



TRATTATO DI DIRITTO PENALE

diretto da

ALBERTO CADOPPI, STEFANO CANESTRARI, ADELMO MANNA, MICHELE PAPA

PIANO DELL'OPERA

PARTE GENERALE

- Vol. I – Il diritto penale e la legge penale
- Vol. II – Il reato
- Vol. III – La punibilità e le conseguenze del reato

PARTE SPECIALE

- Vol. I – I delitti contro la personalità dello Stato
- Vol. II – I delitti contro la pubblica Amministrazione
- Vol. III – I delitti contro l'amministrazione della giustizia, il sentimento religioso e la pietà dei defunti. I delitti contro l'ordine pubblico
- Vol. IV – I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti
- Vol. V – I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica
- Vol. VI – I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia
- Vol. VII – I delitti contro la vita e l'incolumità personale
- Vol. VIII – I delitti contro l'onore e la libertà individuale
- Vol. IX – I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti
- Vol. X – I delitti contro il patrimonio
- Vol. XI – Le contravvenzioni

LEGISLAZIONE PENALE SPECIALE

Diritto penale del lavoro

Parte generale e speciale - Riforme 2008-2015

UTET
GIURIDICA

TRATTATO DI DIRITTO PENALE
diretto da
ALBERTO CADOPPI, STEFANO CANESTRARI, ADELMO MANNA, MICHELE PAPA

PARTE GENERALE E SPECIALE

Riforme 2008-2015

UTET
GIURIDICA

I curatori del Trattato desiderano ringraziare per l'apporto redazionale alla realizzazione del presente volume il Dott. Matteo Mattheudakis.

© 2015 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada I, Palazzo F6 – 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione Giuridica:
Corso Lombardia, 69 – 10099 San Mauro Torinese (TO)
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wkigiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Pietro Giordano
Redazione: Antonella Prandino
Editing: To Edit di Elena Marchisio - Torino
Composizione: Integra Software Services Pvt. Ltd.
Stampa: L.E.G.O. S.p.A., Viale dell'Industria, 2
36100 - VICENZA

I CURATORI

ALBERTO CADOPPI	Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Parma
STEFANO CANESTRARI	Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Bologna
ADELMO MANNA	Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Foggia
MICHELE PAPA	Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Firenze

GLI AUTORI

GIORGIO ABBADESSA	Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università degli studi di Milano
BRUNA ALBERTINI	Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano (Direzione Distrettuale Antimafia)
GIUSEPPE AMARELLI	Ricercatore di diritto penale e Professore aggregato nell'Università «Federico II» di Napoli
PAOLO BERNAZZANI	Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte di Cassazione
MALAIKA BIANCHI	Ricercatore di diritto penale e Professore aggregato di legislazione penale minorile nell'Università di Parma
LUCA BISORI	Dottore di ricerca in discipline penalistiche nell'Università di Firenze. Avvocato in Firenze
MICHELE BOGGIANI	Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università di Parma
ALBERTO CADOPPI	Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Parma
GIAN MARCO CALETTI	Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna
DANIELE CARRA	Dottore di ricerca in diritto penale comparato nell'Università di Genova. Avvocato in Parma
ANDREA CASTALDO	Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Salerno
LIBORIO CATALIOTTI	Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Parma. Avvocato in Parma

VI

I CURATORI

FRANCESCA CONSORTE	Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna. Avvocato in Bologna
GIULIO CRISTOFORI	Avvocato in Bologna
STEFANO DAMBRUOSO	Magistrato. Membro della Camera dei Deputati
SALVATORE DE BONIS	Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Parma. Avvocato in Potenza
JESSICA DE LILLO	Dottorando di ricerca in Diritto penale nell'Università di Bologna
STEFANO DELSIGNORE	Ricercatore di diritto penale e Professore aggregato di diritto penale costituzionale nell'Università di Parma. Avvocato in Parma
MARCELLO ORESTE DI GIUSEPPE	Dottore di ricerca in economia e diritto dell'ambiente, del territorio e del paesaggio nell'Università di Foggia. Cultore di diritto penale nell'Università di Foggia. Avvocato in Foggia
PAOLO FURLOTTI	Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Parma. Avvocato in Parma
ENRICO INFANTE	Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Foggia. Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Trento
MARIO L'INSALATA	Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Parma. Avvocato in Parma
FEDERICA LOLLI	Dottore in giurisprudenza
FRANCESCO MACRÌ	Dottore di ricerca in discipline penalistiche nell'Università di Firenze
ADELMO MANNA	Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Foggia
SIMONE MEDIOLI DEVOTO	Giudice presso il Tribunale ordinario di Brescia
LUCA MONTICELLI	Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Parma. Avvocato in Reggio Emilia
DOMENICO NOTARO	Ricercatore di diritto penale nell'Università di Pisa
SABIN O ROBERTO PALUMBIERI	Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Trento
MICHELE PAPA	Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Firenze
MARIA CHIARA PARMIGGIANI	Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Parma. Avvocato in Roma

GIOVANNI LUCA PERDONÒ	Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Foggia. Avvocato in Foggia
GIACOMO PESTELLI	Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Mantova
GIANLUCA PETRAGNANI GELOSI	Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bologna
STEFANO PUTINATI	Ricercatore di diritto penale e Professore aggregato di diritto penale comparato nell'Università di Parma
GIACOMO ROCCHI	Giudice presso la Corte Suprema di Cassazione
ROBERTA RUSSO	Dottore di ricerca in diritto dell'impresa nell'Università «Luigi Bocconi» di Milano
GIANDOMENICO SALCUNI	Ricercatore e Professore aggregato di diritto penale nell'Università di Foggia
KOLIS SUMMERER	Ricercatrice di diritto penale nella Libera Università di Bolzano
DAVIDE TASSINARI	Assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna
VALERIA TORRE	Ricercatrice di diritto penale e Professore aggregato di diritto penale nell'Università di Foggia
PIERA ZAGNONI	Già Ricercatore di diritto penale e Professore aggregato di diritto penale nell'Università di Parma



INDICE SOMMARIO

Presentazione p.XXXIII

SEZIONE I

MODIFICHE CONCERNENTI SIA LA PARTE GENERALE CHE LA PARTE SPECIALE DEL CODICE PENALE

CAPITOLO I

I RIFLESSI DELLA «RESPONSABILITÀ GENITORIALE» SUL SISTEMA PENALE (*Piera Zagnoni Bonilini*)

1.1. Considerazioni preliminari »	3
1.2. L'introduzione della «responsabilità genitoriale». La nozione »	5
1.3. Le norme del Codice penale, in cui il riferimento alla «potestà genitoriale» è stato sostituito dalla nuova espressione «responsabilità genitoriale». »	8
1.4. La responsabilità genitoriale come elemento del fatto tipico del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare »	10
1.5. La decadenza dalla responsabilità genitoriale, e la sospensione della responsabilità genitoriale »	12

CAPITOLO II

LA CONVENZIONE DI ISTANBUL: PROFILI PENALI (*Federica Lolli*)

1.1. La Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica »	17
1.2. Il D.L. n. 93/2013 per il contrasto al fenomeno della violenza di genere »	21

1.3. Le novità di diritto penale sostanziale di cui alla L. 15-10-2013, n. 119.	p.	24
1.3.1. Le modifiche degli artt. 61 c.p. e 572 c.p.	»	25
1.3.2. Le nuove aggravanti introdotte all'art. 609-ter c.p. per il delitto di violenza sessuale	»	30
1.3.3. Le novità di cui all'art. 612-bis in tema di «Atti persecutori»	»	33
1.4. Le misure di prevenzione: l'ammonizione del questore e la definizione di violenza domestica	»	37
1.5. Il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica	»	39
1.6. Le modifiche apportate al codice di procedura penale	»	41

SEZIONE II

PARTE GENERALE

CAPITOLO I

LA RIFORMA DELLA RESPONSABILITÀ PER COLPA
DEL SANITARIO*(Gian Marco Caletti)*

1.1. La genesi “fortuita” di una norma di difficile lettura: l'art. 3 della L. n. 189/2012	»	51
1.2. Un passo indietro: le linee guida e la “positivizzazione” delle <i>leges artis</i> in ambito medico	»	56
1.3. Segue: il ruolo e la natura delle linee guida nell'affermazione e negazione della responsabilità colposa: le <i>Guidelines</i> tra colpa specifica e colpa generica	»	61
1.4. <i>In culpa sine culpa?</i> Il giudizio di colpa medica dopo la Legge Balduzzi	»	66
1.5. Dopo il ritorno alla colpa generica: l'esonero per colpa lieve limitato alla sola perizia?	»	72
1.6. Quali linee guida?	»	74
1.7. Il problema delle “buone pratiche”: rigidi protocolli o prescrizioni “off label”?	»	82
1.8. Il limite della colpa grave come <i>extrema ratio</i> e la pretesa violazione del principio di uguaglianza da parte della Legge Balduzzi	»	85
1.9. Verso il chiarimento dei contorni di una “colpa non lieve”: grado della deviazione oggettiva dalle regole di condotta e “grimaldello” per recuperare la “misura soggettiva” dell'imputazione colposa	»	90
1.10. Le conseguenze di diritto intertemporale (dell'interpretazione della colpa grave), i soggetti interessati dalla riforma, “cenni” applicativi in caso di prestazioni plurisoggettive	»	94

CAPITOLO II
LA CONSULTA GETTA LA SCURE SU RECIDIVA E GIUDIZIO
DI BILANCIAMENTO

(Marcello Oreste di Giuseppe)

- | | | |
|--|----|-----|
| 1.1. Una premessa sul divieto di prevalenza <i>ex art.</i> 69, comma 4, c.p., in caso di recidiva reiterata. | p. | 97 |
| 1.2. La sentenza n. 251/2012 della Corte costituzionale, primi segni di cedimento della recidiva e giudizio di bilanciamento | » | 101 |
| 1.3. La decisione della Consulta n. 105/2014 in tema di ricettazione di particolare tenuità. | » | 104 |
| 1.4. La decisione della Consulta n. 106/2014 in tema di violenza sessuale di particolare tenuità | » | 107 |
| 1.5. Conclusioni | » | 109 |

CAPITOLO III

LA NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO:
IL NUOVO ART. 131-BIS C.P.

(Andrea R. Castaldo)

- | | | |
|--|---|-----|
| 1.1. Il cammino della riforma | » | 112 |
| 1.2. La fisionomia dell'art. 131-bis c.p. | » | 115 |
| 1.3. I rapporti con gli istituti analoghi: l'art. 27, D.P.R. n. 448/1988 e l'art. 34, D.Lgs. n. 274/2000 | » | 122 |

CAPITOLO IV

LA MESSA ALLA PROVA INTRODOTTA DALLA L. N. 67/2014

(Enrico Infante)

- | | | |
|---|---|-----|
| 1.1. Natura e <i>ratio</i> della misura e le ragioni di una previsione di scarsa applicazione | » | 129 |
| 1.2. I requisiti per fruire della messa alla prova. | » | 131 |
| 1.3. I contenuti della messa alla prova ed il regime di conversione in caso di revoca | » | 133 |
| 1.4. Applicabilità ai processi in corso e i connessi dubbi di costituzionalità | » | 136 |

CAPITOLO V

IL SUPERAMENTO DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI

(Salvatore De Bonis)

- | | | |
|-------------------------|---|-----|
| 1.1. Premessa | » | 139 |
|-------------------------|---|-----|

- 1.2. Brevi cenni sul D.L. 22-12-2011, n. 211, convertito con modificazioni
nella L. 17-2-2012, n. 9 p. 143
- 1.3. Le novità introdotte con il D.L. 31-3-2014, n. 52, convertito con
modificazioni nella L. 30-5-2014, n. 81 » 144

SEZIONE III
PARTE SPECIALE

CAPITOLO I

I DELITTI CONTRO LA PERSONALITÀ DELLO STATO
(AGGIORNAMENTO AL VOLUME I)

§ 1 – INTRODUZIONE CLANDESTINA IN LUOGHI MILITARI E POSSESSO
INGIUSTIFICATO DI MEZZI DI SPIONAGGIO (ART. 260 C.P.)
(*Paolo Bernazzani*)

.....

§ 2 – I RECENTI PROVVEDIMENTI ANTITERRORISMO
(D.L. 18 FEBBRAIO 2015, N. 7): CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE
(*Stefano Dambruso*)

.....

§ 3 – ARRUOLAMENTO CON FINALITÀ DI TERRORISMO ANCHE INTERNAZIONALE
(ART. 270-QUATER C.P.)
(*Stefano Dambruso*)

.....

§ 4 – LA NUOVA FATTISPECIE DI ORGANIZZAZIONE DI TRASFERIMENTI PER
FINALITÀ DI TERRORISMO (ART. 270-QUATER.1 C.P.)
(*Stefano Dambruso*)

.....

§ 5 – ADDESTRAMENTO AD ATTIVITÀ CON FINALITÀ DI TERRORISMO ANCHE
INTERNAZIONALE (ART. 270-QUINQUIES C.P.)
(*Stefano Dambruso*)

.....

§ 6 – ISTIGAZIONE A COMMITTERE ALCUNO DEI DELITTI PREVEDUTI DAI CAPI PRIMO E
SECONDO (ART. 302 C.P.)
(*Stefano Dambruso*)

.....

§ 7 – ESPULSIONE OD ALLONTANAMENTO DELLO STRANIERO
DALLO STATO (ART. 312 C.P.)
(*Bruna Albertini*)

7.1. Cenni storici	p.	163
7.2. Natura dell'espulsione.	»	164
7.3. Novità introdotte dalla L. n. 94 del 15-7-2009	»	165

CAPITOLO II

I DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
(AGGIORNAMENTO AL VOLUME II)

§ 1 – CONSIDERAZIONI GENERALI SULLA LEGGE ANTICORRUZIONE
E SUL DECRETO LEGISLATIVO DELEGATO IN TEMA DI INCANDIDABILITÀ
E DECADENZA DEI PARLAMENTARI
(*Adelmo Manna*)

1.1. Introduzione circa la legge anticorruzione n. 190/2012: i precedenti progetti di legge e gli strumenti normativi sovranazionali.	»	167
1.2. La scissione della concussione in due fattispecie distinte: a) la concussione per costrizione ed il mancato riferimento all'incaricato di pubblico servizio.	»	169
1.3. Segue: b) La nuova fattispecie di induzione indebita, ove invece ricompare l'incaricato di pubblico servizio, e la punizione anche del privato	»	170
1.4. Segue: c) l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite con sentenza n. 1228 del 24-10-2013: il criterio distintivo adottato tra concussione e induzione indebita e i profili di diritto intertemporale.	»	172
1.5. La corruzione per l'esercizio della funzione	»	176
1.6. Il traffico di influenze	»	177
1.7. La corruzione tra privati	»	178
1.8. La natura giuridica della sanzione dell'incandidabilità e/o decadenza da parlamentare e la sua irretroattività o meno	»	180
1.9. Conclusioni	»	182

§ 2 – LA RIFORMA “UBIQUITARIA” DELLA CONCUSSIONE
(ARTT. 317 E 319-QUATER C.P.)
(*Giandomenico Salcuni*)

2.1. Gli interessi tutelati dalla concussione	»	184
2.2. I soggetti attivi.	»	185
2.3. La condotta	»	185
2.4. L'elemento soggettivo	»	187
2.5. Premessa sul nuovo delitto di induzione indebita	»	188

2.6. La condotta	p.	191
2.7. Il dolo sul versante pubblico e privato	»	195
2.8. La struttura bilaterale del reato	»	196
2.9. La distinzione tra concussione e induzione indebita.	»	200
2.10. Segue: la distinzione tra concussione e induzione indebita per la giurisprudenza maggioritaria	»	202
2.11. Segue: la distinzione tra concussione e induzione indebita per le Sezioni Unite.	»	204
2.12. Profili di diritto intertemporale. Una successione non scontata . . .	»	208
2.13. Segue... successione non favorevole	»	211

§ 3 – CORRUZIONE PER L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE

(ART. 318 C.P.)
(*Enrico Infante*)

3.1. La tipizzazione dell'asservimento della funzione e l' <i>actio finium regundorum</i> con il limitrofo art. 319 c.p	»	213
3.2. Il bene protetto e la questione della penale (ir)rilevanza della corru- zione impropria susseguente	»	218
3.3. I soggetti attivi.	»	225
3.4. La condotta e il suo oggetto. Il momento consumativo del reato . . .	»	226
3.5. L'elemento soggettivo	»	230
3.6. Il rapporto con le figure di reato limitrofe	»	231

§ 4 – CORRUZIONE PER UN ATTO CONTRARIO AI DOVERI D'UFFICIO

(ART. 319 C.P.)
(*Valeria Torre*)

.....

§ 5 – CORRUZIONE IN ATTI GIUDIZIARI (ART. 319-TER C.P.)

(*Valeria Torre*)

.....

