



5/2017

PROVE DI POPULISMO PENALE: LA PROPOSTA DI INASPRIMENTO DELLE PENE PER LO SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO

Osservazioni a margine dell'art. 1, comma 5, [d.d.l. C. 4368](#)

di Giuseppe Amarelli

Abstract. *Il recente disegno di legge recante un controverso progetto di riforma della prescrizione contempla anche, fra le altre cose, una proposta di inasprimento della cornice di pena del delitto di scambio elettorale politico-mafioso da poco rideterminata. Questo incremento sanzionatorio non può essere accettato acriticamente, ma – come di recente ribadito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 236/2016 – va attentamente vagliato per saggiarne la coerenza con i principi di proporzionalità e finalità rieducativa della pena. Dietro di esso, infatti, paiono celarsi istanze prevalentemente simbolico-espressive tipiche di un diritto penale di matrice populista.*

SOMMARIO: 1. Il rischio di sottovalutazione della proposta di riforma dell'art. 416 *ter* c.p. – 2. Il suo ridotto contenuto: un implicito ma definitivo rifiuto dell'estensione dello scambio elettorale alla mera disponibilità del politico? – 3. *Ratio* del disegno di legge. – 4. Critiche. La sua natura meramente simbolico-espressiva. – 4.1. Il deficit intrinseco di proporzionalità. – 4.2. Il deficit esterno. – 4.3. Altre non secondarie riserve. – 4.4. L'irrelevanza ai fini del patteggiamento.

1. Il rischio di sottovalutazione della proposta di riforma dell'art. 416 *ter* c.p.

Dopo una lunga attesa costata due decenni di sostanziale ineffettività, nell'aprile del 2014 il legislatore ha finalmente modificato in profondità il delitto di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416 *ter* c.p. grazie ad un duplice intervento combinato che ne ha ridisegnato in termini più razionali ed efficaci rispetto al passato sia il tipo criminoso, sia la cornice edittale¹.

¹ In argomento cfr. G. FIANDACA, *Scambio elettorale politico-mafioso: un reato dal destino legislativo e giurisprudenziale avverso?*, in *Foro it.*, 2015, 522 ss.; V. MAIELLO, *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-ter c.p.)*, in *St. iur.*, 2015, 1 ss.; E. SQUILLACI, [Il "nuovo" reato di scambio elettorale politico-mafioso](#), in [www.archiviopenale.it](#), 2014, 7; S. FINAZZO, *Scambio elettorale politico mafioso*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, Torino, 2016, 1 ss.; nonché, sia consentito, il nostro *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dattiloscritti ed applicativi*, Roma, 2017, spec. 262 ss.



5/2017

La fattispecie così rimodellata, nonostante qualche criticità, ha rivelato le sue potenzialità sin dalle primissime applicazioni giurisprudenziali², per un verso, segnando un sensibile ampliamento del suo raggio d'azione in precedenza davvero marginale; per altro verso, concorrendo indirettamente a rimodulare il quadro complessivo della risposta sanzionatoria nei confronti delle molteplici forme della contiguità mafiosa in maniera più graduale e proporzionata alla loro diversa gravità.

A distanza di poco meno di tre anni, però, il delitto è ritornato al vaglio del Parlamento, celato in una piega poco visibile del recentissimo d.d.l. C. 4368 *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, approvato dal Senato con un maxi emendamento in un unico articolo il 15 marzo 2017 ed attualmente in corso di esame alla Camera nella 2^a Commissione permanente (Giustizia) in sede referente³.

Tuttavia, il grande clamore suscitato dal fulcro di questo articolato disegno di legge – vale a dire la controversa proposta di modifica della prescrizione e della disciplina della sua sospensione – ha catalizzato l'attenzione sul problema delicatissimo e cruciale del lasso di tempo necessario a sancire la rinuncia alla repressione dei reati da parte dello Stato⁴.

