreno. Un terreno su cui non girano soldi, bensì ci si assicura ulteriore influenza. Lasciatemi fare qualche esempio in questo senso e sono sicuro che capirete subito cosa intendo.

Sono un professore universitario e allo stesso tempo socio di un club di tennis. Un altro socio del club, un ricco imprenditore, mi coinvolge in una conversazione e mi dice di avere un amico il cui figlio studia presso l’Università dove lavoro. Questo ragazzo vorrebbe un impiego come collaboratore presso la facoltà oppure accedere a un corso di dottorato. Pur non essendo uno dei migliori studenti della facoltà, sicché sicuramente non avrebbe avuto alcuna *chance* di inserirsi in tal senso, decido comunque di assumerlo presso il mio dipartimento o di offrirgli l’opportunità di frequentare un dottorato. E non lo faccio perché percepisco un compenso per questo, bensì perché non voglio indispettire



3/2018

il mio conoscente del club di tennis. Forse in futuro avrò bisogno della sua benevolenza. Forse in futuro potrò “inserire” mio figlio o il figlio di un mio amico nella sua azienda. Forse mi servirà il suo appoggio se un giorno dovessi far parte del consiglio direttivo del club di tennis. È sempre positivo avere un amico o un conoscente che “ci deve un favore”.

Un altro esempio: sono il sindaco di una piccola città e, come spesso accade, anche membro di un certo partito politico. Vi sono alcuni posti da occupare all’interno dell’amministrazione comunale, e si tratta d’incarichi che comportano anche determinate competenze decisionali. Vi sono numerosi candidati, alcuni più, altri meno qualificati. Tuttavia criterio fondamentale *per la mia scelta* è che quel candidato sia anch’egli membro del partito cui io stesso appartengo (o un membro del mio club di tennis o della mia famiglia). Questo perché (così argomento come sindaco) all’interno della mia amministrazione ho bisogno di persone di cui io possa fidarmi, preferibilmente persone con cui ho un rapporto personale o con cui condivido determinati interessi. Difatti una collaborazione lavorativa è sicuramente più efficace quando conosco personalmente le persone coinvolte o quando si tratta di conoscenti di persone con cui condivido interessi o cui sono legato in qualche modo. Sebbene gli impieghi presso l’amministrazione comunale non siano assegnati sulla base dell’orientamento politico, è comunque ovvio che io lavori più volentieri e in maniera più produttiva con persone che condividono le mie posizioni principali, perché appartengono al mio stesso partito o, più semplicemente, perché sono miei amici.

Ora questo modo di agire – del professore e del sindaco - sono *moralmente riprovevoli* oppure del tutto comprensibili? Sono rilevanti penalmente? Possono rientrare nel concetto di corruzione? E, in caso affermativo: si tratta di un’attività corruttiva penalmente rilevante oppure esiste un’attività corruttiva che, pur rientrando nel concetto di corruzione, non costituisce ancora reato⁹? E ora chiedo a voi: per quanto riguarda l’assegnazione di un incarico come professore, come assistente o come dottorando presso le vostre facoltà di giurisprudenza, avete davvero sempre scelto qualcuno perché si trattava obiettivamente del miglior candidato, oppure talvolta hanno influito in modo determinante anche fattori personali per la vostra scelta? Ciascuno di noi dovrebbe – in silenzio – rifletterci su.

Se tali comportamenti siano da considerare *riprovevoli almeno dal punto di vista morale* dipende soprattutto dalle proprie tradizioni e sicuramente anche dalle diversità culturali delle nostre due società. Già a questo punto circa la questione della riprovevolezza di una tale condotta si potrebbe pervenire a conclusioni radicalmente diverse.

⁹ Sulla maggiore ampiezza del concetto di corruzione rispetto alla fattispecie penalmente rilevante di corruzione, cfr. SOWADA, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK)*, XII ed., sub Pre § 331 Rn. 41; ÜBERHOFEN, *Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich*, 1999, p. 30 ss.

3. Condotte a rilevanza penale?

In ogni caso ciò che più m'interessa di questa problematica è sicuramente la prospettiva penalistica. Si possono *assoggettare a pena* siffatte condotte? Si tratta di condotte meritevoli di pena? E, se sì, in che misura? Ancora: si dovrebbero introdurre nuove norme che puniscano tali condotte, qualora il diritto penale vigente non le preveda come reati?

