

IL DELITTO DI SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO POST 2019: QUALE PENA PER IL POLITICO E PER L'ESPONENTE MAFIOSO?

di Maria Dellagiacoma

SOMMARIO: 1. Storia della criminalizzazione della contiguità politico-mafiosa. – 1.1. L'originaria formulazione dell'art. 416 *ter* c.p. – 1.2. La riformulazione del 2014. – 1.3. L'intervento del 2017. – 1.4. La L. 43/2019. – 2. Lo scambio elettorale politico mafioso *post* 2019. – 2.1. Il bene giuridico tutelato. – 2.2. I soggetti attivi. – 2.3. La cornice edittale. – 2.4. L'aggravante dell'elezione. – 3. L'associazione di tipo mafioso e il "fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali". – 4. Rapporti fra art. 416 *bis* e 416 *ter*: la punibilità del politico e la punibilità del mafioso. – 4.1. La responsabilità del politico candidato e del politico eletto. – 4.2. La responsabilità del mafioso che promette i voti. – 5. Conclusioni.

Premessa.

La criminalizzazione della contiguità politico-mafiosa è stata oggetto, a partire dal 1992, di numerosi interventi legislativi, caratterizzati nel complesso da vistosi profili di criticità.

Una delle questioni maggiormente problematiche è quella del raccordo fra artt. 416 *bis*, terzo comma, c.p. – nella parte in cui incrimina le associazioni mafiose che si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali – e l'art. 416 *ter* c.p. – che punisce la promessa di procurare voti da parte di soggetti appartenenti alle associazioni mafiose o tramite metodo mafioso in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità o in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa.

Nella presente trattazione si analizzerà nello specifico a che titolo debbano rispondere il politico e il mafioso che, promettendosi reciprocamente voti in cambio di denaro o favori di altra natura, pongono in essere condotte che integrano sia i presupposti dello scambio elettorale politico mafioso, sia quelli del concorso esterno o della partecipazione in associazione mafiosa. In particolare, si individuerà il trattamento sanzionatorio riservato ai due contraenti, alla luce delle recenti riforme che hanno interessato l'art. 416 *ter*.

La disciplina originaria distingueva infatti fra la figura del candidato e quella dell'esponente mafioso, affidando all'art. 416 *ter* la comminatoria penale a carico di chi si presentasse alle elezioni offrendo denaro in cambio di voti e lasciando invece all'art.

416 *bis*, terzo comma, c.p. la punizione dell'esponente del sodalizio criminoso che avvalendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo impedisca od ostacoli "il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali".

In seguito, la riforma del 2014 – pur lasciando inalterato il dettato dell'art. 416 *bis*, terzo comma, c.p. – ha previsto espressamente la punibilità anche dell'esponente mafioso ai sensi dell'art. 416 *ter* c.p., oltre ad aver esteso l'oggetto della controprestazione ad "altre utilità", anticipato il momento consumativo del reato, inserito il "metodo mafioso" come requisito modale dell'accordo e ridotto la cornice edittale.

Infine, la più recente riforma del 2019, senza modificare il novero dei soggetti attivi dei due delitti, ha riprodotto l'originaria equiparazione della cornice sanzionatoria tra reato di associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso, determinando significativi problemi di individuazione della fattispecie entro cui sussumere la condotta di ciascuna delle parti del sinallagma illecito.

1. Storia della criminalizzazione della contiguità politico-mafiosa.

L'inasprimento della criminalizzazione della contiguità politico-mafiosa è storicamente da ricondurre alle iniziative 'emergenziali' del legislatore all'indomani delle stragi di Capaci e via d'Amelio. È infatti all'indomani delle tragiche vicende del 1992 che furono introdotte – rispettivamente con gli artt. 11 *bis* e 11 *ter* del d.l. 8 giugno 1992 n. 306¹– la fattispecie di "scambio elettorale politico – mafioso", da un lato e la finalità di "impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali", fra quelle tipicamente perseguite dall'associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p., dall'altro.

Obiettivo precipuo di tali interventi legislativi era quello di scongiurare l'instaurazione di rapporti 'sinallagmatici' fra crimine organizzato e politica. La capacità di delle cosche mafiose stringere rapporti "con la politica a disparati livelli – locali, regionali e nazionali – e in diversi momenti – istituzionali ed elettorali"² era ben nota a sociologi, criminologi e studiosi del diritto ben prima delle grandi stragi di mafia³. Lungi dall'essere un aspetto meramente eventuale della vita delle organizzazioni mafiose, il legame con la politica è da sempre elemento essenziale delle attività e dell'esistenza

¹ "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa", conv. con mod. in l. 7 agosto 1992, n. 356

² G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*. 2017, *op. cit.*

³ Sull'inadeguatezza della riforma si vedano, *ex multis*, G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017; G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in G. Fiandaca – C. Visconti (a cura di) *Scenari di mafia*, Torino, 2010; A. CAVALIERE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in *I delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, in *Trattato di diritto penale*, Napoli, 2006; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 878 ss.; G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, pt. V, 127 ss.; C.F. GROSSO, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1993.

stessa delle cosche⁴. Ciò nonostante, prima del 1992, le sanzioni previste in materia non risultavano efficaci nel contrasto del fenomeno in questione⁵.

Per questa ragione – anche sull’onda emergenziale delle stragi di quel periodo – il legislatore ha riformato la materia, incriminando lo scambio elettorale tra appartenente al clan mafioso e candidato alle elezioni avente ad oggetto voti in cambio di erogazione di denaro.

Già all’indomani dell’approvazione della riforma, tuttavia, una parte della dottrina⁶ ha avanzato significative riserve sull’efficacia dell’art. 416 *ter* come strumento di lotta alla contiguità politico-mafiosa e, insieme alla giurisprudenza, si è adoperata in una chirurgica opera di interpretazione.

1.1. L’originaria formulazione dell’art. 416 *ter* c.p.

Sin dall’entrata in vigore, le principali critiche si sono concentrate sulla formulazione letterale dell’art. 416 *ter* c.p.: “La pena stabilita dal primo comma dell’art. 416 *bis* si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416 *bis* in cambio della erogazione del denaro”.

La dottrina sottolineò, in particolare, numerose inadeguatezze rispetto all’obiettivo che la riforma mirava a perseguire⁷.

Fra queste, in primo luogo, ha suscitato ampie perplessità la scelta di limitare l’ambito di operatività della norma alla sola controprestazione in denaro. L’illecito prevedeva infatti un accordo sinallagmatico in cui un soggetto appartenente al clan prometteva voti al candidato in cambio dell’erogazione di denaro. Rimanevano estranei

⁴ Queste ultime, tuttavia, come fa notare AMARELLI, *op. cit.*, non esauriscono la complessità del fenomeno mafioso. In argomento, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 389, osserva che “la proiezione verso l’esterno delle associazioni mafiose costituisce una pratica iscritta nel loro codice genetico, al pari dell’agire intimidatorio, dell’uso della violenza o della segretezza”.

⁵ Il perseguimento di un guadagno in conseguenza del mercimonio di voti trovava una sanzione nell’art. 416 *bis* (nella formulazione precedente al 1992). Tale attività era punibile quale forma di perseguimento di “profitti o vantaggi ingiusti”, “costituenti la preesistente formula di chiusura al terzo comma dell’art. 416 *bis* c.p”. Inoltre, lo scambio denaro-voti trovava già della riforma espressa sanzione (sebbene solo con riferimento alle elezioni amministrative) nel reato di corruzione elettorale di cui all’art. 96 d.P.R. n. 361/1971, che con riferimento alle elezioni amministrative sanziona la promessa di voto ottenuta mediante erogazione di denaro. Sul punto, si veda M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*

⁶ M. RONCO, *L’art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in B. Romano – G. Tinebra (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 61 ss; A. CAVALIERE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, 2006, *op. cit.*; V. MAIELLO, *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico-mafioso*, in *Studium iuris*, 2015; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*

⁷ G. DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 11 bis e 11 ter del d.l. 08-06.1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 122 ss.; G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso*, 1996, *op. cit.*; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*; A. CAVALIERE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, 2006, *op. cit.*; M. PELISSERO, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, vol. IV del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2010, 301 ss.; A. BARAZZETTA, *Sub art. 416-ter*, in E. Dolcini-G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, 1754 ss.

all'area del penalmente rilevante tutti i patti in cui oggetto dello scambio fossero favori diversi. Tale opzione impediva evidentemente un'efficace punizione del fenomeno, dal momento che nella quasi totalità dei casi il prezzo dello scambio non era costituito tanto dall'erogazione di denaro, ma da vantaggi di tipo diverso, quali corsie preferenziali nella concessione di appalti, assunzione di lavoratori, emanazione di provvedimenti favorevoli, ecc.⁸

In secondo luogo, il momento consumativo del reato è stato individuato nell'erogazione del denaro e non nell'antecedente momento della promessa; con ciò trascurando di considerare che la condotta repressa dalla norma determina un'offesa penalmente rilevante ben prima dell'erogazione del denaro, soprattutto tenendo conto del dato di realtà – già allora assodato – secondo cui il politico è solito sdebitarsi pagando il “prezzo” pattuito solo dopo l'esito dell'elezione.