Ciò ha fatto sì che scivolasse inevitabilmente in secondo piano tanto l'interessante idea – se affinata e ben sviluppata (al momento, invero, è priva di rilevante impatto perché destinata a coprire i soli reati punibili a querela e, quindi, già 'deflazionabili' con la remissione da parte della persona offesa) – contenuta nel comma 1, dello stesso art. 1 di prevedere nell'art. 162 *ter* della parte generale del codice penale un innovativo istituto del 'reato riparato' (specificamente una causa estintiva per condotte latamente riparatorie) da affiancare all'altra nuova causa generale di non punibilità per la particolare tenuità del fatto inserita nel 2015 nell'art. 131 *bis* c.p.; quanto il dato che in questa sede più interessa, vale a dire, la minaccia di inasprimenti di pena per il delitto di scambio elettorale, nonché per altre fattispecie incriminatrici repute,

² Si veda tra le più significative decisioni: Cass., Sez. VI, 6 giugno 2014, n. 36382, Antinoro; Cass., Sez. VI, 9 settembre 2014, n. 37374, Polizzi; Cass., Sez. VI, 16 settembre 2015, n. 41801, Serino; Cass., Sez. VI, 19 maggio 2015, n. 25302 Albero; Cass. pen. Sez. VI, 06 maggio 2014, n. 37374, P.P.L. Per dei commenti su queste decisioni si veda V. MAIELLO, *Il nuovo art. 416 ter c.p. approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, 2014, 2836 ss.; I. MERENDA, *La rilevanza del metodo mafioso nel nuovo art. 416-ter c.p.: la Cassazione alla ricerca del "compromesso" interpretativo*, in *Cass. pen.*, 2016, 526 ss.; L. DELLA RAGIONE, *Il nuovo articolo 416 ter c.p. nelle prime due pronunce della Suprema Corte*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 305 ss.; F. RIPPA, *Alla ricerca della tipicità difficile: le prime applicazioni del 'nuovo' delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. pen.*, 2016, 706 ss.; E. ZUFFADA, [La Corte di Cassazione ritorna sull'art. 416-ter c.p.: una nuova effettività per il reato di "scambio elettorale politico mafioso"?](#), in *questa Rivista*, 18 marzo 2016.

³ Per un primissimo commento si veda D. PULITANÒ, [DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice penale e all'ordinamento penitenziario](#), in [www.giurisprudenzapenale.it](#), 1 ss.

⁴ Sull'onda dell'irrisolta vicenda Taricco – al momento, com'è noto, tornata dinanzi alla CGUE in seguito al rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24/2017 – si paventa il timore di assistere ad un repentino passaggio da una disciplina sproporzionata per difetto, quale quella plasmata nel 2005 dalla c.d. *ex-Cirielli*, ad una sproporzionata per eccesso, come ad alcuni pare essere quella attualmente oggetto di discussione. Per delle osservazioni sul punto cfr. D. PULITANÒ, [DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice penale e all'ordinamento penitenziario](#), cit., 3 s.



5/2017

evidentemente, di particolare allarme sociale, quali i furti qualificati ed aggravati di cui agli artt. 624 *bis* e 625 c.p. e la rapina di cui all'art. 628 c.p.

La natura ancillare e, peraltro, del tutto autonoma, di tali segmenti del progetto di legge rispetto al dibattuto tema della prescrizione non può e non deve precluderne un attento scrutinio, onde evitare una loro approvazione acritica e, quindi, una superficiale rimodulazione verso l'alto dei minimi e massimi edittali di pena dell'art. 416 *ter* c.p.

È allora quanto mai opportuno riflettere ed interrogarsi sulla condivisibilità di tale proposta, per verificare se il paventato ritocco del delitto di scambio elettorale politico-mafioso ad appena tre anni dalla sua riscrittura radicale si basi o meno su solide fondamenta razionali oppure costituisca l'ennesima tentazione populistico-penale.

2. Il suo ridotto contenuto: un implicito ma definitivo rifiuto dell'estensione dello scambio elettorale alla mera disponibilità del politico?

Il primo dato da cui partire per poter formulare qualsiasi giudizio è l'analisi del contenuto delle proposte novellistiche dell'art. 416 *ter* c.p. in modo da delimitare il presente campo di indagine, nonché tracciare la differenza *in melius* rispetto a quelle più articolate del recente passato.

L'art. 1 comma 5 del d.d.l. C. 4138, concentrando lo sguardo unicamente sul precetto secondario dell'art. 416 *ter* c.p., lascia immediatamente trasparire la sua ridottissima portata e le sue pragmatiche finalità: diversamente da talune recenti controriforme che hanno inciso, rimodellandola, sulla disciplina penale plasmata da altri di poco precedenti interventi novellistici (si pensi, ad esempio, alla l. n. 69/2015 che ha nuovamente esteso l'ambito di operatività soggettivo del delitto di concussione di cui all'art. 317 c.p. anche agli i.p.s. erroneamente estromessi dalla legge Severino del 2012; o alla legge n. 24 del 2017, c.d. Gelli-Bianco, che ha ridefinito i limiti della responsabilità penale del medico distaccandosi dalla pregressa disciplina della legge Balduzzi), oggetto della discussione in aula è in questa occasione esclusivamente l'aumento della sanzione detentiva, segnatamente la sostituzione di quella attualmente comminata, «da quattro a dieci anni» di reclusione, con quella più severa «da sei a dodici anni».