Per dare risposta a queste domande, per chiarire, quindi, se i comportamenti descritti – che in Germania chiamiamo “nepotismo”¹⁰, “clientelismo” o più semplicemente “favoritismo” – rientrano o meno nell’ambito della corruzione penalmente rilevante, occorre innanzitutto soffermarci brevemente sui concetti di *élite* e di *corruzione*.

Con il termine *élite* mi riferisco a chi detiene posizioni di supremazia all’interno di un paese, chi prende decisioni strategiche in ambito politico, economico e amministrativo così come in quello religioso, culturale e scientifico¹¹.

Con il termine *corruzione* mi riferisco fondamentalmente ad *abuso di potere, assenza di trasparenza*, ad un agire finalizzato al conseguimento di vantaggi personali in assenza di obiettività delle decisioni¹².

Da quanto appena detto si ricava già una definizione provvisoria del concetto di *corruzione d’élite*: con esso s’intende difatti l’abuso di potere da parte di chi detiene posizioni di supremazia nella politica, nell’economia e nella società, abuso che il più delle volte è caratterizzato da assenza totale di trasparenza e che assicura agli interessati il conseguimento di vantaggi personali. Tali vantaggi non si quantificano necessariamente in somme di denaro, consistendo per lo più in un’espansione dell’influenza, e di conseguenza anche in un aumento del potere: *lobbies*, creazione di una rete di contatti¹³, ricorso a canali informali. Tutte queste sono caratteristiche proprie della *corruzione d’élite*, il cui aspetto centrale è costituito principalmente dal ricorso alle relazioni personali e dunque, conseguentemente, dalla mancanza di obiettività delle relative decisioni.

A mio avviso anche queste condotte dovrebbero rientrare nel concetto di corruzione. Difatti secondo me la *corruzione d’élite* racchiude in sé tutte le caratteristiche

¹⁰ Sul concetto di “nepotismo” cfr. ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, 1961, p. 19.

¹¹ HARTMANN, *Elitesoziologie*, cit., p. 10 s., nota 1; KAEUBLE, *Sozialgeschichte Europas – 1945 bis zur Gegenwart*, 2007, p. 155.

¹² Sulla corruzione in Germania cfr. in generale ANDROULAKIS, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, 2007; BANNENBERG, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002; CLAUSSEN/OSTENDORF, *Korruption im öffentlichen Dienst*, II ed., 2002; DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention*, 2007; ID., *Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption*, in *ZStW* 112 (2000), p. 334; ESER/ÜBERHOFEN/HUBER (a cura di), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, 1997; GREEVE, *Korruptionsdelikte in der Praxis*, 2005; GRIBL, *Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten*, 1993; HARDTUNG, *Erlaubte Vorteilsannahme*, 1994; HEINRICH, *Rechtsprechungsüberblick zu den Bestechungsdelikten*, §§ 331–335 StGB (1998–2003), in *NStZ* 2005, pp. 197, 256.

¹³ Sul punto V. ARMIN, *Korruption, Netzwerke in Politik, Ämtern und Wirtschaft*, 2003; KARSTEN/V. THIESSEN (a cura di), *Nützliche Netzwerke und korrupte Seilschaften*, 2006.

proprie della corruzione. Ripeto: abuso di potere, assenza di trasparenza, conseguimento di vantaggi personali e mancanza di obbiettività delle decisioni.

Potremmo e dovremmo allora considerare come corruzione punibile siffatti comportamenti, che nella realtà quotidiana delle élite sono piuttosto usuali? E, in caso di risposta affermativa, dove sta il confine tra l'esercitare la propria influenza in modo lecito oppure illecito?

Prendiamo in considerazione il diritto penale vigente: esso non punisce la corruzione *in sé*. Non vi è una fattispecie generale di "corruzione", e "corruzione" non è neanche un requisito di fattispecie suscettibile d'interpretazione. Piuttosto in Germania distinguiamo quattro ambiti all'interno della corruzione, che – con presupposti totalmente differenti – sono disciplinati in diversi titoli del codice penale:

1. *la corruzione dei pubblici funzionari* (ovvero la corruzione "statale"), ampiamente disciplinata dagli articoli 331e seguenti del codice penale (StGB);
2. *la corruzione d'impiegati d'impresе private* (ovvero la corruzione "privata"), disciplinata dall'articolo 299 del codice penale (StGB);
3. *la corruzione in ambito sanitario*, disciplinata dagli articoli 299a e 299b del codice penale (StGB)¹⁴;
4. *la corruzione dei parlamentari* (ovvero la corruzione "politica"), disciplinata dall'articolo 108e del codice penale (StGB)¹⁵.