§ 6 – LE MODIFICHE IN TEMA DI ISTIGAZIONE ALLA CORRUZIONE

E L'ESTENSIONE DEI SOGGETTI PASSIVI IN AMBITO E

UROPEO E INTERNAZIONALE
(ARTT. 322 E 322-BIS C.P.)
(*Valeria Torre*)

6.1. Qualifiche soggettive	»	242
6.2. Condotta.	»	243
6.3. Criteri distintivi fra istigazione alla corruzione e tentata concussione o induzione indebita.	»	246

§ 7 – GLI INTERVENTI SULLA DISCIPLINA SANZIONATORIA
SULLA IPOTESI DI CONFISCA (ARTT. 314, 323, 322-TER)
(*Giovanni Luca Perdonò*)

7.1. Gli interventi sulle sanzioni <i>ex artt.</i> 314 e 323 c.p.	p.	248
7.2. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di confisca precedente alla novella del 2012	»	249
7.3. I rapporti tra la nuova previsione della confisca “per equivalente” del profitto e le ulteriori analoghe previsioni contenute nell’ordinamento	»	253
7.4. Considerazioni finali.	»	256

§ 8 – LA NUOVA FATTISPECIE DELL’ART. 343-BIS E L’ADEGUAMENTO
DEL SISTEMA PENALE ITALIANO ALLO STATUTO
DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE
(*Giandomenico Salcuni*)

8.1. Premessa.	»	258
8.2. Disciplina	»	259
8.3. Conclusioni	»	261

§ 9 – LA NUOVA FATTISPECIE DI TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE
(ART. 346-BIS)
(*Marcello Oreste di Giuseppe*)

9.1. Premessa.	»	262
9.2. La disposizione normativa di cui all’art. 346-bis c.p.	»	266
9.2.1. La condotta	»	266
9.2.2. Clausole di illiceità speciale.	»	267
9.3. L’evento, l’oggetto materiale del reato e l’elemento psicologico del reato	»	268
9.4. Consumazione e tentativo.	»	269
9.5. Le ulteriori disposizioni previste dalla fattispecie	»	269
9.6. Rapporti con il millantato credito.	»	271
9.7. Conclusioni	»	272

§ 10 – TURBATA LIBERTÀ DEL PROCEDIMENTO DI SCELTA DEL CONTRAENTE
(ART. 353-BIS C.P.)
(*Maria Chiara Parmiggiani*)

10.1. Generalità e <i>ratio</i> della norma	»	273
10.2. Interesse tutelato	»	274
10.3. Soggetti del reato	»	275
10.4. Elemento oggettivo	»	276
10.5. Elemento soggettivo	»	278
10.6. Consumazione e tentativo	»	279
10.7. Concorso di reati	»	280
10.8. Diritto intertemporale	»	281
10.9. Profili processuali	»	283

§ 11 – CORRUZIONE FRA PRIVATI (ART. 2635 C.C.)
(*Roberta Russo*)

11.1. Premessa	p.	284
11.2. Casi	»	285
11.3. Evoluzione storica dell'art. 2635 c.c.	»	286
11.4. Le esigenze di introduzione della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c.	»	287
11.4.1 Le spinte sovranazionali	»	287
11.4.2. L'analisi comparatistica	»	290
11.4.3. Pubblico/privato e il processo di privatizzazione	»	293
11.5. La nuova fattispecie di "Corruzione fra privati"	»	296
11.5.1. La rubrica.	»	296
11.5.2. L'interesse tutelato (cenni e rinvio).	»	297
11.5.3. Soggetti attivi	»	298
11.5.4. Il fatto tipico	»	301
11.5.4.1. La condotta.	»	301
11.5.4.2. L'evento del reato	»	305
11.5.5. Il dolo	»	306
11.5.6. Momento consumativo e tentativo	»	307
11.5.7. Il regime di procedibilità.	»	308
11.5.8. Il trattamento sanzionatorio.	»	310
11.6. Circostanze aggravanti.	»	310
11.7. Il rapporto con gli altri reati	»	311
11.8. Responsabilità degli enti.	»	313
11.9. Conclusioni.	»	315
11.9.1. Conclusioni sui modelli di tutela	»	316
11.9.2. Il rapporto tra diritto civile e diritto penale.	»	320
11.9.3. Il ruolo dell'autoregolamentazione	»	321

CAPITOLO III

I DELITTI CONTRO L'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA, IL
SENTIMENTO RELIGIOSO E LA PIETÀ DEI DEFUNTI, L'ORDINE PUBBLICO
(AGGIORNAMENTO AL VOLUME III)

PARTE I

I DELITTI CONTRO L'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA

§ 1 – RITRAZIONE (ART. 376 C.P.)
(*Domenico Notaro*)

1.1. L'inserimento del favoreggiamento personale fra i reati presupposto della ritrazione	»	324
1.2. Le condizioni di ritrazione in relazione alle condotte di favoreggiamento	»	325

- 1.3. Lirrilevanza della modifica per la ritrattazione effettuata nel processo civile. p. 327
 1.4. Ulteriori possibilità di estensione dell'esimente?. » 328

§ 2 – CASI DI NON PUNIBILITÀ (ART. 384 C.P.)
 (*Gianluca Petraghani Gelosi*)

.....

§ 3 – MANCATA ESECUZIONE DOLOSA DI UN PROVVEDIMENTO DEL GIUDICE
 (ART. 388 C.P.)
 (*Luca Monticelli*)

- 3.1. Modifiche legislative » 335
 3.2. Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (comma 1). il bene giuridico tutelato » 338
 3.2.1. Segue: condotta » 341
 3.2.2. Segue: elemento soggettivo. » 346
 3.3. Elusione di altri provvedimenti del giudice (comma 2) » 347
 3.3.1. Segue: condotta » 348
 3.3.2. Segue: elemento soggettivo e consumazione. » 356
 3.4. Un caso particolare: inottemperanza all'ordine giudiziale di reintegrazione del lavoratore » 357
 3.5. Le altre ipotesi di reato (commi 3, 4 e 5). Rinvio. » 364
 3.5.1. Segue: omessa o falsa indicazione di cose o crediti pignorabili (comma 6). La recente riforma dell'art. 492 c.p.c » 365

§ 4 – LA NUOVA FATTISPECIE DI AGEVOLAZIONE AI DETENUTI E INTERNATI
 SOTTOPOSTI A PARTICOLARI RESTRIZIONI DELLE REGOLE DI TRATTAMENTO E DEGLI
 ISTITUTI PREVISTI DALL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO
 (ART. 391-BIS C.P.)
 (*Luca Bisori*)

.....

§ 5 – LA REAZIONE LEGITTIMA AD ATTI ARBITRARI DEL PUBBLICO UFFICIALE
 (ART. 393-BIS C.P.)
 (*Giacomo Rocchi*)

- 5.1. Introduzione » 370
 5.2. Le ragioni dell'approvazione della nuova norma » 371
 5.3. L'inserimento del nuovo articolo nel codice penale » 371
 5.4. I temi in discussione » 373
 5.5. La tesi della rilevanza oggettiva dell'illegittimità della condotta del pubblico ufficiale » 373

5.6. L'estensione del concetto di arbitrarietà della condotta del pubblico ufficiale	p.	375
5.7. La concezione soggettiva dell'atto arbitrario.	»	376
5.8. Il dolo del privato che reagisce	»	377
5.9. L'arbitrarietà putativa	»	378
5.10. La natura della causa di non punibilità	»	379
5.11. Argomenti a sostegno della applicazione putativa della causa di non punibilità.	»	381

PARTE II

I DELITTI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

§ 6 – L'ISTIGAZIONE A DELINQUERE (ART. 414 C.P.)
(Stefano Dambruoso)

.....

§ 7 – LA NUOVA FATTISPECIE DI ISTIGAZIONE A PRATICHE
DI PEDOFILIA E DI PEDOPORNOGRAFIA
(ART. 414-BIS C.P.)
(Michele Boggiani)

7.1. Introduzione: l'art. 414-bis in rapporto alla Convenzione di Lanzarote del 2007	»	389
7.2. Bene giuridico protetto: l'ordine pubblico e i beni finali dei delitti oggetto di istigazione e apologia	»	390
7.3. Il soggetto attivo.	»	392
7.4. Il soggetto passivo.	»	392
7.5. Elemento oggettivo: in particolare, la compatibilità delle condotte istigatrici e apologetiche con l'art. 21 Costituzione	»	392
7.6. Segue: la pubblicità della condotta	»	395
7.7. Segue: i destinatari della condotta	»	396
7.8. Elemento soggettivo	»	397
7.9. Segue: l'ultimo comma dell'art. 414-bis c.p. come regola valutativa dell'elemento soggettivo	»	397
7.10. La pena prevista	»	398
7.11. Rapporti con altre figure di reato	»	398

§ 8 – ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE (ART. 416 C.P.)
(Michele Papa)

8.1. Considerazioni introduttive.	»	399
8.2. La nuova formulazione del comma 6	»	401
8.3. Il nuovo comma 7	»	404

§ 9 – LO SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO (ART. 416-TER C.P.)
(*Giuseppe Amarelli*)

9.1. Genesi emergenziale ed imperfezioni congenite dell'originario art. 416-ter c.p.	p. 406
9.1.1. I discutibili correttivi elaborati dalla giurisprudenza.	» 407
9.2. La travagliata gestazione della sua riforma.	» 412
9.3. La nuova struttura "plurisoggettiva necessaria propria" della fattispecie	» 415
9.3.1. La precedente formulazione	» 415
9.3.2. Il nuovo comma 2 dell'art. 416-ter c.p. e l'espressa punizione anche del promittente	» 416
9.4. I protagonisti dell'accordo: oltre il dualismo "politico vs mafioso" . .	» 419
9.5. La condotta incriminata: l'accettazione della promessa di procurare voti mediante il "metodo mafioso"	» 421
9.5.1. La natura della fattispecie: reato-contratto di mera condotta. . . .	» 423
9.5.2. L'ampliamento dell'oggetto della prestazione del politico: denaro o altra utilità	» 425
9.5.3. L'ampliamento del contenuto della prestazione: erogazione o promessa di erogazione	» 426
9.6. La mancata delimitazione dell'elemento soggettivo	» 427
9.7. Il momento consumativo: un nuovo reato "a schema duplice"? . . .	» 428
9.8. I problematici rapporti tra il 416-ter, comma 1, c.p., il concorso esterno ed i reati di corruzione elettorale	» 429
9.8.1. Segue: ... e quelli tra il 416-ter, comma 2, c.p., il concorso esterno ed i reati di corruzione elettorale	» 430
9.9. La nuova dosimetria sanzionatoria	» 431
9.10. Le questioni di diritto intertemporale.	» 432
9.11. Le prime pronunce della Corte di Cassazione sul ruolo del metodo mafioso nella nuova fattispecie	» 434
9.11.1. Continuità o discontinuità normativa?	» 436
9.12. Conclusioni: l'odierna graduazione della rilevanza penale delle condotte di contiguità politico-mafiosa.	» 439

CAPITOLO IV

I DELITTI CONTRO L'INCOLUMITÀ PUBBLICA
E IN MATERIA DI STUPEFACENTI
(AGGIORNAMENTO AL VOLUME IV)

§ 1 – SPACCIO E DETENZIONE PERSONALE NELLA NUOVA DISCIPLINA
IN MATERIA DI STUPEFACENTI
(ARTT. 13-127 D.P.R. 9 OTTOBRE 1990, N. 309)
(*Jessica De Lillo*)

1.1. Le origini della disciplina a livello nazionale ed internazionale	» 443
--	-------

A seguito della modifica dell'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., operata dalla citata legge di ratifica, i procedimenti relativi al delitto, consumato o tentato, di cui all'art. 416, comma 7, c.p. sono assegnati ai magistrati della direzione distrettuale antimafia. Si ricorda che per i delitti indicati nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quinquies, c.p.p., le funzioni di giudice per le indagini preliminari e quelle di giudice per l'udienza preliminare sono svolte, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente (art. 328, commi 1-bis e 1-quater, c.p.p.).

Per una compiuta disamina delle modifiche introdotte dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote, si rimanda ai commenti di aggiornamento concernenti i singoli reati sopra richiamati⁷.

§ 9 – LO SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO (ART. 416-TER C.P.)

di *Giuseppe Amarelli*

416-TER SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO

[1] *Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità è punito con la reclusione da quattro a dieci anni.*

[2] *La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma.*

¹ Articolo aggiunto dall'art. 11-ter, D.L. 8-6-1992, n. 306, convertito, con modificazioni, in L. 7-8-1992, n. 356 e, successivamente, così sostituito dall'art. 1, comma 1, L. 17-4-2014, n. 62, a decorrere dal 18 aprile 2014, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2, comma 1, della medesima L. n. 62/2014.

SOMMARIO:

9.1. Genesi emergenziale ed imperfezioni congenite dell'originario art. 416-ter c.p. – **9.1.1.** I discutibili correttivi elaborati dalla giurisprudenza. – **9.2.** La travagliata gestazione della sua riforma. – **9.3.** La nuova struttura "plurisoggettiva necessaria propria" della fattispecie. – **9.3.1.** La precedente formulazione. – **9.3.2.** Il nuovo comma 2 dell'art. 416-ter c.p. e l'espressa punizione anche del promittente. – **9.4.** I protagonisti dell'accordo: oltre il dualismo "politico vs mafioso". – **9.5.** La condotta incriminata: l'accettazione della promessa di procurare voti mediante il "metodo mafioso". – **9.5.1.** La natura della fattispecie: reato-contratto di mera condotta. – **9.5.2.** L'ampliamento dell'oggetto della prestazione del politico: denaro o altra utilità. – **9.5.3.** L'ampliamento del contenuto della prestazione: erogazione o promessa di erogazione. – **9.6.** La mancata delimitazione dell'elemento soggettivo. – **9.7.** Il momento consumativo: un nuovo reato "a schema duplice"? – **9.8.** I problematici rapporti tra il 416-ter, comma 1, c.p., il concorso esterno ed i reati di corruzione elettorale. – **9.8.1.** Segue: ... e quelli tra il 416-

⁷ V. anche PECCIOLI A., *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 140 ss.; PULITANO D. (a cura di), *Diritto penale, parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, 329 ss. (sezione redatta da Bacco F.).

ter, comma 2, c.p., il concorso esterno ed i reati di corruzione elettorale. – 9.9. La nuova dosimetria sanzionatoria. – 9.10. Le questioni di diritto intertemporale. – 9.11. Le prime pronunce della Corte di Cassazione sul ruolo del metodo mafioso nella nuova fattispecie. – 9.11.1. Continuità o discontinuità normativa? – 9.12. Conclusioni: l'odierna graduazione della rilevanza penale delle condotte di continuità politico-mafiosa.

9.1. GENESI EMERGENZIALE ED IMPERFEZIONI CONGENITE DELL'ORIGINARIO

ART. 416-TER C.P.

Il delitto di scambio elettorale politico-mafioso, fin dal momento della sua concitata introduzione emergenziale nella trama del codice penale – avvenuta con il D.L. 8-6-1992, n. 306, recante “Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”, convertito in L. n. 356, il 7-8-1992, emanato sull'onda emotiva delle tragiche stragi di mafia di Capaci e via D'Amelio¹ –, si è immediatamente rivelato dotato di scarsa o nulla effettività, dimostrandosi incapace di attingere e scardinare le pericolose relazioni che possono essere intrecciate tra mafia e politica durante un momento cruciale della vita di una Repubblica democratica, quale quello dello svolgimento delle consultazioni elettorali².

Un'attenta lettura dell'originaria formulazione del testo legislativo palesava in maniera evidente la sua forte valenza simbolico-espressiva³ e, per contro, faceva

¹ Sulla fattispecie dell'art. 416-ter nel testo anteriore alla riforma del 2014, si rinvia innanzitutto a TONA G.B., *Scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-ter)*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, parte speciale*, III, Torino, 2008, pp. 1161 ss. Per una ricostruzione dell'origine della fattispecie e dei suoi connaturati difetti strutturali, v.: DE FRANCESCO G.A., *Commento all'art. 11 ter d.l. 8-6-1992, n. 306*, in *Legislazione pen.*, 1993, 122 ss.; VISCONTI C., *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Indice pen.*, 1993, 273 ss.; FIANDACA G., *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminioso*, in *Foro it.*, 1996, V, 127 ss.; GROSSO C.F., *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa: una configurazione possibile*, *ivi*, 121 ss.; CAVALIERE A., *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in MOCCIA S. (a cura di), *Trattato di diritto penale, I, I delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli, 2006, 639 ss.; PELISSERO M., *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di Id., in PALAZZO C.-PALIERO C.E. (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Torino, 2010, 326 s.; BARAZZETTA A., *Art. 416-ter*, in DOLCINI E.-MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, 3ª ed., Milano, 2011, 4345 s.; nonché, da ultimo, per un succinto ma completo riavvolgimento della cronistoria del frettoloso e contrastato varo dell'art. 416-ter c.p., cfr. PANETTA A.-BALSAMO A., *Sul patto elettorale politico mafioso vent'anni dopo. Poche certezze, molti dubbi*, in *Cass. pen.*, 2012, 3756 s.; MADIA N., *Scambio elettorale politico-mafioso: il fascino riscoperto di una fattispecie figlia di un dio minore*, *ivi*, 2013, 3328 ss.; RONCO M., *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in ROMANO B.-TINEBRA G. (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 151 ss.

² COLLICA M.T., *Scambio elettorale politico mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 877 ss.; MOROSINI, *Riflessi penali e processuali del patto di scambio politico-mafioso*, in *Foro it.*, 2001, II, 80 ss.; RONCO M., *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 152; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 5ª ed., 2011, 498.

³ La natura simbolica ed emergenziale della originaria versione dell'art. 416-ter c.p. è ben evidenziata da CAVALIERE A., *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 640; in argo-

risaltare la sua «inadeguatezza politico-criminale a fronteggiare il complesso fenomeno delle modalità di instaurazione degli accordi tra la politica e l'universo dei sodalizi mafiosi»⁴, a causa delle tante imprecisioni e criticità che lo attraversavano, frutto della sua travagliata adozione con decretazione d'urgenza.

In primo luogo, stando al tenore letterale della fattispecie, il contenuto dell'illecito era costituito da un accordo sinallagmatico in cui un soggetto appartenente ad un clan prometteva voti ad un candidato in una competizione elettorale in cambio dell'erogazione del solo denaro: si trascurava, cioè, di tener presente che nella realtà criminologica quasi mai il politico ricambia il supporto dei sodalizi mafiosi tramite l'elargizione di denaro, ma, al contrario, il più delle volte, attraverso la concessione di favori diversi quali, ad esempio, l'assegnazione di appalti, l'assunzione di lavoratori ecc.⁵.

In secondo luogo, il momento consumativo era individuato nell'erogazione di denaro da parte del candidato e non nel momento antecedente della stipula dell'accordo, traslasciando di considerare che, nella maggior parte delle ipotesi, il politico si sdebita con l'associazione procedendo al pagamento del prezzo pattuito solo dopo l'esito positivo delle elezioni, nel momento in cui si trova nelle condizioni di «aiutarlo» e, quindi, una volta che già si è realizzato e, soprattutto, ha anche prodotto i suoi effetti negativi, il tipo di comportamento che la norma si propone di reprimere.

9.1.1. I DISCUTIBILI CORRETTIVI ELABORATI DALLA GIURISPRUDENZA.

L'inadeguatezza del testo normativo originario ha generato, come sempre più spesso accade, un cortocircuito nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario⁶, stimolando il secondo a trovare in maniera autonoma e creativa una risposta adeguata ed appagante al fenomeno del c.d. voto di scambio.

mento si rinvia più ampiamente a MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997, *passim*.