Infine, la fattispecie è stata concepita come un reato necessariamente plurisoggettivo improprio, in cui solo il politico (e non anche il promittente dei voti) veniva punito, pur essendo il delitto in questione un reato-contratto a prestazioni sinallagmatiche corrispettive avente causa illecita⁹. Quest'ultimo aspetto era solo apparentemente meno problematico rispetto a quelli appena elencati.

Lungi dall'essere frutto di “ignavia” legislativa¹⁰, la scelta di non far corrispondere alla struttura bilaterale della fattispecie una duplice responsabilità penale espressa si prestava a due interpretazioni.

Secondo una prima tesi, il delitto di voto di scambio introdotto nel 1992 sarebbe stato solo apparentemente un reato plurisoggettivo improprio¹¹. Benché l'art. 416 *ter*

⁸ Unanimemente in dottrina: G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017; G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in *Penale contemporaneo riv. trim.* 2/2014; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*; P. INSOLERA, [Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso: storia di una fattispecie senza pace](#), in *Dir. pen. cont.*, 2019. In maniera assai incisiva G. FIANDACA, *Scambio elettorale politico-mafioso: un reato dal destino legislativo e giurisprudenziale avverso?*, in *Foro it.*, 2015, II, 522, parla di “forme di scambio, che un'esperienza storicamente risalente ha rivelato essere le più tipiche ed esemplificative della logica reciprocamente favoritistica sottostante al rapporto mafia-politica” e, proseguendo, ritiene “impensabile che il legislatore del 1992 ignorasse del tutto la storia e la sociologia, questa scelta legislativa di indicare nella sola dazione di denaro la controprestazione del candidato non può che spiegarsi — appunto — con quella sopravvenuta mancanza di coraggio indotta dalla diffusa preoccupazione di una possibile criminalizzazione a tappeto: essendo statisticamente molto meno frequente, anzi rara l'evenienza che l'appoggio elettorale mafioso venisse dal politico contraccambiato con somme di denaro”.

⁹ Sul punto, G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio*, 2014, *op. cit.*; nonché G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*

¹⁰ Il termine è di E. Cottu, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale politico-mafioso, tra istanze repressive ed equilibrio sistematico*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 7, nota 15.

¹¹ Illustrata da G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*. Sul punto si veda G. FIANDACA, *Scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*, “È infatti da tener presente che l'art. 416 bis, 3° comma, c.p. tra gli obiettivi programmatici dell'associazione di tipo mafioso inserisce anche quello di «impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali». Ne deriva, allora, che l'eventuale attivarsi in vista del procacciamento di voti con metodo mafioso rientra già nell'alveo delle funzioni tipiche dell'associato di mafia e per il cui espletamento quest'ultimo viene, in quanto tale, già rigorosamente sanzionato in base alla stessa fattispecie associativa”.

prevedesse espressamente una sanzione per il solo politico, anche il contraente mafioso veniva a ben vedere assoggettato a pena, *id est* quella prevista dall'art. 416 *bis* c.p. Quest'ultima norma, invero, dal 1992 prevede fra gli scopi tipici dell'associazione di tipo mafioso anche quello di "impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali". Tramite la previsione incriminatrice in discorso, dunque, anche il mafioso era rimproverabile per aver stipulato un accordo avente ad oggetto lo scambio voti-favori. Secondo i sostenitori di questa interpretazione, in definitiva, tra gli artt. 416 *ter* e 416 *bis*, terzo comma, si sarebbe configurato un rapporto di complementarietà e la funzione dell'art. 416 *ter* era quello di estendere in sostanza la punibilità per il medesimo titolo di reato (la partecipazione ad associazione mafiosa) al soggetto non affiliato e candidato¹². Nell'ambito di questo indirizzo, un'isolata pronuncia della Corte di Cassazione si spinse persino ad affermare il concorso necessario nel delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p. del "soggetto che, in cambio della erogazione di denaro [...] prometta ad altri, in occasione di consultazioni elettorali, di procurare voti in suo favore, attraverso la forza di intimidazione del vincolo associativo tipico delle organizzazioni a delinquere di stampo mafioso"¹³.

¹² Mentre, la condotta del promittente dei voti a nome dell'associazione veniva ricondotta all'art. 416 *bis*, nella forma della partecipazione o del concorso esterno (in quest'ultimo caso a condizione che fosse dimostrata l'intraneità del soggetto al sodalizio criminoso o l'apporto causale conferito dal concorrente esterno all'associazione (secondo il criterio allora vigente). Sui criteri di accertamento del concorso esterno in associazione mafiosa, come noto, a partire dalle Sezioni Unite Demitry del 1994 si adottò la teoria della concezione causalmente orientata del concorso esterno, secondo cui era sufficiente a integrare un concorso esterno anche una mera disponibilità *ex ante* manifestata a favore del sodalizio criminoso. Successivamente, le Sezioni Unite Carnevale del 2002 affermarono che "assume la qualità di concorrente esterno la persona che, priva di *affectio societatis*, e non essendo inserita nella struttura organizzativa dell'associazione" fornisce un contributo da apprezzarsi come "idoneo in termini di concretezza, specificità e rilevanza a determinare, sotto il profilo causale, la conservazione o il rafforzamento dell'associazione". Solo nel 2005 – con la sentenza Mannino – si definì in modo espresso e perentorio che l'accertamento del contributo del concorrente esterno dovesse essere operato tramite una "verifica probatoria *ex post* dell'efficacia causale e non già una mera valutazione prognostica di idoneità *ex ante*". Sui criteri di accertamento della responsabilità a titolo di concorso esterno e i limiti del criterio causale: G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso fra tradizione e innovazione*, in *Leg. Pen.* 2014, fasc. 3, pagg. 219 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*, *Foro it.* anno 2006, II, 86; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino 2014, 53 ss., 75 ss., 133 ss., 162 ss.; M. PELISSERO, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, vol. IV del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2010, 301 ss. Presta particolare attenzione ai successivi orientamenti giurisprudenziali G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*

¹³ Cass. Pen., Sez. V, 22 gennaio 2013, (ud. 22 gennaio 2013, dep. 28 maggio 2013), n. 23005. A tali conclusioni la Corte era arrivata premettendo che, poiché l'obiettivo perseguito dal legislatore con le riforme del 1992 era quello "di sottoporre tutte le condotte idonee a compromettere il libero esercizio del diritto di voto poste in essere da associazioni mafiose", ne doveva conseguire che sarebbe stato "del tutto irrazionale (e, quindi, contrario ad una interpretazione dell'art. 416 *ter*, c.p., conforme al principio di ragionevolezza) ritenere che il Legislatore, nel quadro di una maggiore attenzione per i fenomeni di inquinamento del voto da parte delle organizzazioni mafiose [...], concretizzatasi nella emersione di una nuova fattispecie di reato e nella estensione del tradizionale catalogo degli obiettivi cui è teleologicamente orientata l'associazione a

Una diversa tesi¹⁴, invece, ravvisava una profonda differenza strutturale fra i reati di cui all'art. 416 *bis* c.p e 416 *ter* c.p.: norma che sanziona la condotta partecipativa con finalità di alterazione delle consultazioni elettorali, la prima; disposizione incriminatrice dell'accettazione dei voti da parte di un non affiliato, la seconda. Secondo questo filone interpretativo il legislatore avrebbe deliberatamente scelto di non sottoporre a pena l'altra parte dell'accordo, poiché già punito per la medesima condotta dall'art. 416 *bis*, in ossequio al *ne bis in idem* sostanziale. Sicché l'incriminazione della condotta del promittente non avrebbe potuto essere perseguita nemmeno quale ipotesi concorsuale *ex artt.* 110, 416 *ter*, "non potendo tale parametro essere invocato per travalicare i limiti imposti dalla tassatività della fattispecie", nonché dal divieto di analogia e dalla regola dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Se si fosse optato per questa soluzione, infatti, si sarebbe svilita la funzione politico criminale dei reati plurisoggettivi di ostare alla punibilità a titolo di concorso eventuale del concorrente necessario non assoggettato a pena per le condotte espressamente prese in considerazione dalla norma incriminatrice¹⁵.