La scelta di circoscrivere l'intervento di riforma al solo versante sanzionatorio della fattispecie non è neutra sul piano politico-criminale, potendo, anzi, essere apprezzata, per taluni versi, in termini non negativi.

Focalizzare l'attenzione sul fronte punitivo della figura criminosa potrebbe denotare un'implicita rinuncia legislativa ad estenderne la portata oltre i casi già tipizzati di promessa da parte del politico di denaro o di qualunque altra utilità, sbarrando definitivamente la strada all'ingresso nella fattispecie della mera "disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze delle associazioni mafiose"⁵.

⁵ Sia in sede di discussione parlamentare della recente riforma del precetto primario dell'art. 416 *ter* c.p., sia immediatamente dopo il suo varo nel 2014, sono state a più riprese avanzate incoerenti proposte di modifica di tale frammento della figura criminosa. Da ultimo, in tal senso, si veda il d.d.l. S. 1884/2016, di iniziativa

Com'è stato rilevato già in sede di commento ai lavori preparatori della riforma del 2014, il concetto di disponibilità è estremamente ambiguo, vago e generico, potendo ricomprendere al suo interno una gamma amplissima di comportamenti anche poco disvalorati: la sua inclusione nel novero delle possibili condotte alternative del politico penalmente rilevanti rischierebbe di dilatare eccessivamente e in maniera indefinita il confine della fattispecie, ponendosi in aperta tensione con le molteplici, contrapposte e non comprimibili, esigenze della legalità penale (precisione e determinatezza della fattispecie; accessibilità del precetto; prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie ecc.)⁶. Peraltro, "la disponibilità a favorire le organizzazioni criminali è un dato psicologico troppo labile come requisito di fattispecie per non paventare il rischio sia dell'apertura di un numero esorbitante di inchieste destinate però a probabili assoluzioni, sia di pericolose strumentalizzazioni politico-mediatiche"⁷.

Tuttavia, la mancata riproposizione nel testo in esame di tali ipotesi di 'trasfigurazione' della tipicità dello scambio elettorale, pur essendo un dato oggettivamente condivisibile, potrebbe nondimeno riverberare paradossali effetti negativi indiretti. Si corre il rischio, infatti, che si venga a formare una facile e 'compromissoria' aggregazione di consensi attorno alla rideterminazione verso l'alto del solo compasso sanzionatorio, poiché il leggero inasprimento delle pene potrebbe appagare tanto i fautori di una ben più penetrante riforma di segno rigoristico, quanto i suoi detrattori.

Anche allo scopo di scongiurare questo esito, occorre perciò vagliare con attenzione se il divisato aumento delle pene sia funzionale a soddisfare reali esigenze di ragionevolezza-proporzione, consentendo di adeguare cioè i livelli edittali mal calibrati nel precedente intervento del 2014 al più elevato disvalore del fatto incriminato, oppure, all'opposto, sia strumentale al perseguimento di fatui obiettivi simbolico-espressivi⁸.

La commisurazione della forbice edittale, al pari della definizione degli elementi costitutivi del fatto tipico, è prerogativa esclusiva ma non dispotica del legislatore: in un moderno sistema penale teleologicamente orientato non può essere considerata un profilo marginale e secondario, determinabile liberamente dall'*arbitrium principis*, ma, al contrario, deve essere apprezzata quale aspetto cruciale da definire nella dialettica parlamentare rispettando regole e principi vincolanti. Solo così la cornice di pena può

dei senatori Lumia e altri, in <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/45439.pdf> che proponeva ancora una volta di incriminare anche la promessa di voti in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione. In argomento, per dei rilievi critici, si veda C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale: andiamo avanti, ma con giudizio*, in questa Rivista, spec. 11; E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in www.archiviopenale.it, 2013, 13.

⁶ Sul punto sia consentito rinviare ancora a *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 182 ss.

⁷ Così G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2014, 102.