⁴ Così MAIELLO V., *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico-mafioso* (art. 416-ter c.p.), in *Studium iuris*, 2015, 1 ss.

⁵ Sul punto cfr. COLLICA M.T., *Scambio elettorale politico mafioso*, cit., 879; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 499. Tale aspetto è stato anche evidenziato nella *Relazione alla proposta di legge C. 204*, presentata alla Camera dei Deputati il 15-3-2013.

⁶ In questo specifico campo i difficili rapporti tra legge penale e giudice sono indagati con la consueta profondità da FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2003, *passim*; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E.-PALIERO C.E., I, Milano, 2006, 239 ss.; nonché da MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminata legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*. Raccolta di scritti, Torino 2014, *passim*; VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, in AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di PICOTTI L.-FORNASARI G.-VIGANÒ F.-MELCHIONDA A., Padova, 2005, 279 ss. Più in generale, per approfondimenti ed una più ampia rassegna bibliografica sull'argomento sia consentito rinviare anche al nostro

Una parte della giurisprudenza, difatti, facendo strame del principio di legalità, e antepoendo apprezzabili (forse) ma mai condivisibili ragioni di equità sostanziale e difesa sociale, ha provato a ridefinire in via ermeneutica lo statuto di tipicità dell'art. 416-ter c.p. finendo per forzare il dato letterale ben oltre i margini consentiti dall'interpretazione estensiva costituzionalmente ammessa in materia penale e per dilatare oltremodo il "tipo criminoso" *contra reum* e *contra legem*⁷.

Innanzitutto, si è assistito all'interpretazione additiva *in malam partem* della fattispecie sul terreno della condotta incriminata: talune sentenze della Suprema Corte, anche in tempi recentissimi, hanno ritenuto che il delitto in questione si configurava non solo nel caso in cui l'oggetto del patto fosse costituito dalla erogazione di denaro, ma anche in quelli, molto più frequenti, in cui fosse rappresentato dalla erogazione di altra utilità, purché si trattasse di utilità economicamente apprezzabili⁸.

Secondariamente, altre decisioni della Cassazione hanno mutato il contenuto della condotta del politico (o più latamente, del promissario) penalmente rilevante, stabilendo che questo non doveva coincidere con il dato dell'erogazione del denaro, secondo quanto testualmente stabilito, bensì, con quello della mera promessa dell'erogazione, accontentandosi così per la consumazione del reato della prova della sola stipula dell'accordo⁹.

Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio, in *Cass. pen.*, 2014, 403 ss.

⁷ La natura apertamente analogica delle operazioni ermeneutiche in *malam partem* compiute dalla giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni è messa in luce chiaramente da INSOLERA G., *Il sistema penale*, Testo rivisto della relazione al convegno, *Ripensare l'antimafia. Nuovi contenuti per le sfide del futuro*, Palermo 4/5-4-2014, organizzato da Università di Palermo, Dipartimento di studi europei e della integrazione internazionale, in corso di pubblicazione, p. 8 del dattiloscritto.

⁸ In tal senso cfr. da ultimo Cass. pen., sez. VI, 11-4-2012, n. 20924, in *Cass. pen.*, 2013, 1927, in cui è stato affermato che «ai fini della configurabilità del reato di scambio elettorale politico-mafioso, previsto dall'art. 416-ter c.p., l'oggetto materiale dell'erogazione offerta in cambio della promessa di voti può essere rappresentato non solo dal denaro, ma da qualsiasi bene traducibile in un valore di scambio immediatamente quantificabile in termini economici (ad es., mezzi di pagamento diversi dalla moneta, preziosi, titoli, valori mobiliari, ecc.), restando invece escluse dal contenuto precettivo della norma incriminatrice altre "utilità" che solo in via mediata possono essere oggetto di monetizzazione». Muovendo da questa dilatata lettura del termine "denaro" contenuto nell'art. 416-ter c.p. è stato ritenuto integrato il reato laddove l'oggetto materiale dell'erogazione era costituito da posti di lavoro. In senso conforme, cfr. anche Cass. pen., sez. II, 30-11-2011, n. 46922. Sul punto si rinvia a VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17-6-2013, 4.

⁹ In tal senso cfr. da ultimo Cass. pen., sez. I, 2-3-2012, 32820, in *Cass. pen.*, 2013, 3149, secondo il cui avviso «il reato di scambio elettorale politico-mafioso si perfeziona al momento delle reciproche promesse, indipendentemente dalla materiale erogazione del denaro, essendo rilevante – per quanto attiene alla condotta dell'uomo politico – la sua disponibilità a venire a patti con la consorte mafiosa, in vista del futuro e concreto adempimento dell'impegno assunto in cambio dell'appoggio elettorale». In termini analoghi, Cass. pen., sez. I, 2-3-2012, n. 32820, in *Dir. & Giust. on line*, 7-9-2012; Cass. pen., sez. V, 13-11-2002, n. 4293, in *CED*, n. 224274; e, soprattutto, SS.UU., 15-7-2005, n. 33748, Mannino; *contra*, v. Cass. pen., sez. VI, 13-4-2012, n. 18080, in *CED*, n. 252641; sez. I, 25-11-2003, n. 4043, *ivi*, n. 229991, per cui è necessaria l'elargizione del denaro e il ricorso all'intimidazione mafiosa.

Altra parte della giurisprudenza, invece, partendo dalla previa presa d'atto della sostanziale inapplicabilità dell'art. 416-ter c.p. al patto elettorale politico-mafioso a causa della sua imperfetta e grossolana formulazione, ha provato ad attrarlo nell'orbita attigua, ma sensibilmente diversa, come si avrà modo di chiarire più avanti, del concorso esterno¹⁰.

In talune decisioni a cavallo tra l'ultimo decennio del secolo scorso ed i primi anni del 2000 la Suprema Corte è, infatti, pervenuta alla conclusione di ritenere che la mera stipula del patto di scambio potesse configurare una delle forme di contiguità mafiosa punibili ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p., integrando proprio una di quelle tipiche condotte disvalorate realizzabili da un estraneo al sodalizio criminoso¹¹. Di più, rinnegando per il solo patto elettorale politico-mafioso le indicazioni fornite dalle Sezioni Unite nella sentenza Dimitry del 1994 in forza delle quali il contributo di un estraneo ad una cosca era da ritenersi penalmente rilevante solo quando avesse prodotto un contributo causale per il suo consolidamento o rafforzamento nei momenti "di fibrillazione"¹², è arrivata a considerarlo punibile a titolo di concorso esterno anche quando si sostanziava in una mera disponibilità *ex ante* prestata dal politico a favore del sodalizio criminoso in caso di eventuale e futuro esito positivo della consultazione elettorale¹³.

Proprio per porre un freno a questa deriva ermeneutica che aveva dilatato oltre misura l'area del concorso esterno, nel 2005 sono intervenute nuovamente le Sezioni Unite con la nota sentenza Mannino con cui hanno perentoriamente ridefinito in termini garantistici e coerenti con i principi fondamentali del diritto penale di marca costituzionale lo statuto di tipicità del concorso esterno, con specifico riguardo all'area dell'accordo politico-mafioso¹⁴.

Sul punto cfr. VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, cit., 5.

¹⁰ In generale, per una approfondita trattazione del concorso esterno e dei suoi molteplici profili problematici, si rinvia ai lavori monografici di CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

¹¹ Cass. pen., sez. I, 17-4-2002, n. 21356, Frasca, con nota critica di MAIELLO V., *Una «judge-made law» italiana: l'affermata punibilità, ex art. 110 e 416-«bis» c.p., del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro it.*, 2003, II, 682, ed ora in MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit.

¹² Com'è noto, Cass. pen., SS.UU., 5-10-1994, Dimitry, *Foro it.*, 1995, II, 422, con nota di INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della G. dogmatica*; IACOVIELLO M., *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, 858, aveva affermato che il contributo concorsuale punibile deve essere qualificato dai caratteri della «concretezza», dell'«effettività» e della rilevanza causale in direzione del mantenimento o rafforzamento dell'ente criminale. Sul punto v. SESSA A., *Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa: profili dogmatici e di politica criminale*, in MOCCIA S. (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Napoli 1999, 191 ss.

¹³ Per una serrata ed argomentata critica nei confronti di questo arresto della Suprema Corte si rinvia a MAIELLO V., *Una «judge-made law» italiana*, cit., 682 ss.

¹⁴ Cass. pen., SS.UU., 12-7-2005, n. 33748, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 86 ss. con nota di FIANDACA G.-VISCONTI C., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*.

In quell'occasione le S.U. – sviluppando in maniera più articolata e solida il ragionamento della sentenza Dimitry, ribadito con qualche scalfitura dalla seconda sentenza delle Sezioni Unite, la Carnevale del 2002¹⁵ – hanno definitivamente ripulsmato il concorso esterno come reato di evento, statuendo che per la sua sussistenza deve essere dimostrato l'effettivo e significativo apporto causale fornito dal soggetto estraneo al sodalizio criminoso per il consolidamento o rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione o di sue articolazioni settoriali, espungendo in questo modo dal suo ambito di operatività i meri accordi privi di efficacia eziologica rispetto al consolidamento del gruppo criminale e, a maggior ragione, le semplici "aperture di credito" del politico al clan¹⁶. Più precisamente, secondo il corretto avviso della sentenza Mannino, coerente con la sentenza Franzese, la promessa e l'impegno del politico integrano un'espressione punibile di concorso eventuale in associazione di stampo mafioso, solo allorché «all'esito della verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale e non già mediante una mera valutazione prognostica di idoneità *ex ante* ..., si possa sostenere che, di per sé e a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accordo, abbiano inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'organizzazione criminale», non però in termini soggettivi, operando quindi sul terreno della mera causalità psichica quale rafforzamento soggettivo del senso di sicurezza, di impunità ecc. dei sodali, bensì in termini oggettivi ed organizzativi nel senso di produrre un concreto ed apprezzabile effetto sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità organizzative dell'organizzazione criminale o di sue articolazioni¹⁷.

Non di meno, le difficoltà probatorie incontrate dalla giurisprudenza per accertare la sussistenza del concorso esterno in questi casi, scaturenti dalla sostanziale impossibilità di dimostrare all'interno del processo penale in termini oggettivi ed attendibili l'effettivo apporto causale fornito dal patto elettorale al rafforzamento dell'associazione sulla base di parametri friabili ed evanescenti quali la caratura dei personaggi coinvolti nell'accordo, il contenuto del patto, il tipo di sodalizio ecc., hanno sovente indotto i giudici di legittimità in alcune decisioni successive a

¹⁵ Cass. pen., SS.UU., 30-10-2002, n. 22327, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 3276 ss.: sul punto si rinvia ai contributi pubblicati nella sezione *Il concorso "esterno" tra teoria e prassi: un dilemma risolto o un istituto da rivedere?*, in *Legislazione pen.*, 2003, 685 ss., di GROSSO C.F., *Il concorso esterno nel reato associativo: un'evoluzione nel segno della continuità*, 685 ss.; FIANDACA G., *La tormentata vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, 691 ss.; PAPA M., *Un "baco del sistema"? Il concorso esterno nell'associazione mafiosa di nuovo al vaglio delle Sezioni Unite tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, 697 ss.; DE FRANCESCO G.A., *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, 704 ss.

¹⁶ In argomento cfr. MAIELLO V., *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 1352 ss., ed ora in MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit.

¹⁷ Sul punto si veda VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, cit., 325; CORVI A., *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 269 ss.; MOROSINI P., *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 59 ss.

trascurare o calpestare del tutto l'insegnamento della Mannino, salvo dichiarare talvolta formalmente di aderirvi, e a tornare a ritenere sussumibile nel "tipo criminoso" del concorso esterno la mera disponibilità del politico ad aiutare, in caso di vittoria alle urne, la cosca rappresentata dal suo interlocutore¹⁸.

In tempi più recenti, però, altra parte della giurisprudenza sembra aver voluto rivitalizzare il "modello Mannino", precisando nella nota sentenza Dell'Utri che per integrare un patto politico-mafioso penalmente rilevante a titolo di concorso esterno non è sufficiente accertare la mera disponibilità del politico a soddisfare, in caso di eventuale esito positivo della consultazione elettorale, le richieste dell'associazione, bensì è indispensabile la prova di uno specifico contributo apportato dal concorrente alla conservazione o al rafforzamento dell'intera associazione di stampo mafioso¹⁹.

Ciò nonostante, appena pochi mesi dopo questa pronuncia, una diversa sezione della Suprema Corte in un nuovo arresto giurisprudenziale ha ancora una volta ritenuto sufficiente, ai fini dell'integrazione del delitto di cui agli artt. 110 e 416-*bis* c.p., l'accordo di scambio tra esponente politico e sodalizio mafioso che si impegna a sostenerlo in una competizione elettorale, senza condizionarlo all'effettiva ripercussione dell'impegno assunto dal primo sulle sorti e sul funzionamento del secondo²⁰.

Inoltre, non si deve tralasciare che i dubbi circa la qualificazione giuridica del patto elettorale politico-mafioso erano (e continuano ad essere, come si vedrà *infra* al § 9.8.) ulteriormente acuiti dal fatto che nella legislazione penale complementare figurano altre disposizioni incriminatrici con cornici edittali ridotte rispetto a quelle degli artt. 416-*bis* e *ter* c.p. che si prestano ad attagliarsi a questo fenomeno. Ci si riferisce ai reati di corruzione elettorale (art. 96, TU delle leggi elettorali, D.P.R. 30-3-1957, n. 361 per le elezioni politiche, e art. 85, D.P.R. n. 750/1960, per le elezioni amministrative) che sanzionano «chiunque offre, promette o somministra denaro, valori, o qualsiasi altra utilità o promette, concede o fa conseguire impieghi pubblici e privati» per ottenere il voto da un elettore, con una pena che va da uno a quattro anni di reclusione, nonché, specularmente, con la stessa pena l'elettore

¹⁸ In palese contrasto con le indicazioni della sentenza Mannino si veda Cass. pen., sez. IV, 15-5-2006, Prinziavalli, laddove – in un caso che vedeva coinvolto un giudice – la Corte aveva rimodulato la rilevanza della condotta dell'*extraneus* facendo leva sulla sua attitudine a diffondere e rafforzare un senso di sicurezza fra gli appartenenti del sodalizio, rivitalizzando la categoria della causalità psichica c.d. da "rafforzamento" dell'organizzazione criminale, che le Sezioni Unite 2005 avevano espressamente stigmatizzato; Cass. pen., 1-6-2007, Tursi Prato, in cui addirittura, si torna ad affermare (ignorando del tutto le indicazioni di Mannino, senza neanche confutarle) che per la configurabilità del concorso esterno è sufficiente il mero accordo, «costituendo tale circostanza agli occhi dei consociati in qualche misura una sorta di (obliqua) legittimazione, a prescindere da vantaggi economici più concreti e contingenti»; Cass. pen., 13-6-2007, Patriarca. Sul punto, per approfondimenti e rilievi critici si rinvia a MAIELLO V., *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, cit., 1360 ss.

¹⁹ In tal senso cfr. Cass. pen., sez. V, 9-3-2012, n. 15727, DELL'UTRI, in *www.penalecontemporaneo.it*, con scheda illustrativa di A. Bell.

²⁰ Così, Cass. pen., sez. I, 9-1-2013, n. 8531, Ferraro.

che accetta la promessa o riceve l'elargizione); ed ai reati di coercizione elettorale (art. 97, L. n. 361/1957, e art. 87, L. n. 570/1960), che sanzionano «chiunque usa violenza o minaccia per costringere l'elettore ovvero con qualunque mezzo illecito atto a diminuire la libertà degli elettori», a esprimere il proprio voto a favore di un candidato o di una lista, con una pena che va da uno a cinque anni di reclusione. È invero evidente (nonostante la confusione giurisprudenziale sul punto²¹) come nel caso di un accordo tra un candidato ed un esponente di una cosca ben si possa verificare che siano compiuti anche tali reati aggravati dal metodo mafioso ai sensi dell'art. 7, D.L. n. 152/1991 nei confronti dei singoli elettori e che, quindi, anche laddove non sia provata la punibilità a titolo di concorso esterno o di 416-ter c.p., le condotte siano comunque sanzionabili penalmente ai sensi di queste disposizioni, potendo esse trovare applicazione diretta per il mafioso ed indiretta per il politico tramite il volano del concorso eventuale²².

In un panorama giurisprudenziale così confuso ed ondivago, dominato da una sorta di “anarchia ermeneutico-decisionale”, in cui si continuava ad assistere ad oscillanti ed imprevedibili difformi valutazioni del patto elettorale politico-mafioso, si avvertiva forte l'esigenza di una riforma volta a fare chiarezza ed a ridefinire, per via legale, i caratteri connotativi del suo disvalore penale, nonché la relativa e proporzionata cornice edittale²³.

9.2. LA TRAVAGLIATA GESTAZIONE DELLA SUA RIFORMA.

In questo contesto si inquadrano i diversi disegni di legge che negli ultimi due anni sono stati presentati in Parlamento con il comune scopo di sopperire agli

²¹ Sulla differenza tra le due fattispecie cfr. Cass. pen., sez. I, 24-4-2012, n. 27655, in *Cass. pen.*, 2013, 1482, secondo cui «il reato di corruzione elettorale ed il delitto di scambio elettorale politico-mafioso differiscono tra loro in quanto nel primo di essi viene punito il candidato che, per ottenere il voto, offre, promette o somministra danaro, valori ovvero qualsiasi altra utilità, mentre nel secondo la promessa di voti viene fatta, in cambio di erogazione di denaro, da un aderente ad associazione mafiosa mediante l'assicurazione dell'intervento di membri della medesima, sì che in esso è tipico il ricorso alla forza d'intimidazione derivante dal vincolo associativo mafioso»; in senso conforme cfr. Cass. pen., sez. VI, 13-4-2012, n. 18080; Cass. pen., sez. V, 19-2-2004, n. 10785. In dottrina, sebbene non con unanimità di vedute, l'argomento è affrontato da FONZO I.-PULEIO F., *Lo scambio elettorale politico mafioso, un delitto fantasma*, in *Cass. pen.*, 2005, 747; ALBAMONTE A., *Le modifiche apportate all'art. 416-bis la mafia politica*, *ivi*, 1992, 169; COLLICA M.T., *Scambio elettorale politico mafioso*, *cit.*, 877.