Quest'ultima era evidentemente l'interpretazione preferibile della norma, perché più coerente con la *ratio* dell'intervento legislativo del 1992. Come già rilevato, infatti, l'art. 416 *ter* non può considerarsi fattispecie meramente speculare a quella di cui all'art. 416 *bis*. Nella sua formulazione originaria vi si descriveva un fatto diverso rispetto a quello partecipativo al sodalizio mafioso e proprio questa diversità escludeva la possibilità di estendere la sanzione prevista per il politico anche al partecipe dell'associazione. L'assenza di una previsione che stabilisse l'estensibilità delle pene previste dall'art. 416 *ter* c.p. anche al promittente appare quindi frutto di una precisa scelta politico-criminale, che teneva conto del fatto che la condotta del mafioso che scambia voti per favori venisse già sanzionata dall'art. 416 *bis*, terzo comma, c.p.

delinquere di tipo mafioso nella sua definizione normativamente tipizzata, [...] abbia voluto escludere la punibilità, *ex art.* 110 c.p., proprio di chi, agendo nell'interesse del sodalizio mafioso, tale inquinamento rende possibile, con rilevante turbamento dell'ordine pubblico"

¹⁴ M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*; E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, 1 ss.

¹⁵ In questo senso: G. PANEBIANCO, [La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso: un precario equilibrio tra esigenze di tutela e garanzie penali](#), in *Leg. Pen.*, 18 ottobre 2019; E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2014, *op. cit.*; G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio*, 2014, *op. cit.*; nonché G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*;

1.2. La riformulazione del 2014.

Per superare gli elementi di criticità più sopra illustrati e per limitare le forzature interpretative¹⁶ – talvolta significativamente *in malam partem* – della giurisprudenza¹⁷, a ben ventidue anni di distanza dalla prima formulazione, il legislatore è intervenuto sul testo dell'art. 416 *ter* c.p., modificandolo nei seguenti termini: “Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416 *bis* in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o altra utilità è punito con la reclusione da 4 a 10 anni. La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma”.

Assai significativi sono gli interventi operati in sede di riforma, sia sul piano della condotta incriminata, sia sul piano della pena comminata.

Muta, in primo luogo, l'oggetto della controprestazione rilevante ai fini della configurazione della fattispecie che si estende alle “altre utilità”, prevedendo così una sanzione penale anche per i casi in cui il politico corrisponda – o, come si vedrà, prometta di corrispondere – all'associazione un vantaggio differente dal denaro. In questo modo si ovvia a uno dei principali difetti dell'originaria formulazione del delitto, che ne frustrava l'efficacia punitiva. Con la riforma del 2014, infatti, il legislatore prende atto

¹⁶ Come ben illustrato da C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 giugno 2013; E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, 2013, *op. cit.* e G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio*, 2014, *op. cit.*, l'approvazione del testo ha richiesto “quattrocento giorni di discussione, quattro letture delle Camere, molteplici emendamenti contrastanti e una seduta di lavori parlamentari particolarmente accesa”

¹⁷ Rispetto al primo problema, ossia quello della limitazione al solo denaro come contropartita dei voti, alcune sentenze hanno ritenuto che il delitto in questione si configurasse non solo nel caso in cui l'oggetto del patto fosse costituito dall'erogazione di denaro, ma anche in quelli, molto più frequenti, in cui fosse rappresentato dalla erogazione di altre utilità, purché si trattasse di utilità suscettibili di convertirsi in un valore di scambio immediatamente traducibile in termini economici (ad esempio, mezzi di pagamento diversi dalla moneta, titoli, valori mobiliari, ecc.), restando invece escluse dal contenuto precettivo della norma 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., il reato è stato persino ritenuto integrato laddove l'oggetto materiale dell'erogazione era costituito da posti di lavoro (cfr. Cass. Pen., 11 aprile 2012, n. 20924; Cass. Pen., 30 novembre 2011, n. 46922).

Rispetto al secondo problema, ossia quello dei rischi di impunità connessi alla posticipazione del momento consumativo rispetto al momento in cui si verifica un'offesa meritevole di sanzione penale, Altre decisioni avevano ampliato i confini della condotta penalmente rilevante, ritenendo che ai fini dell'integrazione della fattispecie non fosse necessaria la materiale erogazione del denaro, bastando, invece, il semplice accordo (così, ad esempio, Cass. Pen., 2 marzo 2012, n. 32820; Cass. Pen., 13 novembre 2002, n. 4293).

Una parte della giurisprudenza ha risposto cercando di reprimere i fenomeni di contiguità mafia-politica che quella norma non consentiva di perseguire tramite la figura del concorso esterno nel delitto di associazione di tipo mafioso di cui agli artt. 110, 416 *bis* c.p. Ad esempio, in alcune decisioni tra la fine degli anni '90 e i primi anni 2000, la Cassazione era giunta alla conclusione che la mera stipula del patto di scambio (avente ad oggetto anche l'elargizione di favori e non solo dell'erogazione di denaro) potesse configurare una condotta punibile a titolo di concorso esterno ai sensi degli artt. 110, 416 *bis* c.p., arrivando a ritenere punibile a titolo di concorso esterno anche la mera disponibilità *ex ante* offerta dal politico a favore del sodalizio criminoso in caso di eventuale futuro esito positivo della consultazione elettorale. A questa dilatazione dei confini del concorso esterno hanno posto un freno le Sezioni Unite con la nota sentenza Mannino del 2005.

che il più delle volte l'oggetto dello scambio fra politico e mafioso consiste non tanto (o non solo) nell'erogazione di denaro, ma piuttosto nella concessione da parte del politico di utilità quali l'assegnazione di appalti, l'assunzione di lavoratori, l'erogazione di contributi pubblici, il rilascio di concessioni o autorizzazioni 'facilitate'. Si risponde così all'esigenza di effettività della risposta penale al fenomeno del traffico di favori politico-mafioso, conformando la fattispecie astratta alla realtà criminale nelle sue più frequenti manifestazioni concrete¹⁸.

Viene, in secondo luogo, anticipata la soglia della rilevanza penale della condotta al momento dello scambio di promessa e accettazione¹⁹. Con l'anticipazione del momento consumativo, il delitto in questione assume le fattezze del reato di pericolo astratto, introducendo un'espressa deroga al principio dell'irrelevanza dell'accordo criminale inattuato di cui all'art. 115 c.p.²⁰ e ponendo significativi problemi di configurabilità del tentativo²¹. Si tratta, d'altra parte, di un chiaro recepimento dell'interpretazione giurisprudenziale dominante, secondo la quale il termine "erogazione di denaro" contenuto nella precedente formulazione doveva essere interpretato in senso estensivo fino a ricomprendere anche la mera pattuizione di un futuro versamento²².