⁸ Sull'impiego in chiave emergenziale e simbolico-espressiva del diritto penale si rinvia, *ex multis*, a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penal*, 2ª ed., Napoli, 2000, *passim*.



5/2017

risultare razionale e coerente con la funzione di integrazione sociale che la Costituzione le assegna⁹.

3. *Ratio* del disegno di legge.

Un simile vaglio di ragionevolezza/proporzionalità non può prescindere dalle ragioni che, più o meno esplicitamente, sono state dedotte a sostegno della *reformatio in peius* delle pene dell'art. 416 *ter* c.p.

Ebbene, tre paiono le principali motivazioni che possono aver indotto il legislatore a muoversi in questa direzione.

In primo luogo, la presunta necessità di allineare la risposta edittale alla gravità del fatto e, quindi, di soddisfare bisogni di proporzionalità 'intrinseca' della pena.

Si potrebbe sostenere, cioè, che l'aumento del minimo e del massimo edittale consenta di calibrare la forbice sanzionatoria dell'art. 416 *ter* c.p. in maniera maggiormente aderente alla gravità ed offensività del fatto descritto.

In secondo luogo, l'esigenza di avvicinare la pena per lo scambio elettorale politico-mafioso ai livelli decisamente più severi del concorso esterno, sanando così la loro eccessiva divaricazione per ragioni di proporzionalità 'esterna'.

L'inasprimento punitivo sarebbe, difatti, funzionale a non ampliare eccessivamente la distanza tra l'entità delle risposte edittali per due reati legati all'area della *prossimità mafiosa* che, nella percezione sociale, presentano un grado di disvalore sostanzialmente omogeneo.

Con ogni probabilità proprio tale secondo aspetto assurge a principale formante della proposta di riforma, poiché, dopo l'ennesimo 'ritocco' dell'art. 416 *bis* c.p. operato nel 2015, la distanza della forbice edittale del concorso esterno rispetto a quella dell'art. 416 *ter* c.p. è significativamente aumentata. L'art. 5, comma 1, lett. *a*), della legge 27 maggio 2015, n. 69, infatti, ha inasprito la cornice di pena per il delitto di associazione di stampo mafioso e, quindi, per il concorso esterno, innalzandola dalla precedente forbice 7/12 anni all'attuale 10/15 anni di reclusione, con l'esito di individuare il minimo edittale in quello che, invece, è oggi per lo scambio elettorale il massimo edittale.

Infine, l'aumento delle pene servirebbe a produrre anche altri utili effetti rigoristici di non poco momento, determinando la sostanziale inaccessibilità al patteggiamento per gli imputati di tale reato, poiché con tutte le diminuzioni possibili, se si parte da una cornice di pena di sei/dodici anni diviene sostanzialmente impossibile rientrare nel limite dei cinque anni fissato dall'art. 444 c.p.p. per l'accesso all'applicazione della pena su richiesta delle parti¹⁰.

⁹ In argomento, si veda S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, spec. 83 ss.

¹⁰ In tal senso cfr. P. MENSI, [Il Senato riforma il codice penale. Prescrizione e 416 ter inclusi](#), in www.riparteilfuturo.it, 17 marzo 2017.

4. Critiche. La sua natura meramente simbolico-espressiva.

Senonché queste finalità risultano ‘falsi argomenti’, dietro le quali si celano molto più concrete e rozze motivazioni di tipo simbolico-espressivo secondo la dilagante e preoccupante deriva populistica assunta dall’odierno diritto penale non solo nella dimensione giudiziaria, ma anche in quella legislativa¹¹. Come è stato osservato, infatti, l’odierna “legislazione penale ben si presta a mettere in scena risposte rassicuranti ad emozioni e paure, alla paura del crimine, a bisogni di sicurezza e di pena (o di vendetta?)”¹².

L’inasprimento delle pene dell’art. 416 *ter* c.p., piuttosto che risolvere un difetto di proporzione evidenziato in questi primi anni dalla forbice sanzionatoria del delitto di scambio elettorale, sia all’esito di un giudizio interno rispetto alla gravità/offensività del fatto descritto, sia di un giudizio esterno incentrato su un *tertium comparationis* attendibile – come ad esempio il concorso esterno o altre forme ‘silenziosamente’ tipizzate di concorso esterno, quali il nuovo delitto di “*Depistaggio*” aggravato di cui all’art. 375, comma 2 c.p. e quello di “*Agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall’ordinamento penitenziario*” di cui all’art. 391 *bis* c.p. – tende, soprattutto, a soddisfare una domanda emotiva di rigore punitivo nei confronti della ‘zona grigia’ della contiguità politico-mafiosa che affiora in diverse aree della società civile e che trova nei *media* un validissimo amplificatore.