²² In argomento si veda VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, *cit.*, 7 s.

²³ In tal senso cfr. MAIELLO V., *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, *cit.*, 1361. Per una posizione più netta in un'ottica *de lege ferenda* si veda CAVALIERE A., *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, 641 s., secondo il cui avviso l'art. 416-ter c.p. dovrebbe essere espunto dal sistema penale, essendo difficilmente compatibile con il principio di offensività e potendo comunque essere assorbito il disvalore delle condotte da esso descritte tanto nel concorso eventuale nei delitti di corruzione e coercizione elettorale, quanto, laddove si ravvisino i diversi e più stringenti requisiti, nel concorso eventuale nell'associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416-bis c.p.

originari difetti di formulazione della fattispecie di cui all'art. 416-ter c.p. e di restituire al delitto di patto elettorale politico-mafioso una ben definita ed autonoma portata operativa rispetto all'attigua figura criminosa del concorso esterno²⁴, nonché di rafforzare la tutela penale nei confronti di ogni forma di contatto tra pubbliche istituzioni e cosche mafiose²⁵.

Anche questa volta, come nel 1992, la gestazione della riforma è stata tutt'altro che pacifica e lineare. Com'è noto, infatti, sono stati necessari oltre quattrocento giorni di discussione, quattro letture delle Camere, molteplici emendamenti contrastanti ed una seduta di lavori parlamentari particolarmente accesa, per arrivare il 16-4-2014 alla definitiva approvazione da parte del Senato del disegno di legge S. 948-B ed alla conseguente promulgazione della L. 17-4-2014, n. 62, recante "Modifica dell'articolo 416-ter del codice penale, in materia di scambio elettorale politico-mafioso"²⁶.

Se, come si è visto, era unanimemente avvertita come improcrastinabile la ridefinizione di questa fattispecie incriminatrice, a causa della sua ineffettività, non erano però altrettanto convergenti i pareri circa il contenuto da conferire tanto al suo precetto primario, quanto alla relativa cornice edittale.

Da un lato, cioè, si conveniva nel reputare l'originaria formulazione dell'art. 416-ter c.p. – frutto nel 1992, come si è detto, di un compromesso "al ribasso" – del tutto inadeguata a soddisfare l'esigenza politico-criminale di prevenzione e repressione dello scambio di reciproci favori tra esponenti politici e appartenenti ai sodalizi di stampo mafioso, a causa del suo rigido ancoramento al rapporto sinallagmatico "promessa di voti *versus* erogazione di denaro"; dall'altro, invece, si stentava a trovare un accordo sui caratteri della condotta meritevole di autonoma previsione incriminatrice e sulla relativa comminatoria edittale, contrapponendosi i sostenitori di un'opzione simbolica, onnicomprensiva e sostanzialmente più severa, a quelli di una maggiormente selettiva, proporzionata e rispettosa delle garanzie penalistiche a sfondo costituzionale.

Proprio la difficoltà di raggiungere un punto di equilibrio ragionevole tra queste due soluzioni legislative antitetiche e la necessità di non forgiare un'altra volta

²⁴ Sulle finalità della riforma si veda la *Relazione alla proposta di legge C. 204*, cit. Per un commento alla fattispecie, oltre al già citato lavoro di MAIELLO V., si rinvia a SQUILLACI E., *Il "nuovo" reato di scambio elettorale politico-mafioso. Pregi e limiti di una riforma necessaria*, in *Arch. pen.*, 2014, 1 ss.

²⁵ Per una completa ricognizione dei diversi ddl presentati in Parlamento (con specifico riferimento ai ddl C-251 Vendola e a., e C-328 Sanna e a.) e delle rispettive peculiarità contenutistiche si rinvia a VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, cit., 8 ss.; in argomento si veda anche SQUILLACI E., *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, 1 ss. Per approfondimenti sui lavori parlamentari si veda <http://www.camera.it/leg17/465?area=16&tema=892&Scambio+elettorale+politico-mafioso>.

²⁶ Per un primo commento alla L. n. 62/2014 si veda la relazione dell'ufficio del massimario della Corte di Cassazione di CORBO A., in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione_III_06_14.pdf.

una fattispecie in materia di contiguità mafiosa costellata «di trappole infernali in cui rischia di cadere il magistero penale alle prese con indagini e processi dagli esiti incerti e comunque controversi»²⁷, ha inciso in modo significativo sui tempi di approvazione, dilatandoli esasperatamente. La lunga attesa, però, è stata parzialmente compensata dalla decisione del legislatore di avvalersi della possibilità prevista nell'art. 10 disp. prel. cod. civ. di derogare agli ordinari termini della *vacatio legis* ivi indicati, disponendo all'art. 2 della medesima legge, in luogo dei canonici quindici giorni di “decantazione”, la sua immediata entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale*, 17-4-2014, n. 90 e, cioè, il 18 aprile.

Una scelta così singolare – che insolitamente avvicina, sul versante dell'efficacia normativa, una legge ordinaria dal contenuto penale emanata dal Parlamento all'esito di un ponderato e democratico scrutinio ad un decreto legge varato dall'Esecutivo per contingenti ragioni di necessità ed urgenza – trova la sua *ratio* giustificatrice nell'esigenza emergenziale di rendere possibile l'applicazione del *novum* legislativo già alle imminenti consultazioni elettorali per il Parlamento europeo e per le tante amministrazioni locali previste per la fine del mese di maggio prossimo venturo.

Tuttavia, pur essendo imputabile ad apprezzabili valutazioni utilitaristiche, essa sembra riproporre sul terreno della legge ordinaria gli stessi dubbi avanzati da una parte della dottrina su quello della decretazione d'urgenza nel circoscritto campo del diritto penale²⁸. La decisione di rendere immediatamente vigente la riforma di una figura delittuosa come l'art. 416-ter c.p. pare stridere con il principio di necessaria conoscibilità della norma incriminatrice e con «i doveri strumentali di informazione che, come ha affermato la sentenza costituzionale n. 364/88, gravano sullo Stato come condizione di *esigibilità* della pretesa all'obbligatorietà della legge penale, nella configurazione di rilevanza delineata dal nuovo testo dell'art. 5 c.p.». Ed infatti «la mancata previsione di un periodo di *vacatio* rende potenzialmente non conoscibili, ovvero problematicamente conoscibili dai destinatari, i precetti contenuti nel decreto legge»²⁹.

Inoltre, tenendo conto anche della lettura della legalità rielaborata oggi a livello CEDU ed alla valorizzazione in quella sede effettuata del profilo della conoscibilità ed accessibilità della norma incriminatrice, la mancata previsione dei termini di *vacatio* sembra difficilmente collimare con simili esigenze, potendo porre, quindi, eventuali dubbi circa la legittima applicabilità di una norma priva degli stessi, come

²⁷ VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 2.

²⁸ Avanzano fondate e condivisibili perplessità in merito all'utilizzo del decreto legge come fonte del diritto penale CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 130 ss.; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, 4^a ed., Milano, 2012, 37.

²⁹ Così MAIELLO V., “*Riserva di codice*” e decreto legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice, in STILE A. (a cura di), *La riforma della parte generale*, Napoli, 2003, 173.

il novellato 416-ter c.p., ai fatti commessi nel ristretto lasso di tempo intercorrente tra la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale ed i quindici giorni successivi.

9.3. LA NUOVA STRUTTURA “PLURISOGGETTIVA NECESSARIA PROPRIA” DELLA FATTISPECIE.

Tralasciando questi aspetti legati al piano formale delle fonti, è opportuno focalizzare l'attenzione su quelli afferenti al piano contenutistico dei molteplici profili della fattispecie di cui all'art. 416-ter c.p. attinti dall'intervento riformistico, facendo un'opportuna premessa: la maggior parte delle singole modifiche apportate dalla novella al testo normativo, in realtà, non introduce effettivi elementi di originalità rispetto al passato, bensì recepisce, dandogli finalmente una veste legale, taluni orientamenti giurisprudenziali formati nel corso del tempo in palese contrasto con il divieto di analogia.

Per converso, però, la complessiva fisionomia della fattispecie unitariamente considerata consente di tratteggiare una nuova e più chiara mappa delle forme di contiguità politico-mafiosa declinata sulla base della minore o maggiore intensità delle stesse.

In ogni caso, come si vedrà, il testo varato costituisce un accettabile punto di approdo rispetto alle basi da cui si era partiti, essendo stato depurato nel corso dei passaggi parlamentari di alcuni dei suoi principali elementi discutibili; tuttavia, taluni suoi aspetti destano ancora perplessità, *in primis* – sotto il profilo dell'offensività – quello dell'individuazione del momento consumativo e, quindi, dell'essenza di disvalore del fatto, nella mera stipula dell'accordo³⁰.

9.3.1. LA PRECEDENTE FORMULAZIONE.

Il primo rilevante cambiamento riguarda la struttura della fattispecie di scambio elettorale politico-mafioso.

La disposizione originaria costituiva, infatti, un esempio emblematico di figura criminosa plurisoggettiva necessaria impropria dal momento che, pur descrivendo un reato-contratto a prestazioni sinallagmatiche corrispettive avente causa illecita³¹, sottoponeva a pena unicamente una delle due parti e, segnatamente, il politico

³⁰ Un'ulteriore ed interessante proposta di riforma dell'art. 416-ter c.p. era stata avanzata da VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 10, secondo il cui avviso il reato avrebbe dovuto essere riformulato come segue: «Chiunque ottiene, per sé o per altri, la promessa di voti secondo le modalità previste dal terzo comma dell'art. 416-bis, in cambio promettendo all'associazione che si adopera per procurarli, denaro, appalti, autorizzazioni, concessioni, finanziamenti pubblici o privati o comunque altro indebito profitto, è punito con la reclusione...».

³¹ La non punibilità di una delle due parti è, infatti, prerogativa caratteristica di quelle fattispecie solo apparentemente ascrivibili al *genus* dei reati-contratto, ma sostanzialmente incentrate, invece che sullo scambio di prestazioni corrispettive tra due soggetti in posizione paritaria, su quello di prestazioni manifestamente sproporzionate tra due persone (per l'appunto autore e vittima) in un rapporto di supremazia-inferiorità, come ad esempio

e non anche il procacciatore dei voti appartenente ad un clan mafioso³². Non figurava, infatti, un altro comma o un'altra disposizione (come ad esempio l'art. 321 c.p. per i fatti di corruzione) che stabiliva l'estensibilità delle pene previste da quella disposizione anche al promittente. La fattispecie, cioè, pur presupponendo sul piano naturalistico la realizzazione di un comportamento plurisoggettivo, quale è inevitabilmente la stipula di qualsiasi patto tra un promittente ed un promissario, per precisa scelta politico-criminale restringeva il novero dei soggetti punibili al solo soggetto estraneo alla consorteria mafiosa, presumendo che la condotta del partecipe intraneo sarebbe stata comunque punita ai sensi dell'art. 416-*bis* c.p.³³.

D'altronde, l'esigenza di prevedere la punibilità per tali condotte anche del sodale oltre che del mero contiguo era stata teoricamente appagata dallo stesso legislatore del 1992 tramite la contestuale introduzione nell'art. 416-*bis*, comma 3, c.p. della finalità «di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali»; in questo modo si pensava di aver previsto la sanzionabilità dell'appartenente al clan mafioso che stringeva accordi con un politico in vista delle elezioni a titolo di partecipazione e, quindi, il reato di cui all'art. 416-*ter* c.p. serviva unicamente ad estendere la punibilità allo stesso titolo di reato all'estraneo alla cosca mafiosa.

Tuttavia, si trascurava di considerare che il comma 3 dell'art. 416-*bis* c.p. non aveva una funzione incriminatrice, essendo invece una norma meramente definitoria dei caratteri dell'associazione il cui fine era di contribuire a descrivere gli elementi da cui desumere la natura mafiosa del sodalizio a cui un soggetto è affiliato, ma non di elencare tassativamente i fatti specifici che integrano la sua condotta di partecipazione.

9.3.2. IL NUOVO COMMA 2 DELL'ART. 416-*TER* C.P. E L'ESPRESSA PUNIZIONE ANCHE DEL PROMITTENTE.

A differenza del passato, l'odierna formulazione si sviluppa in due commi modellati sulla falsariga proprio delle menzionate disposizioni in materia di corruzione

gli artt. 600, 600-*bis*, comma 2, e 644 c.p. L'unica fattispecie dove si ravvisa una situazione all'apparenza analoga è quella di cui all'art. 377, comma 2, c.p. in materia di intralcio alla giustizia; ma anche in questo caso, in realtà, ciò che legittima la punibilità di uno solo dei due concorrenti necessari è l'assenza di una posizione paritaria tra le parti, sebbene dopo la riforma dell'art. 319-*quater* c.p., in cui è stato sottoposto a pena anche l'indotto, tale opzione potrebbe oggi risultare irragionevole.

³² In argomento, si rinvia per approfondimenti sulla categoria dei reati-contratto e per ulteriori classificazioni e differenziazioni a LEONCINI I., *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, *passim*.

³³ Per un analogo punto di vista circa la natura giuridica del reato di scambio elettorale si veda MAIELLO V., *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico-mafioso* (art. 416-*ter* c.p.), cit., 2.

contenute negli artt. 318 ss. c.p.³⁴. Dalla loro lettura in combinato disposto si evince che oggi il reato di voto di scambio delineato dal legislatore è divenuto una fattispecie plurisoggettiva necessaria propria, in cui chi promette di procacciare voti è punito, oltre che per la partecipazione nell'associazione di stampo mafioso, anche per la mera stipula dell'accordo. Nell'inedito comma 2 aggiunto dalla novella, infatti, è prevista la punibilità con le stesse pene di chi accetta la promessa di voti, anche dell'altra parte dell'accordo criminoso, vale a dire di chi promette di procurare i voti avvalendosi del c.d. metodo mafioso di cui all'art. 416-ter c.p.

Una simile scelta può apparire ragionevole e condivisibile per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto, perché elimina l'anomalia di un reato-contratto in cui era punita una sola delle due parti, nonostante la natura sinallagmatica delle prestazioni corrispettive pattuite, sulla scorta della considerazione che l'altra parte era punita a titolo di partecipazione all'associazione. Inoltre, in quanto "sana" le acrobazie ermeneutiche compiute di recente da parte della giurisprudenza per pervenire al medesimo risultato. In una decisione della Suprema Corte dello scorso anno, infatti, allo scopo di rendere punibile anche la condotta del promittente dei voti, non sanzionabile a titolo di partecipazione *ex art. 416-bis c.p.* a causa della mancanza di adeguate prove circa la sua intraneità al sodalizio, era stato sostenuto che il suo comportamento potesse essere qualificato come concorso eventuale nel delitto di cui all'art. 416-ter c.p.³⁵; è però noto che la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, in rispettoso e coerente ossequio al principio di legalità, ammettono sì l'applicabilità dell'art. 110 c.p. (e, dunque, la funzione incriminatrice delle norme in materia di concorso eventuale nel reato) ai reati plurisoggettivi necessari impropri, ma unicamente riguardo alla condotta atipica del concorrente non punito, cioè alla condotta diversa da quella descritta dalla fattispecie incriminatrice e non sanzionata³⁶.

Non di meno, però, essa potrebbe porre dei problemi di raccordo e sovrapposizione con il delitto di cui all'art. 416-bis c.p., non essendo chiaro quale sia il rapporto tra le due fattispecie nel caso frequente in cui il patto elettorale sia stipulato proprio

³⁴ Sulla natura plurisoggettiva necessaria propria dei reati di corruzione si veda *ex multis* ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale. Parte speciale, I, I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, 3^a ed., Milano, 2013, 141 ss.; BENUSSI C., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di MARINUCCI G.-DOLCINI E., Milano, 2005, 524.

³⁵ Cass. pen., sez. IV, 28-5-2013, n. 23005.

³⁶ Sul punto si veda, tra i tanti, DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in DE FRANCESCO G.A. (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, II, PALAZZO F.-PALIERO C.E. (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Torino, 2010, 242 ss.; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, 6^a ed., Bologna, 2011, 530 s.; MAIELLO V., *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori tra silenzi della dottrina e dis-orientamenti della giurisprudenza*, in *Indice pen.*, 2008, 289. In giurisprudenza si era espressa in tal senso Cass. pen., SS.UU. 28-11-1981, Emiliani, in *CED*, 151619, relativamente al delitto di rivelazione di segreti d'ufficio di cui all'art. 326 c.p.; in senso contrario si veda la giurisprudenza in materia di collusione tra militare della Guardia di Finanza ed estraneo, di cui all'art. 3, L. 9-12-1941, n. 1383; nonché in dottrina, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 13^a ed., a cura di CONTI L., Milano, 1994, 540.

da un partecipe nel delitto di associazione di stampo mafioso. In una simile eventualità, si dovrà verificare se ci si trovi al cospetto di un concorso apparente di norme per assorbimento, oppure di un concorso di reati.

Si dovrà, cioè, indagare se si debba applicare il solo delitto (oggi divenuto più grave) di partecipazione di cui all'art. 416-*bis*, comma 3, c.p., in quanto assorbe in sé il disvalore di quello meno grave di cui all'art. 416-*ter*, comma 2, c.p., oppure, come sembra più probabile, se debbano essere ritenuti sussistenti entrambi, in quanto concorrono tra loro i due reati. Naturalmente, nessuno spazio sembra residuare per l'applicabilità del solo art. 416-*ter*, comma 2, c.p. sulla base del principio di specialità, dal momento che darebbe vita alla assurda, irragionevole e discriminatoria riduzione della pena per un partecipe intraneo all'associazione di stampo mafioso.