Già a questo punto possiamo notare che la corruzione non è disciplinata in maniera compiuta. Così, il nostro critico letterario, che percepisce un compenso per recensire positivamente un determinato libro, non rientra in alcuno dei suddetti ambiti. Egli non è né un funzionario pubblico, né un parlamentare, né tantomeno un dipendente privato. Perciò non rientra nella cerchia dei possibili autori dei delitti di corruzione. Ma anche negli altri ambiti tipici della *corruzione d'élite* un siffatto comportamento il più delle volte non è punibile in base al diritto penale vigente.

Difatti è vero che come professore di un'Università statale sono un "pubblico ufficiale" nel senso della legge. Ma la condotta da me tenuta – ho procurato al figlio del mio amico un impiego presso l'università, oppure ho fatto in modo che accedesse al dottorato, per fare un favore al mio amico o per trarre profitto in futuro dai nostri buoni rapporti – rientra nella fattispecie di cui agli articoli 331 e seguenti del codice penale?

¹⁴ Questa disposizione fu introdotta soltanto nel 2016; cfr. BR-Drucks. 360/15; sul punto si vedano ALDENHOFF/VALLUET, in *medstra* 2015, p. 195; DIENERS, in *PharmaR* 2015, p. 529; GAEDE, in *medstra* 2015, p. 263; GAEDE/LINDEMANN/TSAMBIKAKIS, in *medstra* 2015, p. 142; GEIGER, in *medstra* 2015, p. 97; RAMB, in *CCZ* 2015, p. 262; SCHRÖDER, in *NZWiSt* 2015, pp. 321, 361; STEENBREKER, in *medstra* 2015, p. 600; WIGGE, in *NZS* 2015, p. 447. Ciò è dovuto al fatto che il Bundesgerichtshof (cfr. BGHSt 57, 202; sul punto cfr. BRAUN, in *MedR* 2012, p. 277; CORSTEN, in *BB* 2012, p. 2059; HECKER, in *JuS* 2012, p. 852; HOHMANN, in *wistra* 2012, p. 388; IHWAS/LORENZ, in *ZJS* 2012, p. 712; KÖLBEL, in *StV* 2012, p. 592; KOSAK, in *ZIS* 2013, p. 226; KRAATZ, in *NZWiSt* 2012, p. 273; KRÜGER, in *StraFo* 2012, p. 308; LEIMENSTOLL, in *wistra* 2013, p. 121; MESEKE, in *KrV* 2012, p. 211; WENGENROTH/MEYER, in *JA* 2012, p. 645) in una rivoluzionaria sentenza del 2012 ha stabilito che la qualifica di medico non rientra né nel concetto di pubblico ufficiale (par. 331 ss. del codice penale), né in quello di impiegato d'impresе private (par. 299 del codice penale).

¹⁵ Modificata dall'art. 1 n. 4 della 48° legge di modifica al codice penale del 23 aprile 2014, BGBl. 2014 I, p. 410; sul punto si confrontino anche gli atti parlamentari BT-Drucks. 18/476; BR-Drucks. 64/14.

A tal fine – stiamo considerando la fattispecie di cui all’articolo 331 del codice penale: “Accettazione di un profitto” – dovrei, “per l’esercizio delle mie funzioni”, esigere, farmi promettere o conseguire un “profitto”. Mentre assumere un collaboratore oppure offrire la possibilità di accedere al dottorato sicuramente possono farsi rientrare nell’“esercizio delle funzioni”, per quel che riguarda invece il “profitto” conseguito, la situazione è più complicata. Innanzitutto c’è da dire che il “profitto” non deve consistere necessariamente in un valore materiale o in una somma di denaro¹⁶, bensì può essere anche di tipo immateriale¹⁷. Tuttavia esso deve essere determinato in modo concreto. La semplice prospettiva che il conoscente un giorno mi dovrà restituire il favore o che ho conquistato la benevolenza del mio compagno di tennis, non è sufficiente. Ciò non è sufficientemente concreto per poter integrare la fattispecie corruttiva¹⁸.

E il sindaco che impiega all’interno della sua amministrazione solo persone a lui legate? Anche qui si rientra nell’“esercizio delle funzioni”. Ma anche qui si ravvisa a mala pena un “profitto” concreto, sia esso attuale o riferito a un momento successivo. Anche qui il “clima generale positivo”, la “prospettiva concreta di una collaborazione fruttuosa” a causa delle stesse idee politiche, il semplice desiderio che il lavoro all’interno dell’amministrazione si svolgerà senza difficoltà, sono elementi troppo poco concreti per essere considerati “profitto” nel senso della legge.