L’incremento di entrambi i poli della forbice edittale – lungi dal fondarsi sulla verificata loro inidoneità a soddisfare finalità di prevenzione generale – appare più semplicisticamente quale passaggio necessario per implementare l’ambiguo ed abusato concetto bellico-giuridico di ‘lotta alle mafie’, nonché per stigmatizzare ulteriormente l’odiosa ed oscura area delle relazioni politico-mafiose di tipo elettorale ‘non causali’ rispetto al rafforzamento o al mantenimento in vita delle associazioni mafiosi e, quindi, estranee al raggio di azione del più grave reato di concorso esterno, oramai nuovamente in discussione dopo la sentenza Contrada della Corte EDU del 2015.

Gli aumenti proposti sembrano, così, ispirati da una visione superata della pena quale strumento di deterrenza ed intimidazione, nonché di ‘sedativo sociale’, prescindendo tanto da una ponderazione della finalità special-preventiva di tipo rieducativo descritta dall’art. 27, comma 3 Cost., quanto dal rispetto del principio di proporzionalità implicitamente desumibile dall’art. 3 Cost. e, più esplicitamente, dall’art. 49, § 3 Carta di Nizza, e, da ultimo, ribadito dalla Corte costituzionale che, con la recente sentenza n. 236/2016 – proponendone una lettura in chiave di complementarietà teleologica con il principio rieducativo – lo ha individuato quale carattere identitario indefettibile del nostro sistema sanzionatorio penale¹³.

¹¹ Sul populismo penale v. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 95 ss. e D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2014, 123 ss.

¹² Così D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, cit., 125.

¹³ Per un primo commento alla interessantissima pronuncia della Consulta n. 236/2016 che ha dichiarato illegittima costituzionalmente la pena prevista per il delitto di alterazione di stato di cui all’art. 567, comma

L'irrigidimento delle pene serve solo simbolicamente a 'mostrare i muscoli' avverso un fenomeno fortemente disapprovato dalla comunità, a sopire paure più o meno reali e a creare consenso sociale (e, quindi, politico) attorno a scelte legislative che appagano sterili, ma voraci, richieste 'di più penale'¹⁴, fondate sull'erroneo ma difficilmente estirpabile convincimento che il diritto penale ed il rigore delle sue sanzioni costituiscano la panacea per i più complessi e cruciali problemi della società civile¹⁵.

Anzi, molto probabilmente, il *restyling* delle pene del delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p. risponde alle necessità taciute di sopperire alla 'crisi' del concorso esterno, prima divenuto di difficilissima verificabilità processuale dopo la rilettura tassativizzante e offensiva fornita dalle Sezioni unite 2005 Mannino¹⁶ e, da ultimo, messo in discussione da una parte della dottrina e della giurisprudenza sull'onda della citata sentenza Contrada della Corte di Strasburgo¹⁷. In un'ottica utilitaristica l'inasprimento delle pene per il rivitalizzato reato di voto di scambio potrebbe costituire la soluzione più sbrigativa e semplicistica per surrogarlo, continuando ad assicurare agli accordi politico-mafiosi elettorali una risposta punitiva non troppo diversa da quella irrogabile in passato e, teoricamente, ancora oggi ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

4.1. Il deficit intrinseco di proporzionalità.

Tuttavia, come si è accennato in precedenza, l'area della dosimetria sanzionatoria, pur incarnando secondo il noto insegnamento della giurisprudenza costituzionale del passato il nocciolo duro ed insindacabile della discrezionalità politica esclusiva del legislatore¹⁸, non può e non deve costituire uno spazio del tutto scevro da

2 c.p. per contrasto con i principi di proporzionalità e di rieducazione della pena di cui agli artt. 3 e 27 Cost., si rinvia a F. VIGANÒ, [Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in questa Rivista, 14 novembre 2016. In argomento cfr. anche D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), ivi, 13 febbraio 2017; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.; A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, ivi, 1427 ss.

¹⁴ Così D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, cit., 125.

¹⁵ Sul problema del ruolo del consenso sociale nelle strategie politico-criminali del legislatore si rinvia per tutti al sempre attuale lavoro di C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 863 ss.