La prima scelta dovrebbe essere scartata all'esito di un ragionamento apagogico o per assurdo; ed infatti, ammettendo assorbito il disvalore del comma 2 dell'art. 416-*ter* c.p. in quello del comma 3 dell'art. 416-*bis* c.p. si finirebbe per pervenire alla sua tacita abrogazione e, quindi, per porre nel nulla il senso stesso della riforma. Una volta prevista la punibilità anche per il secondo contraente del patto elettorale con pene ridotte rispetto alla mera partecipazione, consistente (anche) nell'agire al fine di procurare a sé o ad altri voti in occasione di consultazioni elettorali, non sembra dunque irragionevole immaginare che questa condotta costituisca uno dei delitti-scopo dell'associazione di stampo mafioso, piuttosto che una condotta di minore disvalore rispetto alla partecipazione e, quindi, in essa assorbita. A ben vedere, tuttavia, siffatta opzione potrebbe eliminare un'aporia contenuta nella precedente normativa in materia di criminalità organizzata in cui il partecipe di un'associazione *ex* art. 416-*bis* c.p. era punito sempre per tutti i delitti-scopo da lui realizzati, eccezion fatta per lo scambio elettorale di cui all'art. 416-*ter* c.p.

La previsione della rilevanza penale ad autonomo titolo di reato, differente dall'art. 416-*bis* c.p., della stipula del patto con un candidato alle elezioni si pone in chiave di complementarietà con il delitto di partecipazione ad una associazione di stampo mafioso, dal momento che per un partecipe ad una cosca lo stipulare un accordo di scambio con un candidato alle consultazioni elettorali costituisce la condotta prodromica rispetto a quella descritta nel comma 3 dell'art. 416-*bis* c.p. di avvalersi della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo allo scopo di procurare ad altri voti in occasione di una consultazione elettorale e rispetto a quella descritta dai reati di corruzione e coercizione elettorale di cui agli artt. 96 e 97, TU n. 361/1957 per le elezioni politiche e artt. 86 e 87, D.P.R. n. 750/1960, per le elezioni amministrative, eventualmente commessi.

L'esito di questa autonoma previsione incriminatrice dovrebbe essere, quindi, quello di inasprire la risposta repressiva nei confronti degli affiliati ai clan, consentendo di ritenere sussistente il concorso materiale tra i due reati eventualmente commessi.

Tuttavia, non può tacersi che un simile innalzamento del rigore punitivo rischierebbe di restare solo sulla carta, traducendosi, quindi, l'aggiunta del comma 2 in una

riforma dal contenuto meramente simbolico. In concreto, infatti, un simile effetto difficilmente si avvererà, dal momento che le due fattispecie ascrivibili al partecipe, i delitti di cui agli artt. 416-*bis* e 416-*ter*, comma 2, c.p., (vincendo le resistenze manifestate dalla giurisprudenza in ordine alla compatibilità della continuazione con i reati associativi) saranno considerate avvinte dal vincolo della continuazione e, quindi, l'aumento di pena per la seconda finirà con l'essere di fatto "cancellato" attraverso la previsione di incrementi minimi della sanzione prevista per il 416-*bis* c.p. in quanto violazione più grave³⁷.

Comparando i due testi *ante* e *post* riforma dell'art. 416-*ter* c.p. si può, quindi, pervenire ad una prima conclusione provvisoria: se quello originario era finalizzato ad estendere le pene previste per il partecipe ad un sodalizio mafioso che avesse anche provato ad alterare il corso regolare di una consultazione elettorale attraverso la stipulazione di un accordo con un candidato e, dunque, era modulato come un plurisoggettivo improprio apparente, essendo in realtà prevista in quell'ottica la punibilità dell'affiliato per il patto ai sensi dell'art. 416-*bis* c.p.; il secondo invece sembra perseguire un obiettivo diverso. Da un lato, nel comma 1, pare voglia definire meglio ed in maniera più rispondente alle esigenze processuali, il tipo di condotta dell'esterno all'associazione punibile ai sensi della nuova fattispecie, dall'altro, nel comma 2, sembra voglia rafforzare la tutela penale nei confronti degli affiliati ai clan, prevedendo espressamente la punibilità anche per il mero patto elettorale.

9.4. I PROTAGONISTI DELL'ACCORDO: OLTRE IL DUALISMO "POLITICO VS MAFIOSO".

Passando ad un esame analitico della condotta descritta, il primo dato che si può constatare è che la L. n. 62/2014 arreca novità per quanto concerne il versante dei potenziali soggetti attivi del reato, estendendolo di fatto rispetto al passato, sebbene non in maniera così netta da cancellare del tutto i dubbi preesistenti sia per quanto concerne l'ampiezza della figura del promissario, sia per quanto riguarda quella del promittente.

Rispetto alla prima, la decisione di confermare la modulazione della fattispecie come reato comune anziché proprio, impedisce unicamente di sussumere nella nozione del promissario l'intraneo affiliato all'organizzazione criminosa, ma lascia aperta la possibilità che il soggetto attivo che accetta la promessa del procacciamento di voti non sia un candidato alle elezioni, bensì un terzo che operi come mediatore per orientare i voti delle cosche³⁸.

³⁷ Di recente, le Sezioni Unite sono nuovamente tornate sul problema della individuazione della violazione più grave nel reato continuato, stabilendo che questa «va individuata in astratto in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto tale dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse» (così SS.UU., 28-2-2013, n. 25939).

³⁸ Sul soggetto attivo del reato prima della riforma si veda FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 499. Una limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione della

A tal proposito sono state, dunque, ignorate le indicazioni contenute in un altro dei disegni di legge presentati nel corso dei lavori parlamentari (il DDL n. 957), volte ad estendere il novero dei soggetti attivi anche agli estranei al sodalizio, tramite la previsione della punibilità con le medesime pene previste per chi ottiene la promessa, anche per chi, agendo quale intermediario, si adopera per far ottenere la promessa³⁹.

In realtà, un risultato analogo potrebbe ugualmente essere raggiunto oggi ritenendo punibile il comportamento del mediatore che funga da tramite per la stipula del patto tra il candidato e la cosca a titolo di concorso eventuale nel reato di scambio elettorale e, quindi, sulla base del combinato disposto degli artt. 110 e 416-ter c.p.

Anche rispetto alla seconda figura di soggetto attivo, quella del promittente i voti, la decisione di costruire la nuova ipotesi delittuosa di cui al comma 2 dell'art. 416-ter c.p. come reato comune, senza restringere il novero dei soggetti attivi alla cerchia degli affiliati al sodalizio mafioso, consente di (continuare a) sostenere che il promittente possa essere anche un soggetto estraneo alla cosca, purché l'oggetto della promessa da lui fatta al candidato sia quello di procacciare voti ad un candidato in cambio di denaro o altra utilità mediante il metodo mafioso⁴⁰. Vale a dire che, a differenza del passato, quel che connota in termini di disvalore l'accordo tra il candidato ed il promittente non è il fatto che questi appartenga stabilmente ad un clan, ma che garantisca di avvalersi delle c.d. modalità mafiose.

Inoltre, ciò significa che la fattispecie potrebbe trovare applicazione, oltre che nei confronti di soggetti non intranei ad una cosca mafiosa, anche nei confronti di intranei operanti *uti singoli* invece che nell'interesse dell'associazione.

Forse a tale riguardo si sarebbe potuto specificare che la prestazione del candidato doveva essere rivolta all'associazione mafiosa intera e non al singolo soggetto

fattispecie era, invece, auspicata *de iure condendo* da VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 11. Sottolinea, invece, come la riforma abbia proprio consentito questa estensione del novero dei soggetti attivi MAIELLO V., *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-ter c.p.)*, cit., 3.

³⁹ SQUILLACI E., *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 4.

⁴⁰ Una simile lettura estensiva dell'ambito di operatività di norme incriminatrici concepite per la criminalità organizzata di stampo mafioso è già sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza con riferimento alla aggravante speciale del c.d. metodo mafioso prevista all'art. 7, D.L. n. 152/1992, conv. L. n. 203/1991; sul punto si rinvia per approfondimenti a DE VERO G., *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 45 s.; DELLA RAGIONE L., *L'aggravante della 'ambientazione mafiosa' (art. 7, d.l. 13-5-1991, n. 152)*, in MAIELLO V., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata ed armi*, in PALAZZO F.-PALIERO C.E. (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Torino, 2015, 69 ss. Anche la giurisprudenza di merito, nelle primissime applicazioni del nuovo 416-ter c.p., sembra aver condiviso questa soluzione interpretativa, ritenendo applicabile la fattispecie sullo scambio elettorale anche nei confronti di soggetti 'non più mafiosi' perché appartenenti a clan inattivi; in particolare, secondo questa decisione la forza di intimidazione utile a procacciare i voti al candidato può essere collegata oltre che all'attuale 'carattura' camorristica del promittente, anche alla pregressa esistenza e fama 'criminale' del suo clan; in tal senso cfr. T. Salerno, Sez. riesame, 17-2-2015.

con cui è stato stretto l'accordo, così facendo si sarebbe probabilmente modellata una fattispecie più rispettosa del principio di offensività, dal momento che avrebbe ristretto il campo dei fatti punibili ai soli comportamenti pericolosi per l'ordine pubblico, vale a dire quelli riguardanti l'intera associazione⁴¹. Non essendo, però, stata esplicitata una simile prerogativa sembra doversi reputare applicabile la fattispecie in questione senza limiti soggettivi peculiari e, quindi, sia agli estranei al sodalizio, sia agli intranei che agiscano per finalità personali, purché naturalmente promettano di procurare voti mediante le modalità di cui all'art. 416-*bis*, comma 3, c.p.

9.5. LA CONDOTTA INCRIMINATA: L'ACCETTAZIONE DELLA PROMESSA DI PROCURARE VOTI MEDIANTE IL "METODO MAFIOSO".

Uno dei profili della novella legislativa su cui erano sorte le maggiori divergenze di vedute è quello concernente la condotta incriminata e, quindi, l'individuazione della soglia di rilevanza penale della fattispecie.

Si è discusso, infatti, serratamente su quali fossero i comportamenti da punire, se solo quello della accettazione della promessa del procacciamento dei voti, oppure, in un'ottica più rigoristica, ma ancor più difficilmente compatibile con le garanzie costituzionali, anche quello dell'adoperarsi per ottenere tale promessa, prospettato nel DDL n. 957 come modalità alternativa di realizzazione del fatto.

Nel testo definitivamente varato, all'esito di un concitato dibattito, è prevalsa la prima opzione, quella di incriminare unicamente l'accettazione della promessa di procurare voti, ritenendo la seconda poco rispettosa dei principi di precisione, determinatezza ed offensività. Il suo eventuale recepimento, invero, avrebbe generato non solo la penalizzazione di condotte ulteriormente prodromiche rispetto al mero accordo – causando un eccessivo arretramento della soglia del penalmente rilevante a quella del tentativo di accordo –, ma anche estremamente vaghe, non essendo precisamente definibile quale sarebbe stato il grado di attivazione richiesto per ritenere integrata la condotta dell'"adoperarsi per ottenere una promessa".

Inoltre, contro questa soluzione estensiva dell'ambito di operatività dell'art. 416-*ter* c.p. militava anche un altro ordine di motivi, inerenti al piano della ragionevolezza ed adeguatezza della risposta punitiva: modellare il delitto di scambio elettorale come fattispecie a modalità realizzativa alternativa (accettazione della promessa o mera attivazione per ottenere una promessa) secondo il vetusto schema semplificatorio e antigarantista dell'equivalenza delle condizioni tanto caro ai compilatori del codice Rocco, avrebbe significato anche introdurre un'irragionevole parificazione sul versante sanzionatorio di due condotte dal disvalore sociale sensibilmente diverso e non equiparabile, il patto elettorale politico-mafioso vero e proprio ed il

⁴¹ Auspicava una simile soluzione VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 11; sul punto cfr. anche SQUILLACI E., *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 13.

mero tentativo dello stesso⁴². In questo modo, per giunta, si sarebbero anche frustrate le finalità della pena, in specie quelle special-preventive positive, finendo per non individualizzare la risposta sanzionatoria nei confronti del reo ed, al contrario, per appiattirla indiscriminatamente, assimilando due comportamenti sensibilmente diversi.

A prescindere da tali rilievi, è opportuno segnalare che rispetto alla precedente formulazione letterale, è anche cambiato il materiale linguistico impiegato per descrivere la condotta del politico. Se, infatti, nella originaria versione dell'art. 416-ter c.p. si puniva chi "otteneva" la promessa, impiegando cioè un verbo insolito nella descrizione dei reati-contratto, nella nuova si sanziona chi "accetta" la promessa, uniformando così il delitto di scambio elettorale a tante altre fattispecie incentrate sulla stipulazione di un accordo dal contenuto illecito, prime tra tutte le affini norme in materia di corruzione di cui agli artt. 318 ss. c.p.

Sempre sul versante della descrizione della condotta il legislatore ha compiuto un passo in avanti rispetto al passato, in cui si incriminava semplicemente chi otteneva la promessa di voti prevista dall'art. 416-bis, comma 3, c.p. (condotta peraltro non prevista realmente da quella norma), precisando che per essere punibile la condotta di accettazione essa deve riguardare una promessa di procacciamento di voti «mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis», vale a dire avvalendosi del vincolo di assoggettamento ed intimidazione derivante dall'appartenenza al sodalizio mafioso⁴³.

A ben vedere, quest'opzione politico-criminale sembra orientata a plasmare la nuova ipotesi delittuosa come un reato complesso rispetto all'aggravante di cui all'art. 7, comma 1, D.L. n. 152/1992 del metodo mafioso. Essa, cioè, non fa altro che assorbire nel tessuto della fattispecie del voto di scambio, con un materiale linguistico solo leggermente diverso, la circostanza aggravante speciale del metodo mafioso, stabilendo che il patto integra reato quando ha ad oggetto il procacciamento dei voti mediante le modalità del comma 3 dell'art. 416-bis c.p.

In questo modo si dovrebbe anche risolvere ogni dubbio circa la possibilità di configurare la suddetta aggravante nel reato in questione, propendendo per una risposta negativa in base all'art. 84 c.p.: il metodo mafioso oggetto dell'aggravante è, infatti, evidentemente elemento costitutivo della fattispecie. Tuttavia qualche dubbio potrà permanere in ordine alla seconda modalità alternativa di aggravio di pena presa in considerazione dal medesimo art. 7, quella della finalità mafiosa che, al

⁴² Sul punto si vedano le analoghe considerazioni critiche di VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 8.

⁴³ Per un punto di vista sostanzialmente coincidente cfr. SQUILLACI E., *Il "nuovo" reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 4, secondo il cui avviso l'inserimento di tale locuzione nella fattispecie «ha arricchito la condotta tipica di una più seria base fattuale, non limitandosi a punire un mero incontro di consensi, ma sanzionando espressamente colui che accetti la promessa di procurare voti 'mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416-bis».

contrario, si presterebbe, anzi, a trovare frequente, se non automatica, applicazione (sul punto si tornerà *infra* § 9.9.)⁴⁴.

Proprio, su questo ultimo aspetto, vale a dire circa il ruolo che deve assolvere il metodo mafioso nell'ambito del novellato reato di scambio elettorale, si sono concentrate le prmissime decisioni della Suprema Corte che negli ultimi mesi del 2014 hanno applicato il 416-*ter* c.p. nella sua versione rimodellata. Per approfondimenti sulle stesse rinvia al § 9.11.

9.5.1. LA NATURA DELLA FATTISPECIE: REATO-CONTRATTO DI MERA CONDOTTA.

Naturalmente, la scelta legislativa di continuare ad individuare il disvalore del fatto nel mero accordo può apparire poco consona rispetto al principio di offensività, registrando un arretramento della soglia del penalmente rilevante ad un momento prodromico e molto lontano rispetto a quello della concreta lesione del bene giuridico tutelato⁴⁵.

L'argomento è estremamente delicato e complesso e non può essere affrontato adeguatamente in questa sede di "primo commento" della novella; forse, però, maggiori perplessità in tal senso potevano sussistere laddove il legislatore avesse optato per incriminare anche il mero adoperarsi del mafioso o la semplice disponibilità del politico. In quel caso ci si sarebbe trovati davvero al cospetto di una fattispecie priva di alcun disvalore oggettivo rispetto agli interessi protetti e difficilmente compatibile con il principio di necessaria lesività, inteso ovviamente nella sua dimensione "in astratto" come canone di politica criminale da seguire per la costruzione delle norme incriminatrici⁴⁶.

Diversamente, l'aver ancorato il disvalore del fatto alla effettiva stipula di un accordo tra il politico ed il mafioso in cui le prestazioni corrispettive promesse sono, da un lato, il procacciamento dei voti tramite il ricorso al "metodo mafioso" e, dall'altro, la promessa o l'erogazione di denaro o altra utilità, sembra ricondurre la fattispecie nell'alveo della (seppur minima) compatibilità con il principio di offensività e costituire una consapevole deroga rispetto alla regola generale dell'irrelevanza dell'accordo non seguito dalla commissione di un delitto stabilita nell'art. 115 c.p. Essa, infatti, si presenta come un reato-contratto di pericolo astratto in cui si incrimina la stipula di un patto quando ha ad oggetto una prestazione caratterizzata dal ricorso al "metodo mafioso", vale a dire ad un modo di agire che integra già di per sé il requisito strutturale di una fattispecie incriminatrice quale l'art. 416-*bis* c.p. ed

⁴⁴ Per approfondimenti sull'aggravante dell'art. 7 si rinvia a DELLA RAGIONE L., *L'aggravante della "ambientazione mafiosa"*, cit.

⁴⁵ In termini critici nei confronti di tale opzione politico-criminale si è espresso SQUILLACI E., *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 6.

⁴⁶ La doppia dimensione del principio di offensività, in astratto ed in concreto, tratteggiata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, è ricostruita da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, *passim*.

il contenuto di un'aggravante ad effetto speciale come quella menzionata all'art. 7, D.L. n. 152/1991.

In quest'ottica, si potrebbe, quindi, sostenere che la definizione di un simile accordo costituisca, sulla base di una presunzione ragionevole e, quindi, non censurabile costituzionalmente, una fonte di pericolo significativa per i beni protetti, incidendo in termini negativi non solo sull'ordine pubblico, ma anche su un altro interesse fondamentale in uno Stato democratico, quale la libertà morale dei cittadini di esprimere il proprio voto e di contribuire alla democratica elezione dei rappresentanti nelle pubbliche assemblee, interesse che può essere protetto da intimidazioni mafiose, già prima che esse raggiungano lo scopo di condizionare effettivamente il voto⁴⁷.