E anche qualora considerassimo questi elementi come “profitto”: una tale condotta è effettivamente meritevole di pena o dovremmo eventualmente restringere teleologicamente la fattispecie, poiché il comportamento tenuto dal sindaco è pienamente condivisibile? Non è, infatti, più sensato lavorare con amici e conoscenti, anziché con estranei? Lo svolgimento efficace dell’attività amministrativa non è addirittura uno scopo auspicabile?

A tale quesito non posso rispondere qui in maniera esaustiva. La suddetta questione rappresenta il contenuto di un ampio progetto di ricerca cui mi sto attualmente dedicando. Tuttavia vorrei evidenziare due ambiti e presentarli brevemente, con la speranza di produrre materiale sufficiente per ulteriori vostre riflessioni. Vorrei dunque porre l’attenzione sul cosiddetto “favoritismo nell’attribuzione di funzioni” e sull’introduzione della fattispecie di “esercizio illecito dell’influenza”.

¹⁶ Sul concetto di profitto cfr. in generale ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF-HEINRICH, *Strafrecht Besonderer Teil*, III ed., 2015, § 49 Rn. 24 ss.; v. inoltre STREHLow, *Einschränkungsmodelle zum Anwendungsbereich der Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB*, 2015.

¹⁷ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF-HEINRICH, § 49 Rn. 24, nota 16.

¹⁸ Di regola ci si rifà ad una “misurabilità obiettiva” del profitto; sul punto cfr. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, LXIII ed., 2016, sub § 331 Rn. 11 e s.; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXVIII ed. 2014, sub § 331 Rn. 5; (Müko)-Korte, *Münchener Kommentar zum StGB*, II ed., sub § 331 Rn. 67 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-HEINE/EISELE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXIX ed., 2014, sub § 331 Rn. 18 s.

4. Sul cosiddetto “favoritismo nell’attribuzione di funzioni”.

Come i miei esempi precedenti hanno chiarito, la maggior parte di ciò che noi oggi consideriamo *corruzione d’élite* si esplica sul terreno del favoritismo nell’attribuzione di funzioni¹⁹. Con tale termine s’intende la preferenza ingiustificata, in occasione dell’attribuzione di funzioni – posizioni, posti di lavoro, incarichi (soprattutto nei pubblici servizi e nel mondo accademico) – accordata ad un candidato in virtù della tessera di partito, di visioni personali, dell’appartenenza a una determinata scuola di pensiero o di conoscenze personali, a discapito di altri candidati maggiormente qualificati. Quindi le conoscenze personali o l’appartenenza a un determinato partito o associazione costituiranno un titolo di favore per l’assegnazione di funzioni, avvenga ciò su “suggerimento” di altri membri della stessa élite, oppure per un interesse personale o per assolvere ipotetici “obblighi” sociali. Dunque per l’assegnazione d’impieghi o incarichi saranno decisive non tanto le capacità personali, quanto piuttosto l’appartenenza a uno stesso partito o gruppo sociale, così come il livello di conoscenza personale.

All’interno del favoritismo nell’attribuzione di funzioni si possono individuare due ambiti in particolare: il favoritismo finalizzato al dominio e il favoritismo finalizzato all’assistenza²⁰.

Nel caso del *favoritismo di dominio* il soggetto – attraverso il collocamento di un candidato che lui conosce personalmente – intende assicurarsi il dominio assoluto sulle decisioni successive e un’influenza che duri nel tempo²¹. Prendiamo l’esempio del sindaco: attraverso l’assunzione di persone che mi sono vicine e che mi devono essere riconoscenti per il posto di lavoro, mi assicuro la loro lealtà anche per il futuro. Difatti queste persone non prenderanno decisioni che si discostano dai miei “desideri” e saranno legate a me anche quando non svolgerò più la funzione di sindaco. In questo modo mi sarà possibile continuare a esercitare la mia influenza anche in futuro. Se guardiamo alla politica, vediamo chiaramente che dopo ogni cambio di governo le posizioni più di rilievo nella politica, nell’amministrazione e anche nella giustizia sono occupate da persone che condividono il nuovo indirizzo politico²².