¹⁶ A tale riguardo si rinvia, *ex multis*, a V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014, spec. 129 ss.

¹⁷ Segnali di ridimensionamento del concorso esterno compaiono nella dottrina e nella giurisprudenza; sul punto cfr. V. MAIELLO, *Concorso in associazione per delinquere e concorso in associazione mafiosa: simul stabunt et simul cadent*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1025; S. BERNARDI, [Concorso esterno e associazione per delinquere semplice: rimessa \(e subito respedita al mittente dal Primo Presidente\) la questione alle Sezioni Unite](#), in questa Rivista, 2 novembre 2016.

¹⁸ Si vedano le note e risalenti pronunce della Corte costituzionale 17 febbraio 1971, n. 22; 30 marzo 1971, n. 64; e 4 luglio 1974, n. 208, sulle questioni di legittimità costituzionale per sproporzione sollevate in relazione alle pene comminate per i delitti di furto semplice e, soprattutto, aggravato; o quella più recente 19 marzo 2012, n. 68 di segno opposto, ma di contenuto analogo, che ha dichiarato illegittimo il delitto di sequestro di

regole e, quindi, da controlli e verifiche sia da parte del giudice delle leggi, sia da parte degli interpreti.

Come è stato chiarito nella già citata sentenza n. 236/2016 della Consulta, la determinazione del precetto secondario non può rappresentare il frutto di valutazioni di pura opportunità politico-criminale, arrivando a legittimare anche pene sproporzionate rispetto al fatto incriminato o pene che strumentalizzano il reo in chiave utilitaristico-collettiva; è infatti pienamente legittimo il sindacato di costituzionalità su scelte palesemente arbitrarie o radicalmente ingiustificate, tali da evidenziare un uso distorto della discrezionalità legislativa.

Al contrario, il minimo ed il massimo edittale vanno attentamente calibrati tenendo ben presente che una funzione rieducativa della pena è tendenzialmente perseguibile solo laddove la sanzione comminata sia previamente definita in maniera proporzionata e ragionevole al fatto incriminato, sulla base tanto del suo disvalore intrinseco, tanto di quello relativo alla stregua del suo raffronto con reati omologhi: la proporzione è l'unica via a disposizione del sistema sanzionatorio per adempiere "nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali"¹⁹.

Già sotto il primo profilo, quello c.d. intrinseco, allora, le pene attualmente minacciate per il patto elettorale politico-mafioso appaiono proporzionate al disvalore del fatto incriminato in ragione della sua natura di mero reato-accordo, incentrato sulla stipulazione di un'intesa a prescindere dalla sua esecuzione e, prima ancora, dalla sua efficacia causale sulle attività dell'associazione mafiosa.

Trattandosi di reato di pericolo, che trova il suo *ubi consistam* nel momento prodromico della semplice definizione di un'intesa illecita avente ad oggetto il procacciamento di voti in cambio di denaro o altra utilità, a prescindere dagli esiti della tornata elettorale e dall'adempimento delle prestazioni, una pena da quattro a dieci anni appare congrua in relazione al suo disvalore. Se si riescono a superare i dubbi sulla legittimità costituzionale di una simile fattispecie, proponendone una lettura affrancata dall'art. 115 c.p. e compatibile con il principio di offensività nella sua duplice dimensione astratta e concreta, non si può, però, negare che essa costituisca pur sempre una considerevole anticipazione della tutela penale, rispetto alla quale la previsione di sanzioni ancor più rigorose di quelle odierne potrebbe risultare sproporzionata per eccesso.

4.2. (Segue...) *Il deficit esterno.*

In realtà, anche l'asserita necessità di c.d. proporzione esterna di rapportare le pene dello scambio elettorale alla nuova cornice sanzionatoria dell'art. 416 *bis* c.p. per

persona con finalità estorsiva di cui all'art. 630 c.p. nella parte in cui non contempla un'attenuante per i fatti di 'lieve entità' analoga a quella applicabile, in forza dell'art. 311 c.p., al delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, di cui all'art. 289 *bis* c.p.

¹⁹ Così C. cost. 21 settembre 2016, n. 236, § 4.2.

restituire proporzione al quadro complessivo delle norme incriminatrici in materia di infiltrazione mafiosa sembra inesistente, poiché, anzi, una diversa lettura di quella riforma, coordinata con quella precedente del 2014 relativa all'art. 416 *ter* c.p., potrebbe condurre a conclusioni diametralmente opposte.