In terzo luogo, si introduce il metodo mafioso come requisito modale dell'intesa. Il legislatore, infatti, sanziona "la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416 *bis*" ossia avvalendosi "della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva". In altri termini, il politico e il "mafioso" devono accordarsi perché il procacciamento dei voti avvenga sfruttando le tipiche modalità di assoggettamento e intimidazione con cui si esprime l'associazione mafiosa nel perseguire la propria attività "istituzionale". Il metodo mafioso, si badi, costituisce solo un requisito modale dell'accordo: ai fini della consumazione del reato è indispensabile che politico ed esponente della cosca stipulino un accordo che abbia ad oggetto il procacciamento dei voti attraverso il metodo mafioso, non è invece necessario che le preferenze elettorali siano state effettivamente ottenute avvalendosi di intimidazione e assoggettamento²³.

Oggetto dell'accertamento giudiziale è, dunque, la circostanza che il politico abbia accettato la promessa del suo interlocutore di procurargli, in cambio di denaro o

¹⁸ C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, 2013, *op. cit.* illustra il travagliato iter parlamentare che ha preceduto la formulazione della norma nei termini qui compendati e propone una riformulazione che faccia specifico riferimento a "denaro, appalti, autorizzazioni, concessioni, finanziamenti pubblici o privati o comunque altro indebito profitto".

¹⁹ Cass. Pen., sez. VI, 20 febbraio 2019, n. 9442; Cass. Pen., sez. VI, 3 giugno 2014, n. 36382; Cass. Pen., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 37374.

²⁰ Per un approfondimento sul punto si rinvia a: E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*; G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso fra tradizione e innovazione*, in *Leg. Pen.* 2014, fasc. 3; P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*; E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma*, 2013, *op. cit.*, 3, par. 2.

²¹ P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*

²² *Ex multis*, Cass. Pen., sez. I, 2 marzo 2012, n. 32820.

²³ Ciò emerge chiaramente sin alle prime pronunce della Corte di Cassazione, una fra tutte: Cass. Pen., Sez. VI, 9 settembre 2014, n. 37374.

altre utilità, un certo numero di voti grazie al possibile ricorso, con modi espliciti o anche solo impliciti, alla forza di intimidazione di cui egli gode grazie all'appartenenza ad un sodalizio mafioso radicato nel territorio.

Sul punto la giurisprudenza successiva è intervenuta proponendo un'importante distinzione, basata sulla qualifica del soggetto promittente: se chi promette i voti è un esponente dell'associazione, ai fini della condanna non è necessario che la promessa preveda *expressis verbis* l'uso del metodo mafioso (in questo caso sono proprio la fama criminale dell'interlocutore del politico e la sua possibilità di incidere sul territorio di riferimento coi metodi tipici della mafiosità a renderlo appetibile sul piano elettorale e spingono il candidato a raggiungere l'accordo), mentre se il promittente è un estraneo all'associazione o un membro che agisca come singolo, allora è necessaria l'esplicitazione²⁴. Questa differenza trova una ragione nel fatto che, se il soggetto che promette di procurare dei voti è un membro dell'associazione, è da ritenere quasi *in re ipsa* l'utilizzo dei metodi propri dell'associazione mafiosa, perché ne è esponente e in quanto agisce 'a nome' del sodalizio (quindi con i metodi tipici dello stesso).

All'esito di una attenta e ponderata valutazione del diverso disvalore dei fatti sanzionati dall'art. 416 *ter* rispetto a quelli puniti dall'art. 416 *bis*, è stata, inoltre, ridotta la cornice edittale, eliminando il rinvio *quoad poenam* al reato di associazione mafiosa, contenuto nell'originaria formulazione; sicché si passa da una pena di 7-12 anni di reclusione a una, ben più proporzionata e ragionevole, di 4-10 anni di reclusione²⁵.

Da ultimo – e si tratta di una modifica assai importante ai fini che rilevano in questa sede – si stabilisce l'espressa punibilità di chi promette di procurare i voti con modalità mafiosa, sia esso un esponente della cosca, un estraneo o un appartenente che agisca *uti singulus*.

Prevedendo che entrambe le parti del reato-contratto a prestazioni sinallagmatiche siano sanzionate, il legislatore sembra prendere una posizione netta nel dibattito sulla natura del reato di voto di scambio, quale reato necessariamente plurisoggettivo in senso proprio. La scelta di punire espressamente anche il promittente dei voti, lungi dal risolvere la diatriba sul punto, ha però comportato seri problemi di raccordo fra la fattispecie di cui all'art. 416 *bis* e quella di cui all'art. 416 *ter*. Infatti, l'espressa previsione di una responsabilità dell'appartenente all'associazione mafiosa di cui all'art. 416 *bis* (o del concorrente esterno) anche per il reato previsto ai sensi dell'art. 416 *ter*, e la differenziazione del trattamento sanzionatorio previsto per le due fattispecie, ha reso (e, come si vedrà, rende tuttora) necessario comprendere se fra esse sussista un

²⁴ Si vedano Cass. Pen., Sez. VI, 10 maggio 2015, n. 25302; Cass. Pen., Sez. VI, 10 giugno 2015, n. 31348. Per un approfondimento sul punto, si rinvia a P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*, pagg. 8 ss.

²⁵ Scelta che G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio*, 2014, *op. cit.* definisce coerente con i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della risposta penale, dal momento il concorso esterno di un politico in una consorteeria mafiosa presenterebbe "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". Negli stessi termini, E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, 2013, *op. cit.*; C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, 2013, *op. cit.*

rapporto di concorso apparente ovvero di cumulo, specialmente nel caso in cui il promittente dei voti sia membro o concorrente esterno dell'associazione mafiosa a nome della quale si impegna.

1.3. *L'intervento del 2017.*

Nel 2017 il legislatore è intervenuto nuovamente sul testo dell'art. 416 *ter*, così riformulandolo: "chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416 *bis* in cambio dell'erogazione o della promessa di denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei a dodici anni. La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma".

La modifica ha interessato esclusivamente il trattamento sanzionatorio, innalzando il minimo edittale da quattro a sei anni e il massimo da dieci a dodici anni.

L'incremento di pena, più che a reali esigenze di politica criminale, sembra essere una mera risposta alle critiche avanzate da alcune parti politiche all'indomani della riforma del 2014, tacciata di costituire un "favore alla mafia"²⁶. Diversa era stata, invece, la reazione della dottrina, che – come visto poco sopra – aveva salutato con favore la correzione al ribasso della cornice edittale e la differenziazione della pena rispetto a quella prevista per il reato di cui all'art. 416 *bis*²⁷.

1.4. *La L. 43/2019.*

Un significativo mutamento del precetto penale e del trattamento sanzionatorio è, infine, intervenuto per effetto della legge 21 maggio 2019, n. 43 rubricata "modifica all'art. 416 *ter* del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso"²⁸.

A partire dall'11 giugno 2019, è entrato in vigore il seguente testo: "Chiunque accetta, direttamente o a mezzo di intermediari, la promessa di procurare voti da parte di soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'articolo 416 *bis* o 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 qualunque altra utilità o in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa è punito con la pena stabilita nel primo comma dell'articolo 416 *bis*. La stessa pena si applica a chi promette, direttamente o a mezzo di intermediari, di procurare voti nei casi di cui al primo comma. Se colui che ha accettato la promessa di voti, a seguito dell'accordo di cui al primo comma, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale, si applica la pena prevista dal primo comma dell'articolo 416 *bis* aumentata della metà. In caso di

²⁶ Cfr. Relazione di presentazione del [d.d.l. S. 510](#) dell'Onorevole Giarrusso.

²⁷ *Ex multis*, G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*

²⁸ Resoconto stenografico seduta del Senato del 23 ottobre 2018, in *parlamento.it*, e Resoconto stenografico seduta della Camera del 25 febbraio 2019, in *parlamento.it*.

condanna per i reati di cui al presente articolo, consegue sempre l'interdizione perpetua dai pubblici uffici"²⁹.