Il secondo ambito è rappresentato dal *favoritismo di assistenza*: nell’assegnare funzioni o posti di lavoro favorisco persone alle quali devo un favore o che voglio aiutare a far carriera e ad avere una stabilità economica²³. Un esempio in questo senso è uno

¹⁹ Su questa tematica si confronti V. ARMIN, *Ämterpatronage durch politische Parteien. Ein verfassungsrechtlicher und staatspolitischer Diskussionsbeitrag*, 1980; BIELER, in NJW 2000, p. 2400; ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, 1961; FRICKE, *Probleme der Ämterpatronage*, 1973; LINDENSCHMIDT, *Zur Strafbarkeit der parteipolitischen Ämterpatronage in der staatlichen Verwaltung*, 2004; MOUSIOL, *Ämterpatronage. Gefahr für die Demokratie*, 2013; SCHMIDT-HIEBER, in NJW 1989, p. 559; SCHMIDT-HIEBER/KIESSWETTER, in NJW 1992, p. 1790; WASSERMANN, in NJW 1999, p. 2330; WICHMANN, *Parteilpolitische Patronage. Vorschläge zur Beseitigung eines Verfassungsverstoßes im Bereich des öffentlichen Dienstes*, 1986.

²⁰ A tal riguardo si confronti ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, cit., p. 12 ss., nota 10.

²¹ ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, cit., p. 12, nota 10.

²² SCHMIDT-HIEBER, in NJW 1989, p. 558.

²³ Cfr. ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, cit., p. 15, nota 10; v. altresì FRICKE, *Probleme*, cit., p. 13, nota 19.

scandalo scoperto pochi mesi fa in Germania: un elevato numero di deputati del parlamento tedesco ha assegnato – con i mezzi a loro disposizione – determinati posti di lavoro alle rispettive mogli o mariti, in prima linea per garantire loro uno stipendio molto alto²⁴.

Ora, per quel che riguarda le funzioni pubbliche questa condotta è chiaramente *illicita*. Difatti a norma dell'articolo 33 comma 2 della Costituzione tedesca l'accesso alle pubbliche funzioni presuppone che il posto in questione sia assegnato al candidato più idoneo, e non a chi ha la tessera di partito giusta o le migliori conoscenze personali²⁵.

Ciononostante si concorda sul fatto che l'illiceità dell'attribuzione di funzioni in base al criterio della conoscenza personale non comporti alcuna punibilità di colui che, nell'attribuire le funzioni, decide sulla base di preferenze personali. Come appena esposto, il "favoritismo nell'attribuzione delle funzioni" non rientra nella previsione di cui agli articoli 331 e seguenti del codice penale. Non vi è corruzione penalmente rilevante poiché il comportamento tenuto non porta a un profitto che sia concretamente determinabile. Il semplice assicurarsi potere, influenza, o benevolenza non rientra, infatti, nel concetto di profitto di cui alle suddette previsioni.

Tuttavia si discute se sussista o no una punibilità a norma di altre previsioni del codice penale, in particolare per il delitto di "infedeltà" di cui all'articolo 266²⁶. Difatti con l'assunzione di persone non in base al principio della prestazione, bensì in base al legame personale si violerebbe il principio di buon funzionamento dell'economia, giacché la prestazione lavorativa del soggetto meno qualificato varrebbe meno di quella del candidato più idoneo²⁷. Per questa ragione alcuni autori rinvergono qui un danno economico e ritengono sussistente il delitto d'infedeltà²⁸. Vi sarebbe inoltre un utilizzo inadeguato di risorse pubbliche²⁹. Tuttavia la dottrina dominante non condivide una simile impostazione e nega una punibilità in base all'art. 266³⁰. Richiamando la giurisprudenza sull'articolo 263 (che punisce il delitto di "truffa"), si ritiene in definitiva che non sussisterebbe un danno economico per il solo fatto che chi ha ottenuto il posto

²⁴ Si confronti soltanto il Report <http://www.sueddeutsche.de/bayern/csu-gehaltsaffaere-noch-mehr-csu-politiker-beschaefigten-die-familie-auf-staatskosten-1.1663265>, estratto il 10 febbraio 2016.

²⁵ Sul punto BIELER, in *NJW* 2000, p. 2401; HÖMIG, *Grundgesetz für die BRD*, X ed., 2015, sub Art. 33 Rn. 4; MAUNZ/DÜRIG-BADURA, *Grundgesetz Kommentar*, LXXV ed. aggiornata al settembre 2015, sub Art. 33 Rn. 25 ss.; V. MÜNCH/KUNIG, *Grundgesetz*, VI ed., 2012, sub Art. 33 Rn. 16; SCHMIDT-HIEBER, in *NJW* 1989, p. 559; SACHS-BATTIS, *Grundgesetz Kommentar*, VII ed., 2014, sub Art. 33 Rn. 27 ss.; WICHMANN, *Parteilpolitische Patronage*, 1986, p. 59 ss.; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht II*, V ed., 1987, § 107 Rn. 11.