A ben vedere, il legislatore quando ha riscritto lo scambio elettorale politico-mafioso ribadendone la natura di reato-accordo di mera condotta che si consuma con la mera stipula del patto ha voluto deliberatamente e ragionevolmente differenziare, in maniera proporzionata alla gravità dei fatti, le pene per esso comminate rispetto a quelle previste per il delitto più grave di cui all'art. 416 *bis* c.p. e, quindi, anche per il concorso esterno: quest'ultimo presenta, infatti, una carica lesiva sensibilmente maggiore rispetto al semplice accordo collusivo politico-elettorale non causale, *i.e.* non produttivo di effetti per l'intero clan, essendo un reato di evento per la cui configurabilità è indispensabile l'accertamento in termini eziologici di un effettivo rafforzamento o mantenimento in vita dell'organizzazione criminale²⁰.

In quest'ottica, la riforma dell'art. 416 *bis* c.p. si profila allora come una conferma implicita della differenza di disvalore tra un reato, il concorso esterno, caratterizzato da un macro-evento di danno, ed uno di mera condotta privo di efficacia causale, quale l'accordo elettorale.

Anche perché se il legislatore avesse reputato priva di ragionevolezza la pregressa scelta in materia di 416 *ter* c.p. avrebbe provveduto nella stessa sede a ripianare le sue forbici sanzionatorie riallineandole a quelle dell'art. 416 *bis* c.p.; invece, si è mosso nella direzione diametralmente opposta, ampliando ulteriormente la loro distanza.

Ancora, a conclusioni analoghe si perviene anche raffrontando il delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p. con le altre figure delittuose, diverse dal concorso esterno, che tipizzano espressamente forme di contiguità mafiosa, come ad esempio i già richiamati delitti di cui agli artt. 375, 378, 391 *bis* e 418 c.p.: i livelli sanzionatori di queste fattispecie, che come il patto elettorale sono prive di un macro-evento, sono sempre inferiori a quelli della partecipazione mafiosa e del concorso esterno. Il rigore sanzionatorio di queste ultime figure delittuose rispetto alle altre forme di 'fiancheggiamento mafioso' tipizzate è legato a due dati dotati di particolare disvalore e, specificamente, la partecipazione 'dinamica' all'associazione mafiosa, nel primo caso, ed il contributo episodico al suo mantenimento in vita/rafforzamento nel secondo caso.

4.3. Altre non secondarie riserve.

Contro l'aumento delle pene propugnato nel testo in esame milita anche un altro argomento relativo al significativo mutamento subito dalla fattispecie in materia di voto di scambio.

²⁰ Sul punto cfr. G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 378. In termini analoghi, C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, cit., 12; E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, cit., 16.

La precedente limatura verso il basso della forbice di pena prevista dall'art. 416 *ter* c.p. e la sua successiva ulteriore differenziazione rispetto a quella comminata per il concorso esterno origina anche dal fatto che il suo novellato precetto primario non incrimina più, con la veste giuridica di un reato plurisoggettivo necessario improprio, il patto elettorale politico-mafioso, *i.e.* la stipula di un'intesa tra un candidato ed un affiliato ad una cosca, ma la ben diversa e più ampia fattispecie plurisoggettiva necessaria propria di patto elettorale *con metodo* mafioso che assoggetta entrambi i protagonisti dell'accordo a sanzione penale²¹.

Come confermato anche dalle prime applicazioni giurisprudenziali, l'ipotesi delittuosa odierna include, infatti, anche accordi stipulati con esponenti non appartenenti ad alcun clan che, però, promettono al candidato di procacciargli voti avvalendosi della forza di intimidazione e del vincolo di omertà e condizionamento di 'tipo mafioso'. Una pena ancor più severa rischierebbe di risultare obiettivamente sproporzionata per eccesso rispetto a questa gamma di comportamenti.

Inoltre, a sostegno della inopportunità di inasprire le pene per lo scambio elettorale si deve rilevare che rispetto ad esso (a differenza della partecipazione in associazione e del concorso esterno) potrebbe trovare anche applicazione, per il promissario, la seconda aggravante speciale di cui all'art. 7, l. n. 203/1991, quella del "*fine di agevolare un'associazione di tipo mafioso*"²². Se, infatti, è esclusa ai sensi dell'art. 84 c.p. l'applicabilità della prima aggravante disciplinata da questo articolo, quella del metodo mafioso, non altrettanto può dirsi per la seconda, quella appunto della c.d. finalità mafiosa. Com'è stato osservato da alcuni commenti a margine della riforma del 2014 prima della sua definitiva approvazione 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 clan²³.