Naturalmente, per essere tollerata in un sistema penale informato dai principi costituzionali, tra cui quello di offensività, una fattispecie di questo tipo deve comunque essere interpretata ed applicata alla luce di quest'ultimo nella sua dimensione c.d. "in concreto", vale a dire come criterio ermeneutico per guidare le decisioni della giurisprudenza.

Ciò significa che l'aver continuato a costruire il reato attorno alla mera accettazione della promessa non significa che esso sia integrato da qualsiasi tipo di accordo intervenuto tra il politico ed il mafioso. La giurisprudenza, in forza dell'art. 49, comma 2, c.p., ha infatti il dovere di ridurre l'ambito di operatività della fattispecie, esercitando una funzione di *extrema ratio* secondaria o sussidiaria, e di circoscriverlo alle sole condotte che, oltre ad essere formalmente coincidenti con quelle descritte dalla norma incriminatrice generale ed astratta, siano anche concretamente offensive del bene giuridico da questa protetto. Non sarà, dunque, mai sufficiente ad integrare il nuovo reato la mera accettazione di una generica promessa di aiuto durante la campagna elettorale, ricavata da provvisorie e banali convergenze di opinioni tra le due parti non sfociate nella stabile predisposizione di iniziative volte all'accaparramento di voti con modalità mafiose, ma, al contrario, sarà sempre necessario un preciso e serio impegno assunto dai due "contraenti" illeciti⁴⁸.

A tale riguardo, ci sembra però non residuare spazio per la sopravvivenza dell'orientamento di una parte della giurisprudenza che, muovendosi in questo

⁴⁷ In argomento si rinvia a CAVALIERE A., *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 642, il quale dopo aver individuato il bene protetto nella libertà morale di una pluralità di persone, precisa però che ciò «non comporta che la disposizione risulti legittima dal punto di vista della soglia di tutela: al contrario, anche una volta che il bene tutelato sia stato ricostruito in maniera afferrabile e relativamente prossima all'aggressione da parte del soggetto attivo, resta ... il dato per cui si punisce, in sostanza, un'ipotesi di accordo non eseguito o di istigazione privata accolta, anche se il reato non è commesso, in deroga al principio di cui all'art. 115 c.p.». Sul problema del bene tutelato si veda da ultimo anche RONCO M., *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 153 s.

⁴⁸ Sul punto, sebbene, in termini più netti, si veda SQUILLACI E., *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 7, ad avviso del quale il momento consumativo non dovrebbe essere individuato nella mera promessa, bensì già a livello legale nella stipula di un accordo stabile, serio ed effettivo tra le parti.

solco, ha finito con lo spingersi ben oltre i confini tracciati dalla fattispecie, richiedendo ai fini della sua configurazione che venga provato l'effettivo ricorso da parte dei mafiosi promittenti "all'intimidazione ovvero alla prevaricazione per impedire o ostacolare il libero esercizio del voto", risultando così «determinante il meccanismo di coartazione-intimidazione teso a ottenere la favorevole espressione del voto»⁴⁹. Una simile soluzione ermeneutica sembra, difatti, porsi in contrapposizione con la fisionomia della novellata fattispecie per la cui consumazione il legislatore ha deliberatamente richiesto la mera stipula dell'accordo, a prescindere dalla sua effettiva esecuzione⁵⁰.

9.5.2. L'AMPLIAMENTO DELL'OGGETTO DELLA PRESTAZIONE DEL POLITICO: DENARO O ALTRA UTILITÀ.

Probabilmente, la modifica più rilevante riguarda l'oggetto della prestazione promessa o erogata dal politico, che non è più circoscritto al solo denaro, bensì è esteso anche ad "altra utilità".

Com'è noto, proprio questo aspetto costituiva una delle principali ragioni dell'ineffettività della fattispecie originaria, dal momento che quasi mai la prestazione del politico consisteva nella dazione di denaro, quanto piuttosto nella promessa di altri comportamenti indebiti e vantaggiosi per il clan, come l'assegnazione di appalti, l'assunzione di lavoratori ecc. Il suo inserimento nella trama della fattispecie legale consentirà di renderla applicabile a qualunque bene o prestazione che rappresenti un vantaggio per il promittente, alla stregua di quanto già avviene, ad esempio, nell'ambito dei delitti di corruzione di cui agli artt. 318 ss. dove la nozione ha assunto nel corso del tempo una accezione estremamente dilatata⁵¹.

Anche a tal proposito, va però rilevato come questo intervento correttivo in realtà serva soprattutto ad arginare un orientamento, magari condivisibile da un punto di vista sostanziale, ma palesemente *contra legem*, invalso sotto la vecchia disciplina in alcune recenti pronunce della Cassazione nelle quali era stata sostenuta la configurabilità del reato anche nei casi in cui la prestazione del "politico" avesse avuto per oggetto non il denaro ma anche altra utilità⁵².

⁴⁹ Cass. pen., 13-4-2012, n. 18080; ancor prima Cass. pen., 23-9-2005, n. 39554. Sul punto cfr. VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 3.

⁵⁰ Un passo in avanti in tal senso, volto a recepire questo orientamento della giurisprudenza, era stato auspicato da VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., 11, secondo il cui avviso si doveva incriminare la condotta solo quando si fosse ravvisata una sorta di inizio di esecuzione del patto.

⁵¹ Sulla dilatazione del concetto di "altra utilità" nelle similari fattispecie corruttive si rinvia per tutti a BENUSSI C., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 530.

⁵² Cass. pen., 30-11-2011, n. 46922; Cass. pen., 11-4-2012, n. 20924; Cass. pen., 5-6-2012, n. 1390.

Giova peraltro osservare che questa opzione, in realtà, non fa altro che recepire l'originaria intenzione del legislatore al momento della prima formulazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso. Com'è noto, difatti, il testo del disegno di legge presentato e discusso in tempi rapidi nel 1992 prevedeva come oggetto della prestazione del candidato, oltre alla «erogazione di denaro» quale corrispettivo della promessa di voti mafiosi, anche la «promessa di agevolare l'acquisizione di concessioni, appalti, contributi e finanziamenti pubblici o comunque la realizzazione di profitti», ma tale ulteriore locuzione venne poi soppressa nel corso del travagliato iter parlamentare che precedette la conversione in legge del D.L. n. 306/1992, sul presupposto che una così ampia formulazione della norma avrebbe potuto alimentare il rischio di arbitrii sul piano applicativo.

Tuttavia, tale scelta non è andata esente da critiche; è stato, difatti, osservato che l'aver introdotto il requisito dell'utilità nella fattispecie espone al rischio di una «sistematica estensione della norma all'attività politica, soprattutto allorquando quest'ultima si connota per il raggiungimento di interessi pubblici che possano però anche comportare il complementare soddisfacimento di interessi privati, magari riferibili pure ai membri di un'associazione mafiosa. Insomma, il rischio è che l'introduzione di questo requisito possa seriamente condizionare gli stessi rapporti tra politica e magistratura. Nel senso che il riferimento espresso ad una non meglio definita "utilità" quale oggetto della controprestazione del politico potrebbe rivelarsi nulla più che l'occasione per avviare una indagine penale nel corso di una certa campagna elettorale, onde potere in tal modo risalire anche alla scoperta di altri fatti di reato, tuttavia in quel momento storico ancora soltanto sospettati»⁵³.

9.5.3. L'AMPLIAMENTO DEL CONTENUTO DELLA PRESTAZIONE: EROGAZIONE O PROMESSA DI EROGAZIONE.

Un'altra rilevante novità inerisce, invece, al contenuto della contro-prestazione del politico: esso deve consistere nell'erogazione o nella promessa di erogazione di denaro o altra utilità. Il legislatore ha cioè ampliato il novero dei fatti punibili, affiancando alla condotta dell'erogazione quella della promessa di erogazione.

In realtà, anche questa opzione politico-criminale, più che rappresentare una autentica novità rispetto al passato, costituisce il recepimento a livello normativo di un orientamento giurisprudenziale ai confini con l'applicazione analogica *contra legem*, in base al quale il termine "erogazione" (che era l'unico contemplato nella precedente formulazione) doveva essere inteso in una accezione "debole", sicché per la consumazione del reato era sufficiente la stipula delle reciproche promesse indipendentemente dalla materiale erogazione del denaro⁵⁴.

⁵³ Così Squillaci E., *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 11.

⁵⁴ In tal senso cfr. Cass. pen., 2-3-2012, n. 32820.

Tuttavia, è stata scartata la proposta più “estrema” contenuta nella versione del ddl emendata dal Senato il 28-1-2014 di ritenere integrato il reato alternativa-mente anche «in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione», poiché ciò avrebbe determinato un'eccessiva dilatazione dei fatti perseguibili, nonché notevoli difficoltà in sede di formazione della prova in ordine alla loro commissione.

Inoltre, com'è stato rilevato in sede di primo commento al disegno di legge durante il suo *iter* legislativo, una simile scelta sarebbe stata difficilmente compatibile con il principio di determinatezza e, di conseguenza, con il principio di offensività, consentendo, in ragione della sua genericità ed ampiezza, la punibilità anche di fatti privi di alcuna carica lesiva⁵⁵. Peraltro, ciò avrebbe generato l'ulteriore rischio di accettare una «colpevolezza sostanzialmente vuota e formalizzata, perché riferita a un fatto in sé neutro o comunque solo vagamente offensivo», nonché di privare la fattispecie di quella necessaria funzione general-preventiva positiva di orientamento culturale dei consociati, dal momento che non avrebbe tracciato chiaramente i contenuti del fatto vietato⁵⁶.

9.6. LA MANCATA DELIMITAZIONE DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO.

Sul versante dell'elemento soggettivo la novella non contiene alcuna novità di rilievo, poiché durante l'*iter legis* del disegno di legge, al momento della seconda lettura in Senato il 28-1-2014, è stata esclusa l'introduzione nella fattispecie del requisito della consapevolezza operata con emendamento in prima lettura dalla Camera il 16-7-2013. Questo aspetto è stato, infatti, ritenuto inutilmente ridondante, dal momento che, trattandosi di un delitto doloso, la rappresentazione e la volontà del politico devono coprire ugualmente tutti i suoi elementi più significativi, tra i quali anche l'utilizzo delle modalità impiegate dal mafioso per il procacciamento dei voti⁵⁷.

Tuttavia, come è stato acutamente rilevato, la scelta di caducare l'avverbio “consapevolmente”, non è così ininfluyente sul piano della selezione dei fatti sussumibili nel novellato art. 416-ter c.p. L'esplicitazione di quel carattere dell'elemento psicologico avrebbe, invero, consentito di restringere il perimetro di operatività della fattispecie sul versante del dolo, impedendo di ritenerla configurata nel caso di mero dolo eventuale, ponendo così un freno alle pericolose interferenze tra politica e giustizia penale, da più parti temute⁵⁸.

⁵⁵ Così Squillaci E., *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 2.

⁵⁶ Squillaci E., *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 3.

⁵⁷ Sul punto può essere utile consultare <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/pdf/GI0045B.pdf>.

⁵⁸ Tali rilievi critici relativi all'eliminazione del carattere consapevole dell'accettazione della promessa sono formulati da Insolera G., *Il sistema penale*, cit., p. 10 del dattiloscritto.

È stato, però, rilevato che anche in assenza di questo controverso avverbio l'area di operatività del delitto non potrebbe essere dilatata estendendo la sua componente psicologica al dolo eventuale, essendo questo strutturalmente incompatibile con la natura "contrattuale" del reato il cui disvalore è proprio incentrato sulla consapevolezza della "provenienza illecita" della prestazione (tanto dei beni, come della promessa di recuperare voti) da parte del rispettivo accettante⁵⁹.

9.7. IL MOMENTO CONSUMATIVO: UN NUOVO REATO "A SCHEMA DUPLICE"?

La nuova fattispecie sembra individuare il momento consumativo in quello istantaneo dell'accettazione della promessa e degradare le condotte esecutive della stessa al rango di post-fatti non punibili. Non di meno, però, la previsione nella seconda parte del testo come controprestazione alternativa del politico della "erogazione" e della semplice "promessa di erogazione" di denaro o altra utilità potrebbe portare nella prassi a conclusioni diverse.

Ed infatti, non è impossibile immaginare che, nel caso in cui ci sia la stipula del patto accompagnata dalla successiva dazione materiale del *quantum debeatur* da parte del politico frazionata nel tempo, la giurisprudenza non si accontenti di fissar il momento consumativo del reato in quello cronologicamente più risalente dell'accettazione della promessa e, conseguentemente, di valutare i successivi pagamenti come meri *post facta* non punibili.

Al contrario, è verosimile supporre che tenda a spostare in avanti il momento consumativo della nuova figura criminosa, sulla falsariga di quanto già fa in altri reati-contratto dalle caratteristiche simili come quelli in materia di corruzione disciplinati negli artt. 318 ss. c.p.⁶⁰. Vale a dire che, usando la stessa modulistica ermeneutica adoperata per individuare il momento consumativo di quelle fattispecie, la giurisprudenza potrebbe arrivare a considerare anche questo reato come a "schema duplice" e rinvenire così il suo momento consumativo, indifferentemente, in quello dell'erogazione o in quello antecedente della mera promessa dell'erogazione, a seconda del materiale probatorio a disposizione.

⁵⁹ MAIELLO V., *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico-mafioso* (art. 416-ter c.p.).

⁶⁰ Com'è noto, infatti, la giurisprudenza rispetto alle fattispecie corruttive è solita parlare, in maniera pressoché univoca, di delitti a duplice schema, principale e sussidiario: il primo schema si avrebbe quando sia accertata tanto la stipula del *pactum sceleris* tra il pubblico funzionario ed il privato, quanto l'effettiva erogazione del denaro e di altra utilità; il secondo, quello subordinato, quando sia accertata unicamente la prima condotta. Nella prima ipotesi, il momento consumativo è spostato in avanti, ravvisandolo in quello del pagamento e, nel caso di pagamento frazionato, in quello del saldo dell'ultima "rata" pagata; nella seconda, è invece rinvenuto in un *punctum temporis* antecedente, vale a dire quello della stipula dell'accordo. Sul punto cfr. da ultimo Cass. pen., 21-4-2010, n. 15208. Per un'aggiornata indicazione delle recenti decisioni giurisprudenziali sul punto, cfr. BENUSSI C., *Art. 318 c.p.*, in DOLCINI E.-MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 3036 ss.

Si potrebbe assistere, cioè, allo sdoppiamento del momento consumativo del delitto di scambio elettorale in due schemi, lo schema principale e lo schema sussidiario: laddove si acquisiscano le prove tanto della stipula del patto, quanto dell'effettiva esecuzione frazionata e dilazionata nel tempo delle prestazioni oggetto dello stesso (schema principale), il reato potrebbe essere ritenuto integrato guardando alla data in cui è "tracciato" il pagamento dell'ultima "rata" effettuato dal politico; all'opposto, laddove si rinvercano le prove unicamente dell'accettazione della promessa, il delitto di cui all'art. 416-ter c.p., potrebbe essere reputato consumato guardando a tale antecedente *punctum temporis*.

L'utilità di un simile sdoppiamento del momento consumativo è evidente: consentire alla giurisprudenza di spostare il più avanti possibile il *dies a quo* da cui far iniziare a decorrere il tempo per la prescrizione del patto criminoso tra politico e mafioso, nei casi in cui ci sia stata, oltre alla promessa, anche l'effettiva erogazione del denaro o di altra utilità, magari frazionata nel tempo.

9.8. I PROBLEMATICI RAPPORTI TRA IL 416-TER, COMMA 1, C.P., IL CONCORSO ESTERNO ED I REATI DI CORRUZIONE ELETTORALE.

La riforma ha avuto anche il merito di provare a chiarire i rapporti, a lungo rimasti oscuri, tra questa fattispecie e quelle del concorso esterno e delle c.d. corruzioni elettorali in precedenza richiamate.

In particolare, sotto il primo profilo, si può dire che la nuova formulazione dell'art. 416-ter, comma 1, c.p. descriva per l'estraneo al sodalizio una condotta complementare ma diversa rispetto a quella punita a titolo di concorso esterno in base al combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416-bis c.p.

Lo scambio elettorale politico-mafioso nella sua rinnovata fisionomia sembra porsi, dunque, in un rapporto di sussidiarietà implicita con il concorso esterno, rappresentando una forma di aggressione al medesimo bene giuridico derivante dalla collusione politica-mafia di intensità e disvalore minori. Se, infatti, dopo la citata sentenza Mannino delle Sezioni Unite del 2005 ai fini della rilevanza penale a titolo di concorso esterno di una condotta di contiguità mafiosa da parte di un politico è indispensabile procedere alla dimostrazione, con un giudizio controfattuale *ex post*, dell'effettivo ed oggettivo rafforzamento che essa ha prodotto per l'intera consorteria mafiosa, il nuovo art. 416-ter c.p. si limita a punire la condotta precedente della stipulazione del patto, a prescindere dalla verifica di qualsiasi efficacia eziologica dello stesso, o dell'accertamento di atti concreti compiuti a vantaggio del clan.

La differenza è abbastanza netta: mentre il concorso esterno è un reato di evento per la cui sussistenza si deve fornire la prova del rafforzamento dell'associazione; il patto elettorale politico-mafioso è, al contrario, un reato di pura condotta per la cui configurabilità è sufficiente dimostrare la stipula dell'accordo a prescindere da qualsiasi contributo eziologico oggettivo al sostentamento dell'intera associazione. Nel primo caso, cioè, si punisce ragionevolmente con le stesse pene della partecipazione

all'associazione chi, esterno al clan, fornisca un contributo oggettivamente utile all'espletamento delle sue attività; nel secondo, invece, si punisce meno gravemente chi si limita a stipulare un accordo con un esponente di un clan mafioso avente ad oggetto il procacciamento di voti.

Le due fattispecie criminose descrivono, dunque, un'ipotesi di progressione criminosa in cui il legislatore punisce sia la condotta del mero patto elettorale, che quella dell'effettivo consolidamento o rafforzamento del clan; laddove, quindi, dovesse essere accertata la stipula del patto ed anche (cosa questo oltre modo difficile) il consolidamento o rafforzamento del clan, si ravviserà allora un concorso apparente di norme e si riterrà assorbito, sulla base del criterio della consunzione, il disvalore della stipula del mero patto elettorale, in quello dell'effettivo rafforzamento della cosca scaturito da una condotta di concorso esterno.