²⁶ In senso favorevole ad una punibilità in base all'art. 266 del codice penale, v. SCHMIDT-HIEBER, in *NJW* 1989, p. 558. Su questa tematica v. diffusamente KRELL, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2015.

²⁷ SCHMIDT-HIEBER, in *NJW* 1989, p. 560.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*; sul punto cfr. in generale anche BGHSt 43, 293; BGH NStZ 1984, 549; BGH NStZ 2001, 248; SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON, § 266 Rn. 44, nota 18.

³⁰ WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, III ed., 2014, § 20 Rn. 154 ss.; cfr. anche LACKNER/KÜHL, sub § 266 Rn. 17c, nota 18.

di lavoro sia meno qualificato³¹. Soltanto qualora egli non sia effettivamente in grado di svolgere i compiti propri della funzione, si potrà affermare che sussiste un danno economico³². A tal fine la semplice scarsa qualificazione non sarebbe però sufficiente.

5. L'esercizio illecito dell'influenza.

In linea di principio, l'“esercizio illecito dell'influenza” rientra, dal punto di vista fenomenologico, nell'ambito della corruzione c.d. statale; ciononostante in Germania esso, dal punto di vista penale, non rientra nelle fattispecie corruttive (e consapevolmente non lo vi si fa rientrare)³³. L'“esercizio illecito dell'influenza” è caratterizzato dal fatto che un “mediatore” molto influente condizioni, dietro compenso, i provvedimenti del pubblico ufficiale, senza tuttavia corromperlo nel senso previsto dalla legge, cioè attraverso la promessa o la dazione di un “profitto”.

Riprendiamo il caso da me esposto prima, che modifico leggermente: un conoscente del mio amico del tennis club molto influente dà a quest'ultimo cinquemila euro affinché interceda per far ottenere al figlio la possibilità di collaborare o di accedere ad un corso di dottorato presso l'Università dove lavoro. Io offro effettivamente questa possibilità al figlio del conoscente, senza però ottenere alcun compenso per questo. Lo faccio piuttosto per fare un favore al mio amico del tennis o per assicurarmi la sua benevolenza. Del compenso da lui percepito non so nulla. In base al diritto penale vigente, la mia condotta non rientra né nella disposizione di cui all'articolo 331 – “Accettazione di un profitto” – né in quella di cui all'articolo 332 – “Corruttibilità”, dal momento che non ho conseguito alcun profitto per l'esercizio delle mie funzioni, avendo io agito soltanto per assicurarmi la benevolenza del mio amico o comunque per fargli un favore. Il mio amico, invece, ha percepito un compenso in denaro per la sua “mediazione”, però non sarà punibile a norma degli articoli 331 e 332, non rivestendo egli la qualifica di funzionario pubblico. E la sua condotta non sarà punibile nonostante il bene giuridico tutelato dalle norme sulla corruzione sia stato effettivamente leso³⁴.

³¹ BGHSt 5, 358; BGHSt 17, 254; BGHSt 45, 1; BGH NJW 1978, 2042; cfr. anche BUDDE, *Der Anstellungsbetrug*, 2005; PROTZEN, *Der Vermögensschaden beim sog. Anstellungsbetrug*, 2000; cfr. Inoltre KINDHÄUSER, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, IV ed., 2013, sub § 266 Rn. 120.

³² BGH NStZ-RR 2006, 307; FISCHER, sub § 266 Rn. 123, nota 18; V. HEINTSCHEL-HEINEGG-WITTIG, *Strafgesetzbuch Kommentar*, II ed., 2015, sub § 266 Rn. 45.1; WITTIG, sub § 20 Rn. 155, nota 30.

³³ Su questa tematica v. diffusamente ABANTO VASQUEZ, *Über die Strafwürdigkeit des „Handels mit Einfluss“*, Tiedemann-FS 2008, p. 913; Eckert, *Lobbyismus – zwischen legitimen Einfluss und Korruption*, in: VON ALEMANN (a cura di), *Dimensionen politischer Korruption: Beiträge zum Stand der internationalen Forschung*, 2005, p. 267; PHILIPP, *Der Straftatbestand des Einflusshandels (Trafic d'influence) – Mögliche Implementierungswege in das deutsche Strafrecht unter Berücksichtigung internationaler Vorgaben sowie der französischen, belgischen, österreichischen und spanischen Korruptionsdelikte*, 2016; ZEISER, *Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?*, 2012; cfr. inoltre l'analisi comparatistica di ÜBERHOFEN, *Korruption*, cit., pp. 278 ss.. 378 ss., 392, nota 9.