Non si può poi trascurare che questa fattispecie, in ragione della sua autonomia e differenza dal concorso esterno, può assurgere al rango di reato-scopo dell'associazione, per cui, nei casi più gravi, laddove il promittente i voti sia un affiliato ad una consorteria mafiosa, potrebbe configurarsi in capo ad esso un concorso di reati tra il 416 *bis* ed il 416 *ter* c.p. e, quindi, un trattamento sanzionatorio che, nonostante un possibile temperamento apportato dalla continuazione, sarebbe sempre particolarmente rigoroso.

²¹ Per una più approfondita disamina di questa rilevante modifica della struttura della fattispecie di cui all'art. 416 *ter* c.p. si rinvia a G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 262 ss.

²² Sull'aggravante della c.d. ambientazione mafiosa si rinvia a L. DELLA RAGIONE, *L'aggravante della "ambientazione mafiosa" (art. 7 d.l. 13.5.1991, n. 152)*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO-C.E. PALIERO, Torino, 2015, 69 ss.; A. ALBERICO, *L'estensione ai concorrenti della circostanza aggravante dell'agevolazione mafiosa*, in *Ind. Pen.*, 2017, in corso di pubblicazione.

²³ Così C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, cit., 12.



5/2017

4.4. L'irrilevanza ai fini del patteggiamento.

Infine, come si accennava, l'innalzamento dei limiti di pena non è funzionale neanche a perseguire il secondario obiettivo di 'immunizzare' il delitto di scambio elettorale dal rischio di 'addolcimento' della risposta punitiva tramite l'accesso al patteggiamento ed al suo sconto di pena.

Appena due anni fa, infatti, il legislatore, con un altro controverso intervento riformistico²⁴, aveva già apportato un giro di vite alla disciplina sanzionatoria per il delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p. lasciando inalterata la cornice edittale, evidentemente ritenendola, ancora una volta, proporzionata al disvalore del fatto descritto, ed agendo su un duplice versante solo apparentemente secondario.

Con la legge 23 febbraio 2015, n. 19 è stato modificato *in peius* per gli imputati ed i condannati per il delitto di scambio elettorale politico-mafioso sia l'ordinamento penitenziario, sia il codice di rito con l'intento dichiarato di attrarre anche questa fattispecie nel regime del c.d. doppio binario processuale riservato ai reati ad ambientazione mafiosa.

Sotto il primo profilo, è stato introdotto nell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. pen. il divieto di concessione dei benefici penitenziari; sotto il secondo, invece, è stato modificato il comma 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p., introducendo il 416 *ter* c.p. tra i reati per i quali è prevista l'attribuzione delle funzioni di pubblico ministero ai magistrati delle procure distrettuali antimafia e determinando così l'attrazione di questa fattispecie nell'orbita dell'art. 444 co. 1-*bis* c.p.p. che esclude in talune ipotesi la possibilità di accedere all'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Appare allora decisamente fragile anche il riferimento al patteggiamento quale ulteriore argomento per legittimare in termini di opportunità politico-criminale l'inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso, dal momento che già da due anni è stato lo stesso legislatore a impedire la possibilità di accedere a questo rito per gli imputati di cui all'art. 416 *ter* c.p.

Quanto sinora evidenziato dovrebbe indurre il legislatore a desistere da questo progetto riformistico 'pointinistico', privo di respiro politico-criminale e sostanzialmente irrilevante ed a concentrare, piuttosto, le sue attenzioni su un'organica riforma della materia della contiguità mafiosa, coinvolgendo, magari, anche il sempre pretermesso concorso esterno²⁵.

²⁴ Per una critica nei confronti della l. 19/2015 con cui è stato innestato il delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p. nel 'doppio binario' procedimentale e penitenziario previsto per i reati di criminalità organizzata v. A. CAVALIERE, *Legge 23 febbraio 2015 n. 19. Divieto di concessione dei benefici penitenziari ai condannati per il delitto di cui all'art. 416-ter del codice penale*, in www.legislazionepenale.eu, 1 ss.

²⁵ L'esigenza di un intervento legislativo chiarificatore nella materia del concorso esterno è avvertita da tempo in dottrina. In tal senso cfr. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 483 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., 127 ss.; ID., *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1027.