Sotto il secondo profilo, invece, il nuovo reato di scambio elettorale politico-mafioso sembrerebbe solo ad uno sguardo superficiale porsi in un rapporto di consunzione con quelli significativamente meno gravi di corruzione e coercizione elettorale previsti, rispettivamente, negli artt. 96 e 97, TU n. 361/1957 per le elezioni politiche e artt. 86 e 87, D.P.R. n. 750/1960, per le elezioni amministrative, dal momento che – *prima facie* – parrebbe in grado di assorbirli, naturalmente laddove siano commessi.

Nondimeno, però, in un'ottica più rigorosa ma più fedele alla lettera della legge, potrebbe anche ravvisarsi un concorso di reati tra le summenzionate fattispecie ed il 416-*ter* c.p., potendo essere reputati i reati di corruzione e coercizione elettorale come degli autonomi reati-scopo del delitto di scambio elettorale politico-mafioso.

Il reato di cui all'art. 416-*ter* c.p. incrimina, infatti, l'accettazione della promessa di procacciamento di voti tramite il c.d. metodo mafioso da parte (tendenzialmente, ma non esclusivamente) di un appartenente ad una consorteria mafiosa, mentre le figure delittuose di corruzione e coercizione elettorale sanzionano l'effettiva esecuzione dell'accordo. Mentre il primo, cioè, individua il disvalore del fatto oggetto dell'incriminazione nella mera stipula di un accordo tra il candidato ad una competizione elettorale ed un esponente mafioso finalizzato a procurare al primo un numero indeterminato di voti, prescindendo dall'effettiva esecuzione delle prestazioni corrispettive pattuite (rispettivamente il procacciamento reale dei voti al di fuori della cosca, ed il pagamento del "prezzo" stabilito), le altre fattispecie, al contrario, ancorano il loro disvalore al momento successivo della corruzione o coercizione del singolo elettore, rispettivamente, quindi al momento del procacciamento dietro pagamento di un prezzo, o tramite violenza o minaccia, di un voto a sostegno del candidato che il clan ha deciso di appoggiare.

9.8.1. SEGUE: ... E QUELLI TRA IL 416-*TER*, COMMA 2, C.P., IL CONCORSO ESTERNO ED I REATI DI CORRUZIONE ELETTORALE.

Le cose stanno un po' diversamente per quanto concerne il partecipe all'associazione che stipuli anche un patto elettorale politico-mafioso e, in attuazione di

questo, corrompa o costringa gli elettori a votare per il candidato a cui ha assicurato il sostegno.

Più precisamente, rispetto ai reati di corruzione e coercizione elettorale sembra potersi estendere per analogia al partecipe del clan che abbia prestato la promessa il medesimo discorso fatto poc'anzi per il politico; la sua condotta, nel caso in cui si sostanzi nella stipula dell'accordo e nell'effettivo procacciamento di voti, configurerà un concorso materiale di reati avvinto dal vincolo della continuazione integrando, infatti, sia il delitto di cui all'art. 416-ter, comma 2, c.p., sia quelli eventualmente commessi di corruzione e coercizione elettorale nei confronti dei singoli elettori. Le singole corruzioni o coercizioni elettorali da lui realizzate al fine di mantenere gli impegni assunti con il politico costituirebbero, dunque, i reati scopo dell'accordo stipulato e, quindi, sarebbero evidentemente attuazione del medesimo disegno criminoso.

Maggiori differenze emergono con riguardo al delitto di partecipazione in associazione di cui all'art. 416-bis c.p. configurabile per il promittente. Contrariamente dal passato, quando – non essendo prevista la punibilità del partecipe anche per la stipula del patto di voto di scambio con il politico, reputando assorbito il suo disvalore nella condotta di partecipazione caratterizzata dal fine specifico descritto nel comma 3 del medesimo articolo di procurare voti a sé o ad altri – per precisa scelta politico-criminale non si poneva un problema di concorso tra le due fattispecie, non essendo disposta la punibilità anche per quella di cui all'art. 416-ter c.p., oggi lo scenario sembra essere mutato.

Non sembra improprio, difatti, sostenere che, all'esito della riforma (come si accennava in precedenza al § 9.3., cui si rinvia per approfondimenti), le due fattispecie possano convivere e dare vita ad un concorso materiale di reati, sempre però mitigato dal regime del cumulo giuridico previsto per la continuazione dall'art. 81 c.p., costituendo la stipula del patto tra un affiliato ad un clan ed un politico una condotta attuativa delle finalità del sodalizio e, quindi, rientrante pacificamente nell'orbita della nozione di medesimo disegno criminoso del partecipe.

9.9. LA NUOVA DOSIMETRIA SANZIONATORIA.

Alla luce delle considerazioni ora svolte, si comprende anche la ragione dell'ultima rilevante novità contenuta nella L. n. 62/2014, la rimodulazione della dosimetria sanzionatoria in ordine al reato di scambio elettorale politico-mafioso e la previsione di una cornice edittale da quattro a dieci anni di reclusione, in luogo di quella da sette a dodici anni prevista dall'art. 416-bis c.p.

Questa scelta, lungi dal costituire un "favore alla mafia", come anche hanno detto alcune parti politiche, sembra rappresentare, invece, l'esito di una attenta e ponderata valutazione del diverso disvalore dei fatti in questione e di una corretta applicazione dei principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della risposta penale.

Il concorso esterno di un politico in una consorteria mafiosa presenta – come si è provato a dimostrare – una carica lesiva maggiore rispetto al mero patto elettorale, essendo necessario per la configurabilità del primo l'accertamento in termini eziologici di un effettivo rafforzamento dell'organizzazione criminale e per quella del secondo la semplice prova del fatto prodromico, costituito dalla stipula del "contratto illecito"⁶¹.

Inoltre, ciò consentirebbe di sfumare, sebbene non di eliminare del tutto, le critiche mosse nei confronti della fattispecie in questione per violazione del principio di offensività: la previsione di una cornice edittale differente, infatti, impedisce la parificazione sul versante sanzionatorio di un reato di mera condotta (com'è sempre stato il 416-*ter* c.p.) con un reato di evento (come è oramai considerato il concorso esterno *ex art.* 416-*bis* c.p.), nonché di calibrare, sulla base proprio della rispettiva e diversa carica di disvalore rispetto agli interessi giuridici protetti, la comminatoria edittale in maniera più proporzionata.

Peraltro, la necessità di ridefinire verso il basso la forbice di pena prevista dall'art. 416-*ter* c.p. origina anche dal fatto che rispetto ad esso (a differenza della partecipazione in associazione e del concorso esterno) potrebbe trovare comunque applicazione la seconda aggravante speciale di cui all'art. 7, L. n. 152/1991, quella del «fine di agevolare un'associazione di tipo mafioso». Se, infatti, è esclusa ai sensi dell'art. 84 c.p. l'applicabilità della prima aggravante disciplinata da questo articolo, quella del metodo mafioso, in quanto divenuta elemento costitutivo della novellata ipotesi delittuosa, non altrettanto può dirsi per la seconda, quella appunto della c.d. finalità mafiosa. Se, dunque, le pene edittali per i due reati di cui agli artt. 416-*bis* e 416-*ter* c.p. fossero le medesime si rischierebbe di assistere all'irragionevole paradosso di veder punite le condotte degli estranei alle consorterie mafiose estrinsecatesi nella mera accettazione della promessa più gravemente rispetto a quelle, risultate all'esito di un giudizio *ex post*, di concreto sostegno o aiuto ai clan⁶².

La scelta della riduzione della cornice edittale risulta infine apprezzabile anche se valutata dal nuovo versante delle pene previste per il promittente i voti che, tendenzialmente, ma non necessariamente, come si è visto, deve essere un appartenente alla cosca. Essa, difatti, conferisce ragionevolmente alla condotta del mero patto elettorale stipulato dal mafioso un disvalore sociale autonomo e minore, come per tanti delitti scopo, rispetto a quello attribuito al delitto associativo presupposto, costituito dalla partecipazione di cui all'art. 416-*bis* c.p.

9.10. LE QUESTIONI DI DIRITTO INTERTEMPORALE.

Come ogni modifica normativa, anche questa porrà sicuramente problemi di diritto intertemporale, più che in ordine ai pochi fatti sinora sussunti nell'alveo del

⁶¹ In termini analoghi, cfr. VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, cit., 12; SQUILLACI E., *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 16.

⁶² Così VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, cit., 12.

precedente art. 416-ter c.p., soprattutto con riguardo a quelli più numerosi ricondotti nell'ambito del concorso esterno.

In ogni caso, utilizzando il criterio strutturale, si può ritenere che sussista sicuramente una parziale continuità normativa tra il nuovo ed il vecchio art. 416-ter c.p. con riferimento ai patti elettorali politico-mafiosi aventi ad oggetto lo scambio di voti *vs* denaro; rispetto ad essi, quindi, si dovrà applicare, in ossequio a quanto disposto nell'art. 2, comma 4, c.p., la c.d. *lex mitior* che in questo caso è costituita dalla nuova disposizione la cui cornice edittale, come si è visto, è sensibilmente ridotta rispetto a quella originaria.

Allo stesso tempo, però, dubbi potrebbero sorgere per quei patti elettorali aventi ad oggetto la promessa di "altra utilità" da parte del politico come controprestazione sinallagmatica rispetto alla promessa di procacciamento di voti: la previsione nel testo novellato di elementi non contenuti prima dovrebbe, in linea teorica, far ritenere il delitto oggi riformulato una nuova incriminazione, dal momento che punisce fatti prima formalmente non presi in considerazione dalla norma vigente all'epoca della loro commissione. La scelta fatta dal legislatore, cioè, starebbe proprio ad indicare che quelle condotte prima non previste dalla legge come reato lo sono diventate solo oggi. Essa non potrebbe, allora, sanare le forzature fatte dalla giurisprudenza sotto il vigore della previgente disposizione, pena la violazione del principio di irretroattività della legge penale.

Tuttavia, è difficile immaginare che una soluzione di questo tipo possa trovare accoglimento nelle corti di merito e di legittimità; anzi, è più probabile che si finisca per ritenere sussistente anche in questi casi un'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, con la conseguenza di concedere all'autore dello scambio elettorale unicamente il beneficio previsto dall'art. 2, comma 4, c.p. dell'applicazione della *lex mitior* e non quello, reputato eccessivo, della non punibilità.

È appena il caso di osservare che, di recente, medesimi dubbi sulla continuità normativa tra una fattispecie deformata *in malam partem* dalla giurisprudenza ed una di nuovo conio che ha recepito tale interpretazione sono stati avanzati rispetto al millantato credito ed al traffico di influenze illecite, rispettivamente, di cui agli artt. 346 e 346-bis c.p., all'esito della riforma operata dalla L. n. 190/2012. Anche in quella occasione, però, l'orientamento della prassi sembra seguire traiettorie diverse da quelle prospettate dalla dottrina, ed essere diretto a ravvisare la successione di leggi penali tra la vecchia fattispecie così come reinterpretata dalla giurisprudenza e la nuova, ritenendo che il tipo criminoso da prendere come modello per il raffronto strutturale non sia quello descritto formalmente dal legislatore nell'art. 346 c.p., bensì quello tracciato dal diritto vivente; ragionando in questi termini, l'esito è quello di ravvisare la continuità tra i fatti di mediazione illecita puniti tramite un'operazione analogica *in malam partem* ai sensi del 346 c.p. e quelli oggi espressamente descritti come reato dall'art. 346-bis c.p.

Infine, sotto il versante delle questioni di diritto intertemporale, si deve segnalare che analoghi dubbi potrebbero sussistere anche per i fatti aventi le nuove

caratteristiche descritte dall'art. 416-ter c.p., ma qualificati in procedimenti penali ancora *in itinere* come concorso esterno ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416-bis c.p. (si pensi ad esempio a dei patti aventi ad oggetto l'erogazione di altra utilità, qualificati come concorso esterno, in difformità da quanto sostenuto da Mannino).

Teoricamente, anche rispetto ad essi non dovrebbe ravvisarsi una successione di leggi utilizzando il criterio strutturale, bensì discontinuità normativa, dal momento che il patto avente ad oggetto voti *vs* altra utilità non sarebbe mai stato punibile a titolo di concorso esterno, necessitando a tale scopo l'ulteriore dimostrazione dell'effettivo rafforzamento dell'associazione mafiosa. Non di meno, non è impossibile immaginare che la giurisprudenza si orienti anche in questa situazione diversamente e ravvisi una continuità normativa tra la nuova fattispecie ed il concorso esterno; ovviamente, anche in tale eventualità la *lex mitior* sarebbe costituita dalla novellata fattispecie di scambio elettorale politico-mafioso.

9.11. LE PRIME PRONUNCE DELLA CORTE DI CASSAZIONE SUL RUOLO DEL METODO MAFIOSO NELLA NUOVA FATTISPECIE.

Come immaginato, la nuova fattispecie, a pochi mesi dalla sua entrata in vigore, ha già sollevato notevoli problemi applicativi nelle prime due pronunce sinora note, chiamando la Suprema Corte (oltre che a far luce sui menzionati profili di diritto intertemporale) a chiarire il ruolo da attribuire al suo interno al c.d. "metodo mafioso": elemento costitutivo del fatto tipico, o aspetto superfluo⁶³?

Ad avviso della Cassazione – cui spetta comunque il merito in tale circostanza di aver operato nello scrupoloso ossequio del principio di legalità e, quindi, della separazione dei poteri, in una materia in cui molto spesso si assiste, con esiti alterni, ad un'autentica creazione giurisprudenziale del diritto –, tale sintagma di recente introduzione rappresenterebbe un nuovo elemento costitutivo del delitto di cui all'art. 416-ter c.p. prima formalmente non esplicitato, sebbene sostanzialmente spesso richiesto ai fini della sua configurabilità da una parte della giurisprudenza. Di conseguenza, mentre in passato poteva anche sorgere il dubbio se fosse irrilevante o meno la modalità attraverso la quale l'esponente del clan mafioso si impegnava a procurare i voti oggetto dell'accordo, oggi invece è

⁶³ Le decisioni di cui sinora si è avuta conoscenza aventi ad oggetto la fattispecie di cui all'art. 416-ter c.p. nella sua rinnovata formulazione sono Cass. pen., sez. VI, 28-8-2014, n. 36382; Cass. pen., sez. VI, 9-9-2014, n. 37374. Per un primo commento a queste due interessanti e stimolanti decisioni si rinvia a MAIELLO V., *Il nuovo art. 416-ter approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, 2014, 2836 ss.; GAMBARDILLA M., *Diritto giurisprudenziale e mutamento legislativo. Il caso del delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Cass. pen.*, 2014, 3707 ss.; nonché, sia consentito, al nostro *Il metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale: elemento necessario o superfluo per la sua configurazione?*, in *www.penale-contemporaneo.it*, 1 ss.; DELLA RAGIONE L., *Il nuovo articolo 416 ter c.p. nelle prime due pronunce della Suprema Corte*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 307 ss.

sicuramente divenuta un aspetto significativo, meritevole di specifica ed attenta ponderazione nell'ambito di ogni processo penale che riguardi il reato c.d. di "voto di scambio"⁶⁴.

Un primo puntello a sostegno di tale lettura della novellata fattispecie è stato rinvenuto nei lavori parlamentari⁶⁵, osservandosi che questi dimostrano come la scelta di inserire un simile requisito modale del *pactum sceleris* nel tessuto normativo dell'art. 416-ter c.p. sia stata attentamente valutata e consapevolmente deliberata dal legislatore. Nella proposta di legge C. 204 presentata il 15-3-2014 alla Camera (una delle tante presentate in maniera pressoché contestuale nello scorso anno)⁶⁶, infatti, era stato espressamente precisato che la rilevanza penale del patto doveva prescindere dall'effettivo ricorso al c.d. "metodo mafioso" descritto dall'art. 416-bis, comma 3, c.p.⁶⁷. Diversamente, nel testo approvato successivamente e poi entrato in vigore senza ulteriori modifiche *in parte qua*, tale aspetto era stato oggetto di esplicita rimediazione, richiedendosi come elemento costitutivo del disvalore del fatto proprio la promessa del ricorso al metodo mafioso.

Questo cambiamento apportato nella fase di gestazione della legge, secondo l'avviso della S.C., starebbe a significare che il legislatore ha deliberatamente inserito tale ulteriore elemento allo scopo di non «punire il semplice accordo politico-elettorale del candidato o di un suo incaricato con il sodalizio di tipo mafioso» e di restringere il perimetro della fattispecie onde consentire, anche, la sua più facile distinzione rispetto ai reati elettorali di cui agli artt. 96 ss. In tal modo è stato individuato il peculiare disvalore del reato, piuttosto che nella mera stipula del patto elettorale con un mafioso, nella stipula del patto con qualunque soggetto prometta (espressamente o implicitamente) di portare voti ad un candidato avvalendosi del metodo mafioso, vale a dire di quelle modalità intimidatorie tipicamente connesse al suo modo di agire. Il fatto così assume autonomo rilievo penale rispetto alle specifiche ipotesi di corruzione elettorale non perché una delle due parti sia appartenente ad un sodalizio mafioso, ma perché assicuri al candidato di poter contare,

⁶⁴ In tal senso cfr. Cass. pen., sez. VI, 28-8-2014, n. 36382.

⁶⁵ Per una ricognizione dei diversi d.d.l. presentati in Parlamento (con specifico riferimento ai DDL C-251 Vendola e a., e C-328 Sanna e a.) e delle rispettive peculiarità contenutistiche si rinvia a VISCONTI C., *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio, in questa rivista*, 17-6-2013, 8 ss.; SQUILLACI E., *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, 1 ss.

⁶⁶ Per la consultazione di questo testo, come quelli degli altri lavori parlamentari, si rinvia a <http://www.camera.it>.