La riforma è stata accolta in modo critico dalla dottrina, che ha da subito definito il nuovo art. 416 *ter* una "norma-manifesto"³⁰ di matrice populista³¹, la cui approvazione sembra essere figlia più della volontà di acquisire un facile consenso elettorale che dell'intenzione di soddisfare reali esigenze di effettività sanzionatoria. Come già si era notato con riferimento alle precedenti formulazioni, anche in questo caso la norma si rivela del tutto inefficace nel contrasto al fenomeno della contiguità politico-mafiosa. Infatti, a fronte di una versione originaria emanata in un contesto emergenziale (e quindi non sufficientemente ponderata in tutti i suoi aspetti) e di successivi interventi di modifica che non hanno affatto risolto i problemi applicativi della norma, il legislatore del 2019 ha perso – ancora una volta – una preziosa occasione per colpire in modo ragionevole e proporzionato l'ormai stretto – e non più solo nascente – legame fra mafia e politica³².

Le modifiche apportate sono molteplici: l'estensione dei soggettivi attivi (rispondono penalmente anche gli intermediari del politico o del promittente dei voti); l'ampliamento dell'oggetto della controprestazione a "qualunque altra utilità" e alla "disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa"; il ritorno all'equiparazione *quoad poenam* degli artt. 416 *ter* e 416 *bis* (e relativo aumento della cornice edittale per il voto di scambio dai 6-12 anni di reclusione del 2017 a 10-15 anni attuali); la previsione di una circostanza aggravante speciale a effetto speciale che comporta un aumento di pena della metà nel caso in cui il candidato risulti eletto e, infine, la previsione della pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici in caso di condanna.

2. Lo scambio elettorale politico mafioso *post* 2019.

Ricostruita sin qui l'evoluzione storica del delitto di scambio elettorale politico mafioso, fra i tanti profili autorevolmente esaminati all'indomani della riforma, ci si

²⁹ Per i primi commenti alla riforma si rinvia a: G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale politico-mafioso tra molte ombre e nessuna luce*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9; G. AMARELLI, [La riforma dello scambio elettorale](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2019; A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso (commento alla l. 21 maggio 2019 n. 43)*, in *Guida al dir.*, 2019, fasc. 26, 21; N. COTTONE, [Voto di scambio: con le nuove regole fino a 22 anni e mezzo di carcere per i politici eletti](#), in *ilsole24ore.com*, 22 maggio 2019; P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*; P. MOROSINI, [Inquinamento mafioso della politica e legge penale](#), in *questionegiustizia.it*, 5 giugno 2019; V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, Milano, 2019; G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, 2019, *op. cit.*

³⁰ L'espressione è di A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale*, 2019, *op. cit.*

³¹ G. AMARELLI, [Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso](#), in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2017.

³² Criticano l'opportunità dell'intervento di riforma *de quo* G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*; G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, 2019, *op. cit.*

concentrerà in questa sede su ciò che attiene alla responsabilità del promittente dei voti (sia esso partecipe o concorrente esterno in associazione mafiosa) e sui problemi di raccordo tra l'art. 416 *bis* e l'art. 416 *ter*, come riformulato. Occorre, a tal fine, analizzare compiutamente il bene giuridico tutelato dalla norma, i soggetti attivi e i profili sanzionatori.

2.1. Il bene giuridico tutelato.

L'individuazione del bene giuridico tutelato dal reato di scambio elettorale politico mafioso è un'operazione esegetica necessaria per segnare i confini tra il delitto *de quo* e quello di associazione di tipo mafioso.

Nella vigenza della formulazione originaria dell'art. 416 *ter* c.p., gli interpreti divergevano su quale fosse l'oggettività giuridica del reato³³. La tesi più risalente la individuava nell'ordine pubblico inteso in senso materiale (sicurezza e incolumità pubblica delle persone); altri autori invece facevano riferimento al buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, all'eguaglianza nell'accesso alle cariche elettive di cui all'art. 51 Cost.³⁴, al principio di legalità democratica e rappresentativa delle istituzioni politiche, alla libertà morale, politica ed elettorale dei consociati³⁵. Queste ultime interpretazioni avevano l'indubbio merito di valorizzare la specificità della *figura criminis* in questione, superando il mero dato sistematico della collocazione topografica del reato di voto di scambio fra i delitti contro l'ordine pubblico del Titolo V del Libro II della parte speciale del codice.

Le modifiche apportate con la riforma del 2014, prime fra tutte l'anticipazione della tutela al momento dello scambio di promesse fra politico e mafioso e l'estensione dei soggetti attivi del reato, hanno inciso anche sulla portata offensiva del reato. Sicché, i beni di rilevanza costituzionale per la cui tutela è legittimo ricorrere all'incriminazione del mero patto elettorale politico mafioso non si limitano più al solo ordine pubblico. Nella nuova formulazione, il voto di scambio è, dunque, un reato plurioffensivo, che tutela vari interessi, oltre all'ordine pubblico (il quale rimane, secondo l'insegnamento della giurisprudenza costante e della dottrina più autorevole³⁶, il bene tutelato in via

³³ Per approfondimento si rinvia a G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*, cap. III, parr. 3-10

³⁴ G. FORTI, *Art. 416-ter c.p.*, in A. Crespi-F. Stella-G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Cedam, 2008, p. 1107

³⁵ Secondo A. BARAZZETTA, *Sub art. 416-ter*, 2015, *op. cit.* e N. MADIA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, in *Diritto on line*, 2012 il bene giuridico tutelato dovrebbe individuarsi nel principio di libertà democratica e rappresentativa delle istituzioni politiche; altri, fra cui A. CAVALIERE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, 2006 *op. cit.* ritengono sia la libertà morale delle persone dalle intimidazioni mafiose; Sulla nozione di "ordine pubblico" si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, Vol. I., Bologna, 2012

³⁶ Così, *ex multis*, E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso*, 2006, *op. cit.*; E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, 2013, *op. cit.*; C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, 2013, *op. cit.*

immediata). Oggetto di tutela indiretta e strumentale³⁷ sono il principio democratico³⁸, il metodo democratico di partecipazione alla politica nazionale e la libertà di mandato³⁹.

Nulla muta a seguito della riforma intervenuta nel 2019, dal momento le già illustrate modifiche della fattispecie non hanno riguardato in alcun modo la fisionomia dell'oggetto giuridico del reato. Tanto è vero che anche in sede di discussione parlamentare si è ribadito che l'incriminazione del voto di scambio mira a proteggere "l'ordine pubblico, messo in pericolo dal connubio tra mafia e politica, enunciata a livello costituzionale anche degli articoli 48 e 51 della Costituzione, secondo i quali il voto deve essere libero e l'accesso alle cariche elettive deve avvenire in condizioni di effettiva uguaglianza e di correttezza delle consultazioni elettorali"⁴⁰ e il "corretto funzionamento della consultazione elettorale nonché corretto e libero confronto fra i candidati"⁴¹.

2.2. I soggetti attivi.

In continuità con il precedente intervento del 2014, il legislatore del 2019 amplia ulteriormente il novero dei soggetti attivi.

Oltre al politico candidato alle elezioni e all'esponente – in senso lato – dell'associazione mafiosa, si prevede espressamente la responsabilità dei loro intermediari. In più, si specifica che il procacciatore dei voti può essere sia un appartenente alle associazioni di cui all'art. 416 *bis*, sia un soggetto che, pur non appartenendo alla consorte, si impegna a procurare il consenso elettorale mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416 *bis*. Sicché, in definitiva, i soggetti attivi del reato possono essere: il candidato, un intermediario del candidato, l'esponente (partecipe o concorrente esterno) dell'associazione mafiosa, un intermediario dell'associazione ovvero un soggetto che agisca *uti singulus* ma impegnandosi a utilizzare il metodo mafioso.

³⁷ Sull'individuazione dell'interesse protetto in via principale dall'art. 416 *ter* c.p. nell'ordine pubblico (e non nell'interesse elettorale tutelato solo indirettamente e strumentalmente al primo) si rinvia a E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*, che cita: Cass., sez. V, 16 marzo 2000, Frasca, in *Foro it.* 2001, II,80, con nota di P. MOROSINI, *Riflessi penali e processuali del patto di scambio politico-mafioso*; Cass., Sez. I, 25 marzo 2003, Cassata nonché Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2004, P.M. in proc. Falco, in *Cass. pen.* 2005, 1905, con nota di I. FONZO – F. PULEIO, *Lo scambio elettorale politico-mafioso: un delitto fantasma?*

³⁸ Come sostenuto da G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*, un patto che abbia ad oggetto una deviazione del procedimento elettorale dal suo ordinario corso legale attenta alle fondamenta democratiche della Repubblica, dal momento che esso "non solo rappresenta uno strumento capace di falsare l'intera consultazione elettorale [...], ma anche il mezzo in grado, in un secondo momento, di condizionare l'attività del politico eventualmente eletto".