³⁴ Sul bene giuridico dei delitti contro la P.A., in particolare dei delitti di corruzione, cfr., tra i molti, HEINRICH, *Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht*, 2001, p. 209 ss. (delitti contro la P. A. in generale), e p. 239 ss. (delitti di corruzione in particolare).

A questo proposito è interessante notare che questa forma di *esercizio illecito dell'influenza* (detta anche "*trading in influence*" o "*trafic d'influence*") è stata disciplinata espressamente in altri ordinamenti giuridici, quali ad esempio Francia, Spagna e Austria³⁵. Inoltre l'art. 12 della "Convenzione penale sulla corruzione" del Consiglio Europeo³⁶ impone agli Stati membri di introdurre una fattispecie corrispondente all'esercizio illecito dell'influenza. Una clausola analoga è contenuta nell'art. 18 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione³⁷. Attualmente il Legislatore tedesco parte dal presupposto che in Germania simili condotte non vengano quasi mai poste in essere, ed in ogni caso non sarebbero meritevoli di pena. Si tratterebbe difatti, così viene argomentato, di comportamenti che rientrano in altre fattispecie previste dal codice penale. Tuttavia quest'argomentazione non è del tutto esatta.

A questo proposito è interessante volgere lo sguardo ai paesi vicini, poiché la motivazione che viene data lì circa la meritevolezza di pena delle condotte che costituiscono "esercizio illecito dell'influenza" aiuta a far luce su ciò che io considero *corruzione d'élite*. Prendiamo in esame la Francia, dove la fattispecie del "traffico d'influence" è espressamente disciplinata dagli artt. 432 e 433 del code penal. Come mai siffatte condotte hanno trovato espressa disciplina? E come mai in Francia fiorisce questa forma di *corruzione d'élite*, mentre in Germania è alquanto rara? La ragione si riscontra nella diversa definizione del concetto di élite, che in Francia è molto più intrecciata³⁸.

Difatti in Francia chi vuole diventare "qualcuno", chi vuole appartenere all'élite politica o sociale deve frequentare – nell'ambito del proprio percorso formativo – una delle poche scuole elitarie francesi, i cosiddetti "Grand Ecoles"³⁹. Un esempio calzante a tal proposito è rappresentato dalla "Ecole National d'Administration" o ENA, da cui proviene quasi tutta l'élite governativa francese. Le posizioni di supremazia all'interno dell'economia e della politica francese sono per lo più rivestite da persone che hanno

³⁵ Art. 432, 433 Code Pénal (Francia); § 308 codice penale austriaco ("*verbotene Intervention*"); cfr. sul punto ÜBERHOFEN, *Korruption*, cit., p. 278 ss., nota 9 (sulla disciplina giuridica in Austria), p. 378 ss. (Francia).

³⁶ European Treaty Series (ETS) Nummer 173 (cfr. anche il protocollo aggiuntivo ETS n. 191 recante disposizioni in tema di punibilità della corruzione degli arbitri nazionali e stranieri così come dei giudici popolari); sul punto cfr. BT-Drucks. 13/11309, p. 5 (Resoconto del governo in merito all'attività del Consiglio d'Europa per il periodo dal 1 luglio al 31 dicembre 1997); KORTE, in *Wistra* 1999, p. 83; MÖHRENSCHLAGER, in *JZ* 1996, p. 831; in senso critico relativamente agli sforzi del Consiglio d'Europa KÖNIG, in *JR* 1997, p. 404; La Germania aveva già sottoscritto la Convenzione il 27 gennaio 1999, ma non poteva ratificarla fino alla modifica dell'art. 108e del codice penale, avvenuta nel 2014. La ratifica deve pertanto avere luogo immediatamente.

³⁷ United Nations Convention against Corruption (UNCAC), Doc. A/58/422; Una traduzione in lingua tedesca si trova in BGBl. 2014 II, p. 763 ss.; La Germania aveva sottoscritto la Convenzione il 9 dicembre 2003, ma anche questa è rimasta priva di ratifica per lungo tempo. La ratifica è avvenuta soltanto il 12 novembre 2014. La Convenzione è entrata in vigore in Germania il 12 dicembre 2014. Cfr. BGBl 2014 II, p. 762; BGBl. 2015 II, p. 140. Su questa Convenzione v. anche HOFMANN/PFAFF, *Die Konvention der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Korruption*, 2006.