⁶⁷ In quel disegno di legge, infatti, era stato prospettato di riformulare l'art. 416-ter c.p. nella seguente maniera: «Chiunque, fuori delle previsioni di cui all'art. 416-bis, terzo comma, anche senza avvalersi delle condizioni ivi previste, ottenga, da parte di soggetti appartenenti a taluna delle associazioni di tipo mafioso punite a norma dell'art. 416-bis ovvero da parte di singoli affiliati per conto delle medesime, la promessa di voti, ancorché in seguito non effettivamente ricevuti, in cambio di erogazione di denaro o altra utilità è punito con la pena prevista dal primo comma del citato art. 416-bis».

ove necessario per il rispetto del patto, sul concreto dispiegamento del potere di intimidazione proprio del sodalizio mafioso⁶⁸.

Una simile opzione legislativa, però, non deve essere reputata come un'eccessiva ed irragionevole restrizione del perimetro della fattispecie di cui all'art. 416-ter c.p., imponendo per forza al giudice, ai fini della sua configurabilità, il raggiungimento della prova della promessa esplicita dell'eventuale ricorso al metodo mafioso nelle attività di procacciamento dei voti. Può, infatti, essere sufficiente anche la prova congiunta della caratura mafiosa dei promittenti, della loro implicita allusione alla possibilità di procurare un determinato numero di voti grazie alla forza di intimidazione di cui godono e, sul versante soggettivo del promissario, della piena consapevolezza della "mafiosità" della controparte e della sua capacità di procacciare preferenze grazie alla forza di intimidazione di cui è dotato ed a cui ha fatto, anche solo indirettamente, riferimento.

Ad analoghe conclusioni, sebbene con un percorso motivazionale non estremamente lineare, è pervenuta indirettamente anche la seconda pronuncia della Corte di Cassazione avente ad oggetto il medesimo quesito⁶⁹. Questa, infatti, solo apparentemente sembra contraddire la precedente sentenza, finendo nella sostanza per confermarla affermando che "il delitto è integrato anche se in concreto, per l'esecuzione dell'accordo, il promittente non si avvalga della forza intimidatrice" derivante dall'appartenenza ad un sodalizio mafioso.

Tale decisione, cioè, non nega la rilevanza del metodo mafioso nel voto di scambio, ma conferma che ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 416-ter c.p. "non è rilevante il suo effettivo impiego" da parte del promittente "nelle attività di procacciamento di voti, bensì "è sufficiente che il mafioso si impegni a procurare voti dicendo, o anche solo lasciando chiaramente intendere" con allusioni o gesti eloquenti, di potersi avvalere a tale scopo "della forza di intimidazione" derivante dalla sua appartenenza ad una consortereria mafiosa. Per la configurazione del reato non è, cioè, richiesta la reale intimidazione dei singoli elettori, ma semplicemente la generica "disponibilità" manifestata, «anche in modo implicito, dal promittente al momento della stipula dell'accordo di ricorrere a modalità di tipo mafioso» dirette o anche solo larvate per il procacciamento di voti; diversamente, oltre ad obliterare un elemento costitutivo del fatto tipico in maniera arbitraria, si sposterebbe anche in avanti il momento consumativo del reato, in modo irragionevole e contrastante con il tenore letterale della legge, da quello della stipula a quello dell'effettiva esecuzione di una delle due prestazioni.

9.11.1. CONTINUITÀ O DISCONTINUITÀ NORMATIVA?

Come si accennava poc'anzi, la prima delle due decisioni ha anche affrontato i problemi di diritto intertemporale posti dalla specificazione del requisito del

⁶⁸ In tal senso cfr. MAIELLO V., *Il nuovo art. 416-ter approda in Cassazione*, cit., 2838 s.

⁶⁹ Cass. pen., sez. VI, 9-9-2014, n. 37374.

“metodo mafioso” nel novellato tessuto normativo dell'art. 416-ter c.p., chiarendo che tale innesto non costituisce un profilo di netta discontinuità con il passato⁷⁰, dal momento che (come molti altri punti della riforma) recepisce, normativizzandolo, un filone ermeneutico già presente nella recente giurisprudenza di legittimità in materia di scambio elettorale, secondo cui era «necessario che la promessa [avesse] ad oggetto il procacciamento di voti nei modi, con i metodi e secondo gli scopi dell'organismo mafioso»⁷¹.

Sulla scorta di questo ragionamento si è così pervenuti alla conclusione che il nuovo art. 416-ter c.p., richiedendo a differenza della precedente formulazione che le modalità di procacciamento dei voti debbano costituire oggetto del patto di scambio politico-mafioso, pone dei problemi di diritto intertemporale.

In particolare, ad avviso della Cassazione, questa parte della novella «rende, per confronto con la previgente versione, penalmente irrilevanti condotte pregresse consistenti in pattuizioni politico-mafiose che non abbiano espressamente contemplato l'eventuale impiego di tali concrete modalità di procacciamento dei voti; quale logica conseguenza, deve esservi stata, ai fini della punibilità, piena rappresentazione e volizione da parte dell'imputato di aver concluso uno scambio politico-elettorale implicante l'impiego da parte del sodalizio mafioso della sua forza di intimidazione e costrizione della volontà degli elettori».

Da ciò si è, quindi, desunto nella decisione di annullamento con rinvio alla corte distrettuale che la vicenda specifica oggetto del giudizio deve essere attentamente rivalutata in base allo *ius superveniens* allo scopo di stabilire se sia ancora possibile sussumere la condotta contestata al politico (la mera dazione di denaro in cambio della promessa di voti, senza il ricorso eventuale al c.d. metodo mafioso) nell'ambito del nuovo art. 416-ter c.p. o se, invece, mancando la prova della promessa dell'impiego del metodo mafioso, debba essere derubricata e sussunta nella meno grave ipotesi di corruzione elettorale.

Tale scelta della Suprema Corte appare senz'altro la più praticabile per evitare colpi di spugna sulle vicende in corso di giudizio, anche se non del tutto inattaccabile sotto il versante strettamente giuridico⁷².

Ed invero, se il riferimento al c.d. metodo mafioso costituisce realmente un nuovo elemento della fattispecie incriminatrice in precedenza non preso in considerazione, e se accanto a questo si costatata che nella nuova figura delittuosa compaiono anche altri rilevanti aspetti prima non presi in considerazione (quali: l'indipendenza della sussistenza del reato dall'effettiva esistenza di un sodalizio criminale

⁷⁰ Cass. pen., sez. VI, 28-8-2014, n. 36382.

⁷¹ In tal senso cfr. Cass. pen., sez. I, 24-1-2012, Macrì, n. 27655; Cass. pen., sez. VI, 13-4-2012, Diana, n. 18080.

⁷² Per delle osservazioni critiche in merito alla soluzione dei quesiti di diritto intertemporale fornita dalla Suprema Corte si rinvia a MAIELLO V., *Il nuovo art. 416-ter approda in Cassazione*, cit., 2840 s.; DELLA RAGIONE L., *Il nuovo articolo 416 ter c.p. nelle prime due pronunce della Suprema Corte*, cit., 314 ss. Per un diverso punto di vista si veda GAMBARDILLA M., *Diritto giurisprudenziale e mutamento legislativo*, cit., 3707 ss.

alle spalle del promittente, essendo “chiunque” l'autore del reato; la previsione esplicita nel comma 2 del medesimo art. 416-ter c.p. anche della punibilità della condotta del procacciatore dei voti, proprio perché questi non è necessariamente individuato in un partecipe di una consorceria mafiosa), sulla base del criterio strutturale, vale a dire del criterio comunemente individuato dalle Sezioni Unite penali e dalla dottrina più recenti per la soluzione delle questioni di diritto intertemporale⁷³, la Corte sarebbe potuta pervenire ad un'altra ed ancor più favorevole conclusione per l'imputato: il proscioglimento perché il fatto non è più preveduto dalla legge come reato. Se l'elemento in questione (unitamente agli altri poc'anzi menzionati) integra effettivamente un *quid novi* rispetto al passato, allora – anche in forza del principio di legalità e di irretroattività – i fatti commessi in precedenza non dovrebbero essere più considerati come penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 416 ter c.p.

Diversamente, il ragionamento seguito dalla Cassazione, pilotato da considerazioni di opportunità di politica-criminale, sembrerebbe accantonare il criterio strutturale e far rivivere il criterio del c.d. fatto concreto o della doppia punibilità ripetutamente censurato dalla giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite, imponendo con l'annullamento con rinvio al giudice del merito di verificare se la specifica vicenda oggetto del giudizio sia punibile tanto sotto la vecchia formulazione dell'art. 416-ter c.p. quanto sotto la nuova, comprensiva di un elemento ulteriore.

Senza estremizzare il discorso, si può piuttosto ritenere che la Corte abbia rispolverato il criterio strutturale nella sua accezione di specialità per specificazione, in base alla quale la modifica normativa si trova in un rapporto di omogeneità e specialità con la precedente formulazione quando non “aggiunge” un nuovo elemento alla fattispecie, segnando una linea di discontinuità normativa con il passato, bensì si limita a specificare testualmente un aspetto già implicito nella più ampia formulazione normativa preesistente e già oggetto di accertamento processuale secondo un accreditato orientamento interpretativo formatosi nella giurisprudenza di legittimità. In altri termini, la Cassazione (come aveva già fatto in un'occasione analoga⁷⁴) pare aver semplicemente detto che l'espressa menzione di un requisito

⁷³ Sui diversi criteri discretivi individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per discernere, in caso di modifiche normative di norme penali, le ipotesi di *abolitio criminis* da quelle di mera successione di leggi nel tempo, si rinvia per tutti ai lavori di AMBROSETTI E., *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004; GAMBARELLA M., *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008; GATTA G., *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2007; MICHELETTI D., *Legge penale e successione di norme incriminatrici*, Torino, 2006.

⁷⁴ La vicenda modificativa in esame sembra, infatti, avere punti di contatto per la sua complessità con quella che ha riguardato nel 2002 il reato di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.; sul punto cfr. DONINI, *Abolitio criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d. lg. 11-4-2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002, 1280; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, 65; PADOVANI T., *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002, 1601 ss.; Cupelli C., *Le nuove false comunicazioni sociali all'esame di diritto intertemporale*, *ivi*, 3387 ss.

prima non previsto dalla fattispecie penale avrebbe la sola funzione di fare chiarezza su un punto controverso e di togliere valenza penale a quelle circostanze di fatto prima rilevanti, diverse da quell'unica che, secondo il legislatore, deve mantenere ancora consistenza; la sua menzione, cioè, ha l'effetto di rendere penalmente irrilevanti tutti gli altri fatti nei quali tale nuovo elemento specializzante non ricorre⁷⁵.

Quella che, quindi, è stata marchiata in maniera populistica e superficiale come una sentenza favorevole alla criminalità organizzata ed alle collusioni politico-mafiose, in realtà a ben vedere non lo è del tutto⁷⁶. Dal momento che, estremizzando, se davvero la S.C. avesse voluto perseguire un simile esecrabile obiettivo lo avrebbe potuto fare applicando l'art. 2, comma 2, c.p. e ritenendo intervenuta in occasione della riforma del 2014 invece che un'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, un'ipotesi di parziale *abolitio criminis*, prosciogliendo così l'imputato.

9.12. CONCLUSIONI: L'ODIERNA GRADUAZIONE DELLA RILEVANZA PENALE DELLE CONDOTTE DI CONTIGUITÀ POLITICO-MAFIOSA.

Al termine di questa ricostruzione delle principali novità apportate dalla L. n. 62/2014 al delitto di scambio elettorale politico-mafioso e degli effetti da questa prodotti sulle fattispecie incriminatrici preesistenti in questa materia, può essere utile provare a riassumere, in maniera schematica, l'impatto che la riforma sembra aver prodotto sull'area grigia dei rapporti tra politica e mafia.

La nuova formulazione dell'art. 416-ter c.p. pare, invero, aiutare a delineare in maniera più netta e definita, rispetto al recente e confuso passato, il diverso livello di disvalore di questa gamma di comportamenti. Se si legge questa figura delittuosa come la tessera di un più ampio mosaico di norme incriminatrici progettato dal legislatore per finalità analoghe o attigue, ci si rende conto di come esista una ben precisa graduazione del differente disvalore delle relazioni intercorrenti tra un esponente della politica ed uno delle consorterie mafiose.

L'ipotesi più grave resta quella del concorso esterno i cui confini ricevono nuova luce proprio dal novellato art. 416-ter c.p. La più severa cornice editale prevista dagli artt. 110 e 416-bis c.p. troverà cioè oggi applicazione nei confronti di quegli accordi politico-mafiosi che, valutati *ex post*, abbiano prodotto un oggettivo consolidamento o rafforzamento dell'intera associazione. Certo, le note strettoie probatorie che

⁷⁵ Sul punto cfr. PECORELLA C., Art. 2, in DOLCINI E.-MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 109.

⁷⁶ La deformazione della sentenza operata dai "media" in questa vicenda è già stata evidenziata in AMARELLI G., *Il metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale*, cit., 2 ss., cui ci si permette di rinviare per approfondimenti. Più in generale, sul fenomeno del populismo penale si vedano i recenti e stimolanti contributi di FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, e di PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia* 2013, 2014, rispettivamente 95 ss., spec. 102, dove si fa un accenno anche alle suggestioni populistiche nel trattare la materia della legislazione antimafia, e 123 ss.

hanno reso necessaria la riforma, rendono questa soluzione più remota, ma comunque ancora teoricamente percorribile, laddove il compendio probatorio lo consenta.

Il mero scambio elettorale di cui all'art. 416-ter c.p., invece, descrivendo una condotta consistente nella mera promessa ed indipendente da qualunque verifica della sua portata eziologica, costituisce un'ipotesi di contiguità meno grave, ragionevolmente punita con forbici di pena ridotte, ma più facilmente accertabile all'interno del processo, non richiedendo la dimostrazione "diabolica" del rafforzamento della cosca.

Infine, il politico che addivenga a patti con una persona che gli prometta di procurargli voti avvalendosi del metodo mafioso potrà essere punito a titolo di concorso eventuale anche per gli eventuali delitti di corruzione e coercizione elettorale di cui agli artt. 96 ss., D.P.R. 1957 commessi dal promittente, con l'ulteriore *surplus* sanzionatorio derivante dalla probabile configurazione in capo ad entrambi dell'aggravante speciale della c.d. finalità mafiosa di cui all'art. 7, D.L. n. 152/1991. In questa eventualità, infatti, tali successivi comportamenti non potranno ritenersi assorbiti per le ragioni in precedenza evidenziate nell'art. 416-ter c.p., bensì integreranno un concorso materiale con quest'ultimo reato, mitigato dalla continuazione.

In altri termini, oggi il quadro sembra essere il seguente:

- se c'è la prova del mero patto elettorale, si configura la sola fattispecie di cui all'art. 416-ter c.p. per il politico e quella di cui al comma 2 per il promittente (se questi è un partecipe, naturalmente si configura il concorso materiale con il 416-bis c.p.);

- se si riesce a raggiungere la più difficile (se non impossibile) prova di un accordo elettorale produttivo di un obiettivo rafforzamento per l'associazione, invece, si configura il più grave delitto di concorso esterno di cui agli artt. 110 e 416-bis c.p.;

- se si accerta, infine, che l'accordo sia stato realmente eseguito tramite la realizzazione di condotte di corruzione o, più probabilmente (data la genericità delle modalità realizzative di questo secondo reato), di coercizione elettorale dei singoli cittadini aventi diritto al voto, si configura il concorso di reati tra il 416-ter c.p. e i reati di cui agli artt. 96 ss. per il politico, ed il concorso tra il 416-bis c.p., il 416-ter, comma 2, c.p. e queste fattispecie elettorali per il mafioso; in tutti i casi, si potrà sempre applicare il regime del cumulo giuridico, essendo i reati concretizzazione dei rispettivi medesimi disegni criminosi.

Da quanto detto, si può quindi desumere che la soglia della rilevanza penale dei rapporti tra politica e mafia è stata genericamente arretrata, rimuovendo gli stringenti e criticati limiti del passato, ed ancorata al momento della stipula del *pactum sceleris*; coerentemente con tale scelta, le pene per questo reato di mera condotta sono state limate verso il basso.

Nondimeno, però, per il promittente i voti (laddove non si ritenga assorbito il disvalore dello scambio elettorale nella partecipazione in associazione), l'entità della risposta punitiva è stata rafforzata nel caso in cui egli sia un affiliato al clan, potendo rispondere in tale eventualità anche del delitto di cui all'art. 416-bis c.p.

Per entrambe le parti dell'accordo, infine, è comunque possibile aumentare le pene, tutte le volte in cui abbiano eventualmente commesso anche dei reati elettorali in concorso morale: in questo caso si avrà un concorso materiale anche con queste ulteriori fattispecie, sempre però mitigato dalla disciplina della continuazione criminosa.

Non si può non aggiungere a tale riguardo che il legislatore, tramite due recentissimi interventi riformistici attuati sul versante processuale, ha allineato sotto altri profili il 416-*ter* c.p. al 416-*bis* c.p. e al concorso esterno. Con la legge 23-2-2015, n. 19, recante "Divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all'articolo 416-*ter* del codice penale", infatti, ha innovato la formulazione del comma 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p., attribuendo le funzioni di pubblico ministero nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado per il reato di scambio elettorale politico-mafioso ai magistrati della Procura della Repubblica presso il Tribunale del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, vale a dire alla Direzione distrettuale antimafia. Tale innesto ha prodotto l'effetto di far confluire lo scambio politico mafioso nel sistema del 'doppio binario processuale' relativo ai reati di mafia ed a una serie di altri gravi reati associativi e, ciò che più conta ai fini del presente discorso, di ampliare l'area della 'pericolosità qualificata' *ex* art. 4 d.lgs. n. 159/2011 (cd. Codice antimafia), rendendo gli indiziati di tale reato potenziali destinatari di misure di prevenzione.

L'altro avvicinamento della disciplina processuale dello scambio elettorale agli altri reati di mafia è avvenuto con la legge 19/2015 in materia di esecuzione penale differenziata, con la quale è stata esclusa la possibilità di concedere benefici carcerari anche ai condannati per il delitto di scambio elettorale politico-mafioso; più nel dettaglio l'articolo 1 della legge ha aggiunto il reato di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416-*ter* c.p. tra quelli per i quali l'art. 4-*bis* della legge 354/1975 (Ordinamento penitenziario) esclude l'applicazione dei benefici penitenziari.