³⁹ L. PRINCIPATO, [Il divieto di mandato imperativo da prerogativa regia a garanzia della sovranità assembleare](#), in [rivistaaic.it](#), e G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*

⁴⁰ In questi termini il senatore Grasso durante la seduta del Senato del 23 ottobre 2018.

⁴¹ Così si è espresso il senatore Vitali durante la seduta del Senato del 23 ottobre 2018.

Sull'utilità di tale specificazione, i primi commentatori si sono divisi fra chi l'ha considerata del tutto pleonastica⁴² e chi, invece, ne ha evidenziato l'opportunità⁴³.

Il riferimento agli intermediari dal lato mafioso è considerato sostanzialmente superfluo da chi ritiene che la responsabilità penale del procacciatore poteva già essere dedotta dalla natura comune del reato di scambio elettorale politico mafioso o, in alternativa, perché allo stesso risultato poteva giungersi per il tramite dell'art. 110 c.p.⁴⁴. Infatti, da un lato, il termine "chiunque" consentiva di affermare che anche gli intermediari potessero essere soggetti attivi del reato, non essendo prevista dalla norma alcuna qualifica o particolare relazione con altre persone. Dall'altro lato, si poteva giungere al medesimo risultato – *id est* incriminare l'intermediario – mediante l'art. 110 c.p.

Al contrario, volendo ipotizzare un'utilità nella modifica del 2019, la nuova formulazione potrebbe consentire di allargare l'ambito applicativo del reato a quei soggetti che operano in contesti – ad esempio nel Nord Italia – in cui la criminalità organizzata opera con modalità meno apertamente intimidatorie, storicamente non ricondotte al metodo mafioso "classico"⁴⁵. E ancora, una parte della dottrina ha affermato⁴⁶ che l'esplicito riferimento alla contrattazione anche indiretta potrebbe consentire di estendere la qualifica di soggetto attivo "anche i committenti dello scambio rimasti come tali estranei alla conclusione dell'accordo, senza l'interposizione della disposizione sul concorso di persone nel reato", oltre che al soggetto che, pur non avendo mai fatto parte di un sodalizio mafioso, assicura al politico il procacciamento di voti con modalità mafiose⁴⁷.

⁴² G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, op. cit.

⁴³ A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale*, 2019, op. cit., "Un punto di forza della novella è dato dall'aver affiancato all'originario *procurement* dei voti con il metodo mafioso («mediante le modalità di cui al terzo comma»), anche l'ipotesi in cui la promessa sia solo proveniente da «parte di soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'articolo 416-bis». La scelta è strategica e punta a evitare che la punizione della condotta di scambio evapori in presenza delle cosiddette mafie silenziose dell'articolo 416-bis per le quali il ricorso al metodo dell'intimidazione e dell'assoggettamento si rende meno evidente e meno sistematico".

⁴⁴ G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, op. cit. sostiene che "l'idea di avvicinare il "chiunque" con cui si designavano entrambi i protagonisti del patto nella vecchia formulazione con la più dettagliata locuzione chiunque "direttamente o a mezzo di intermediari" risulta del tutto superflua, limitandosi ad esplicitare un profilo già pacifico sotto la vigenza dell'altro testo legislativo e non producendo quel dichiarato effetto espansivo dell'area di operatività della fattispecie sbandierato dal legislatore. L'ampiezza della pregressa formula descrittiva del soggetto attivo già consentiva di considerare configurato il delitto in questione nel caso di stipula del patto elettorale politico-mafioso tramite un intermediario, sia come autore *ex se* del delitto, sia, ancor più facilmente, quale concorrente eventuale ai sensi dell'art. 110 c.p., tanto nelle vesti di ausiliatore unilaterale della condotta sia del promittente che del promissario, quanto in quelle di agevolatore bilaterale". Contra G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, op. cit.

⁴⁵ A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale*, 2019, op. cit.

⁴⁶ Così G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, op. cit.

⁴⁷ Come auspicato da E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, 2013, op. cit.; C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, 2013, op. cit.

Al netto della valutazione sull'opportunità della precisazione circa gli intermediari, il dato certo è l'ambiguità del riferimento all'appartenenza del soggetto alle associazioni di cui all'art. 416 *bis*.

È ragionevole immaginare che con tale espressione non si sia voluta esprimere la necessità di un previo accertamento giudiziale dell'effettiva appartenenza del promittente ad un'associazione mafiosa o persino una condanna definitiva⁴⁸, ma che ci si possa piuttosto "accontentare della più generica nozione di appartenenza elaborata in materia di misure di prevenzione"⁴⁹. La questione avrebbe invero meritato una più accurata riflessione da parte del legislatore, se non altro in sede di discussione parlamentare⁵⁰.

2.3. La cornice edittale.

Come anticipato, uno degli aspetti della riforma che desta maggiori perplessità – soprattutto con riferimento al c.d. lato mafioso – riguarda l'incremento sanzionatorio.

A partire dal 2014, in un crescendo che non risulta coerente con l'immutata portata offensiva della condotta, né con le rimanenti norme incriminatrici in materia di criminalità organizzata, la cornice edittale è stata aumentata in modo significativo. In soli cinque anni il minimo della pena è passato da quattro a sei anni di reclusione e, infine, a dieci anni; mentre il massimo, che nel 2014 era pari a dieci anni di reclusione, è stato innalzato prima a dodici e poi a quindici anni.

La modifica è doppiamente censurabile: per l'inasprimento della risposta sanzionatoria rispetto a un fatto di identica offensività e per la riesumazione dell'antica equiparazione *quoad poenam* fra l'art. 416 *ter* e l'art. 416 *bis* c.p.⁵¹

⁴⁸ Evidenziano il rischio G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.* e A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale*, 2019, *op. cit.*; *Contra* V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*, i quali sostengono che l'appartenenza all'associazione mafiosa debba essere accertata con sentenza definitiva passata in giudicato poiché solo quest'ultima può esser acquisita ai fini della prova del fatto in essa accertato stante la previsione dell'art. 238 *bis* c.p.p.

⁴⁹ G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.* e V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*; *Contra* G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.* sostiene che tale formulazione soppesa il dibattito sulla necessità di uno specifico accordo sulle modalità di procacciamento dei voti qualora il promittente appartenga all'associazione mafiosa: "nella disposizione del 2019, la rilevanza penale della promessa di procurare voti non dipende necessariamente dal metodo di reclutamento dei suffragi, quando l'impegno è assunto da un membro del sodalizio criminale. [...] L'appartenenza all'associazione mafiosa è oggi talmente preponderante da assorbire il metodo di accaparramento delle preferenze elettorali, che si prospetta di contro necessario quando il latore della promessa risulti estraneo alla compagine sociale".

⁵⁰ Come evidenziato da V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*, in sede di lavori preparatori era stato proposto un emendamento – poi non approvato – con cui si mirava a imporre la prova della condanna definitiva (emendamento n.1.102 sen. Buccarella e intervento dei deputati Bordo e Siracusano)

⁵¹ Come illustrato nel par. 1.1, l'originaria formulazione prevedeva un rinvio alla pena prevista dall'art. 416 *bis*, poi superato nel 2014 con la previsione di una cornice edittale autonoma.