³⁸ Sul tema dell'élite in Francia da una prospettiva storica cfr. HUPPERT, *Les Bourgeois Gentilshommes. An Essay on the Definition of Elites in Renaissance France*, 1977; inoltre, in senso comparatistico, LANG, *Die Verwaltungselite in Deutschland und Frankreich 1871-2000, Regimewechsel und Pfadabhängigkeiten*, 2005.

³⁹ Sull'evoluzione storica cfr. HUPPERT, *Les Bourgeois Gentilshommes*, cit., p. 59 ss., nota 48; sui "Grands Corps" anche LANG, *Die Verwaltungselite*, cit., pp. 57- 59, nota 38.

frequentato la stessa “scuola”⁴⁰. Attraverso ciò queste persone hanno non solo usufruito di un’istruzione simile, ma hanno anche sviluppato uno “spirito corporativo” comune, uno spirito di comune appartenenza di tipo particolare. E alcuni di loro hanno persino condiviso lo stesso banco, sono stati compagni di studio e si conoscono bene. E secondo un detto, noto anche in Germania, “una mano lava l’altra”: ci si aiuta a vicenda con i problemi e si condividono i vantaggi gli uni con gli altri. Insieme le associazioni di alunni portano avanti le tradizioni comuni e sicuramente si assegnano questa o quella posizione lavorativa senza rispettare le procedure ordinarie.

Lo stesso vale per la Gran Bretagna. Una laurea conseguita presso l’Università di Oxford o Cambridge apre le porte alle élite. Anche qui la maggior parte di coloro che stanno al potere già si conoscono, erano compagni di studio o membri della stessa confraternita. Invero in Gran Bretagna l’appartenenza all’élite inizia già da prima, e cioè nei collegi elitari, le cui porte sono aperte solo a pochi privilegiati ed in cui lo “spirito corporativo” di cui si è appena detto si sviluppa allo stesso modo del successivo senso di appartenenza alle rispettive confraternite⁴¹. Qui voglio solo nominare i collegi Eton e Harrow⁴².

Ma vi è di più: indagini sociologiche hanno dimostrato che in Gran Bretagna, più che in Francia⁴³, l’accesso a questi istituti d’istruzione privilegiati è riservato a poche persone già solo per l’estrema onerosità delle tasse scolastiche e universitarie. Dunque qui non vi è una “selezione in base alla prestazione”, bensì una “selezione sociale”⁴⁴. E proprio queste persone, che hanno avuto un’istruzione privilegiata e che in seguito sono rimaste in contatto con le persone conosciute in quel contesto, sono proprio coloro che successivamente occupano le posizioni di supremazia all’interno della politica, dell’economia e dell’amministrazione del Paese.

Ora vorrei fare una considerazione un po’ provocatoria, e con essa anche avviarmi lentamente alla conclusione della mia relazione: se già l’accesso agli istituti d’istruzione privilegiata è caratterizzato non da una selezione di tipo qualitativo, bensì di tipo sociale, e questo procedimento è accettato pacificamente dalla società, allora è ovvio che questo principio sarà applicato anche in seguito, quando si tratterà di occupare le posizioni più di rilievo in politica, economia e amministrazione. Su questo punto molti si nascondono, e anche il diritto penale al momento non ha qui alcun accesso.

⁴⁰ HARTMANN, *Elitesozilogie*, cit., p. 116, nota 1.

⁴¹ HARTMANN, *Elitesozilogie*, cit., p. 117, nota 1.

⁴² Sulla costituzione di élite attraverso la formazione scolastica, cfr. in generale TRÖGER, *Elitenbildung – Überlegungen zur Schulreform in einer demokratischen Gesellschaft*, 1968.

⁴³ Si confronti lo studio di EDWARDS/FITZ/WHITTY, *The State and Private Education: An Evaluation of the Assisted Place Scheme*, 1989; inoltre HARTMANN, *Elitesozilogie*, cit., p. 117 ss., nota 1.

⁴⁴ Con riguardo alla Francia cfr. HARTMANN, *Elitesozilogie*, cit., p. 111, nota 1; altresì ID., *Eliten und Macht in Europa – Ein internationaler Vergleich*, 2007, p. 69.