La sanzione comminata non pare proporzionata alla gravità del fatto incriminato, soprattutto se si considera che la sua portata offensiva non è mutata dal 2014 al 2019. Le modifiche apportate dall'ultima riforma al delitto di voto di scambio non rendono infatti il reato più grave rispetto a quello concepito nel 2014. Come si è detto, la condotta incriminata è la medesima: lo scambio voti – favori fra politico e mafioso o loro intermediari, così come non è variato il bene giuridico tutelato. Non si comprende, perciò, quale sia la ragione che ha spinto il legislatore a punire una fattispecie la cui gravità non è aumentata in modo più severo rispetto al passato. Ciò potrebbe fondare una censura di costituzionalità della norma, risultando essa contraria agli artt. 3 e 27 Cost. sulla base di un giudizio diadico di proporzionalità c.d. interna fra la gravità del fatto e la severità della connessa sanzione.

Ma ancor più discutibile è la scelta di prevedere un trattamento sanzionatorio omogeneo per fatti – il voto di scambio e l'associazione mafiosa – del tutto eterogenei fra loro⁵². L'equiparazione sanzionatoria ha infatti come diretta conseguenza quella di conferire il medesimo disvalore penale a condotte notevolmente diverse: quella di partecipazione all'associazione (in cui oggetto dell'incriminazione è l'aver fatto parte del sodalizio mafioso, apportando all'attività criminale un contributo significativo) e quello dello scambio elettorale (che può risolversi nel mero scambio voti-favori senza che venga conferito al sodalizio criminale alcun sostegno), di nuovo in aperto contrasto con i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost.

Di fronte a una simile previsione, delle due l'una: o la norma *de qua* contrasta (anche sotto questo profilo) con le richiamate disposizioni della Carta fondamentale, oppure il legislatore del 2019 ha escluso che le condotte di cui agli artt. 416 *bis* e 416 *ter* siano eterogenee⁵³.

Quest'ultima opzione, come si vedrà, comporta notevoli problemi di coordinamento fra le due norme, rischiando di determinare conseguenze punitive incompatibili con la finalità rieducativa della pena.

2.4. L'aggravante dell'elezione.

Con la riforma del 2019, infine, è stato inserito nel testo dell'art. 416 *ter* c.p. un ulteriore elemento potenzialmente foriero di indeterminatezza: l'aggravante dell'elezione.

Il terzo comma dell'art. 416 *ter* prevede infatti un aumento fisso della metà della pena-base, se "colui che ha accettato la promessa di voti, a seguito dell'accordo di cui al

⁵² La mancanza di proporzione fra offesa e sanzione è stata prontamente rilevata da tutti i primi commentatori della riforma. G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*; A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale*, 2019, *op. cit.*; P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*; G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*

⁵³ V. MUSACCHIO, A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.* affermano che "ad avviso del legislatore, il collegamento fra mafia e politica è tale da richiedere la medesima pena sia per chi fa parte di un'associazione mafiosa, sia per chi ne chiede i voti".

primo comma, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale”, sicché l’incremento punitivo è collegato al mero verificarsi dell’elezione.

Nulla si specifica sulla necessità di un collegamento causale fra l’accordo stipulato in ordine al procacciamento dei voti e l’elezione: non è imposta alcuna verifica dell’esistenza di un nesso fra l’attività di procacciamento e la vittoria elettorale. Ne segue che, in aperto contrasto con il canone giuspenalistico di determinatezza, si lega un aumento fisso della metà della pena ad un dato che – anche volendo – non è empiricamente dimostrabile⁵⁴. Considerato che il voto è segreto, ai sensi dell’art. 48 Cost., non è invero possibile accertare che i consensi grazie ai quali il politico è stato eletto coincidano con quelli espressi dai soggetti interessati dall’attività di procacciamento mafiosa⁵⁵.

Per giunta, al verificarsi di quest’indeterminato evento consegue l’applicazione di una pena che va da un minimo di quindici anni a un massimo di ventidue anni e sei mesi. Se eletto, il politico che ha promesso favori all’associazione mafiosa in cambio di voti potrebbe vedersi applicata una pena di quattro anni più alta rispetto al massimo edittale previsto dall’art. 416 *bis* c.p. È evidente che una simile previsione sia del tutto sproporzionata rispetto alla gravità del fatto – soprattutto considerando il reato di associazione mafiosa come *tertium comparationis* – e rischi di vanificare, perciò, la finalità rieducativa della pena.

3. L’associazione di tipo mafioso e il “fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali”.

Nell’ambito di un’indagine sulla possibile responsabilità penale per i fatti di voto di scambio, risulta non meno cruciale analizzare le clausole normative contenute nell’art. 416 *bis* c.p.

Come noto, la norma incrimina i partecipi delle associazioni che – ricorrendo al c.d. metodo mafioso – realizzano i fatti tipizzati dal terzo comma e acquisiscono per tale via un ampio potere di controllo sulla società, sul territorio e sulle istituzioni pubbliche.

Si tratta di un reato di danno⁵⁶, la cui portata offensiva è individuabile nella lesione all’ordine pubblico, inteso in senso materiale⁵⁷, ossia il buon andamento della

⁵⁴ Il deficit di determinatezza in questione non è nuovo in materia di criminalità organizzata. Dottrina e giurisprudenza lo rilevano da tempo con riferimento alla c.d. “aggravante del metodo mafioso”, cfr. Cass. Pen., 29 novembre 2017 (dep. 12 marzo 2018) n. 10976; Cass. Pen., 21 aprile 2017, n. 19245; Cass. Pen., 21 luglio 2017, n. 36115 e rispetto allo stesso reato di associazione di tipo mafioso. Sul punto, *ex multis*, I. MERENDA – C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in, E. Mezzetti e L. Luparia Donati (diretto da), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020

⁵⁵ G. AMARELLI, *L’ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*; A. CISTERNA, *Modifica all’art. 416 ter del codice penale*, 2019, *op. cit.*; P. INSOLERA, *Art. 416 ter c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*

⁵⁶ Per un’illustrazione completa del dibattito sulla natura del reato, cfr. I. MERENDA – C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, in, E. Mezzetti e L. Luparia Donati (diretto da), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020.

⁵⁷ Per un’illustrazione approfondita del dibattito in tema di bene giuridico tutelato dall’art. 416 *bis* c.p. si

vita sociale, nei diversi ambiti in cui essa si esplica. Uno di questi è senza dubbio il regolare svolgimento dell'attività politica in senso lato, il cui turbamento venne reso per la prima volta oggetto di una specifica sanzione nel 1992. Infatti, come anticipato, in quell'anno il legislatore (con l'art. 11 *bis* d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356) ha inserito fra le finalità tipiche dell'associazione mafiosa anche quella di "impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali"⁵⁸.

L'ambito applicativo di quest'ultima disposizione è senza dubbio parzialmente coincidente con quello dell'art. 416 *ter*, ossia l'altra fattispecie che incrimina l'influenza mafiosa nelle consultazioni elettorali.

I primi reali problemi di raccordo fra l'art. 416 *bis*, terzo comma, e l'art. 416 *ter* c.p. non emersero tuttavia nel 1992, ma solo nel 2014.

In quell'anno venne innanzitutto introdotta, al secondo comma dell'art. 416 *ter*, l'espressa punibilità del promittente dei voti (ossia l'esponente mafioso). Dunque, se nella formulazione originaria il legislatore aveva sottratto il promittente dall'ambito applicativo dell'art. 416 *ter* sanzionandolo esclusivamente ai sensi dell'art. 416 *bis*, terzo comma, c.p., nel 2014 anche il mafioso impegnato nell'accordo venne inserito nel novero dei soggetti attivi del reato di cui all'art. 416 *ter* (senza che si modificasse in alcun modo il testo dell'art. 416 *bis*, terzo comma, c.p.), aprendo così alla possibilità che il mafioso fosse punito sia per il voto di scambio, sia per la partecipazione all'associazione.

La difficoltà nella definizione dei rapporti fra le due norme aumentò, inoltre, a causa dalla ridefinizione della condotta tipica del delitto di voto di scambio. Nella

vedano, *ex multis* I. MERENDA – C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis tra teoria e diritto vivente*, 2020, *op. cit.*; M. RONCO, *L'art. 416-bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, 2013, *op. cit.* e G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.*

⁵⁸ Le condotte di interferenza mafiosa nelle consultazioni elettorali erano sanzionate dall'ordinamento già prima del 1992, in particolare dagli artt. l'art. 96 (corruzione elettorale) e 97 (coercizione elettorale) del d.P.R. n. 361/1957. Quest'ultima norma si riferisce alle elezioni politiche per la Camera dei deputati ed è applicabile ex art. 2 l. 27.2.1958, n. 64, anche alle elezioni per il Senato. Inoltre, secondo i primi commentatori la riforma mostrava un ulteriore profilo di inutilità pratica, poiché, già prima del 1992, l'art. 416 *bis* c.p. sanzionava le attività dei membri dell'associazione volte a trarre un "ingiusto profitto o vantaggio". Fra queste attività, si affermava, era già ricompreso il voto di scambio, dal momento che i membri dell'associazione, in cambio del procacciamento dei voti, ottenevano denaro, ossia un "ingiusto profitto". (In questo senso cfr. Cass. Pen., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 21356 secondo cui "l'ipotesi prevista dall'art. 416 *ter*, terzo comma, c.p. che punisce la condotta posta in essere al fine di impedire o di ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare a sé o altri in occasione di consultazioni elettorali, aggiunta dall'art. 11 *bis* d.l. 8 giugno 1992, n.306 conv. con mod. dalla l. 7 agosto 1992 n. 356, non rappresenta una fattispecie criminosa nuova [...]. Già prima che l'art. 416 *bis*, terzo comma, c.p. venisse modificato, il condizionamento del voto poteva entrare nel delitto di associazione di tipo mafioso quale strumento per ottenere dal futuro amministratore appalti, vantaggi ingiusti, ovvero la gestione o il controllo di attività economiche"). Una parte della dottrina cercò invece di dare una diversa interpretazione dell'intervento riformatore: così G. INSOLERA – T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2018, nonché R. FEBBRAI, *Patto elettorale fra associazione mafiosa: quale rilevanza prima del d.l. 306 del 1992*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 1227 ss. Il quale afferma che a questa novella vada attribuito il solo intento esemplificativo-chiarificatore, quale segnale per richiamare l'attenzione degli organi inquirenti a eliminare ogni dubbio interpretativo circa la diretta riconducibilità della finalità elettorale nel programma associativo mafioso.

versione del 1992 gli ambiti oggettivi delle norme in questione erano divergenti: nell'art. 416 *ter* si faceva riferimento alla sola erogazione di denaro in cambio di voti, mentre nel terzo comma dell'art. 416 *bis* si parlava ben più genericamente di "procurare voti". A ventidue anni di distanza, invece, il comportamento sanzionato venne esteso anche alla "promessa di erogazione" di denaro o "di altra utilità", determinando una parziale sovrapposizione con la fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p. Con l'estensione della condotta tipica dell'art. 416 *ter* attuata nel 2014 anche agli accordi aventi ad oggetto utilità diverse dal denaro, venne meno l'argomento secondo cui l'art. 416 *ter* sarebbe stato destinato a punire il solo scambio voti-denaro (e i relativi protagonisti), mentre l'art. 416 *bis* c.p. avrebbe punito tutti gli accordi aventi ad oggetto vantaggi diversi dal denaro.

La l. 21 maggio 2019, n. 43 ha, infine, ulteriormente modificato i termini del rapporto fra art. 416 *bis* e 416 *ter*, riproponendo l'originaria equiparazione *quoad poenam* dei due reati. Tale modifica ha fatto venire meno la possibilità di affermare pacificamente l'esistenza di un rapporto di sussidiarietà o di consunzione fra i due reati, desumibile dalla diversa offensività dei delitti in questione (e quindi la possibilità di affermare che il disvalore di una delle condotte fosse assorbito nell'altra).

4. Rapporti fra art. 416 *bis* e 416 *ter*: la punibilità del politico e la punibilità del mafioso.

Analizzato il sistema sanzionatorio dei rapporti fra mafia e politica, è opportuno soffermarsi sui rapporti fra art. 416 *ter* – come riformulato nel 2014 e nel 2019 – e art. 416 *bis* c.p.

All'esito di tali riforme, infatti, emergono numerose coincidenze fra le due previsioni in esame, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, al punto da ritenere verosimile ipotizzare che a un medesimo soggetto possa essere contestato sia il reato di scambio elettorale, sia il reato di associazione mafiosa, tanto si tratti del promittente dei voti, quanto che si tratti del politico candidato (o un suo intermediario)⁵⁹.

4.1. La responsabilità del politico candidato e del politico eletto.

La problematica di definire a che titolo possa essere rimproverato penalmente il politico che "compra" voti o mercifica la propria futura attività politica in cambio di consensi elettorali è stato ampiamente indagato dalla dottrina già a seguito della riforma del 2014⁶⁰. La questione assume ancor più rilevanza e va affrontata in termini

⁵⁹ Corre l'obbligo di premettere che, nell'ambito dell'analisi che seguirà, verrà tenuto in disparte il dibattito in merito alla configurabilità del cd. concorso esterno in associazione mafiosa. Per una ricostruzione del contrasto interpretativo, si rinvia *ex multis* a A. CENTONZE, [Il concorso eventuale nei reati associativi tra vecchi dubbi e nuove conferme giurisprudenziali](#), in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2016.

⁶⁰ E. SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici*, 2013, *op. cit.* parla di "difficoltà pratica di isolarne l'ambito

parzialmente differenti all'indomani della riforma del 2019, che – come detto – fra le altre modifiche ha determinato un significativo aumento della cornice edittale, equiparandola a quella prevista per l'associazione di tipo mafioso.

I termini del problema sono i seguenti: quale reato contestare al candidato che promette (o corrisponde) denaro, altra utilità o garantisce la propria disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa? Può essere chiamato a rispondere sia per il concorso esterno in associazione mafiosa (sussistendone i presupposti), sia per lo scambio elettorale? In altre parole, con riferimento alla responsabilità del politico candidato, qualora il fatto storico sia riconducibile al tipo legale di entrambe le norme, fra gli artt. 416 *bis* e 416 *ter* sussiste un concorso di reati o un concorso apparente di norme?⁶¹

Nella vigenza della formulazione del 2014 molti elementi deponevano a favore del concorso apparente di norme.

In primo luogo, l'offesa al bene giuridico – parametro fondamentale per la verifica della sussistenza del concorso apparente – nelle due norme è concepita in un crescendo di gravità: meno grave l'offesa del voto di scambio e più grave quella del concorso esterno in associazione mafiosa⁶². D'altra parte in questo senso depone il fatto che, con riferimento al voto di scambio, il politico è sanzionato per il solo fatto di aver promesso favori o denaro; mentre lo stesso politico può essere ritenuto responsabile di concorso 'esterno' in associazione mafiosa solo qualora sia dimostrato – in base ad un giudizio *ex post* – che abbia fornito un contributo concreto, specifico, consapevole e volontario avente un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del

applicativo [della norma in esame] rispetto alle altre fattispecie destinate a convergere nella variegata casistica della contiguità politico-mafiosa"; C. VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale*, 2013, *op. cit.*, sottolinea l'inevitabilità della convergenza delle "strade del concorso esterno" con quelle del reato previsto dall'art. 416 *ter* c.p. e parla di "qualificazioni penali ballerine con slittamenti ripetuti fra una fattispecie e l'altra", per la casistica specifica si rinvia alla trattazione citata.

⁶¹ Approfondiscono il tema G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, 2014, *op. cit.*; E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*; G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso*, 2014, *op. cit.*; C.F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, pt. V, 121 ss.; P. INSOLERA, *Art. 416 *ter* c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.*; G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, 2003, *op. cit.*

⁶² Il reato di cui all'art 416 *bis* integra infatti un reato di evento a forma libera (dove l'evento è il rafforzamento o il mantenimento in vita dell'associazione); mentre il delitto di cui all'art. 416 *ter* un reato di mera condotta a forma vincolata.

rafforzamento delle capacità operative dell'associazione⁶³. Sicché le due norme si porrebbero in rapporto di progressione criminosa⁶⁴.

In secondo luogo, e in modo ben più decisivo, a favore del concorso apparente di norme deponiva il diverso *quantum* sanzionatorio previsto dalle fattispecie incriminatrici. Nel 2014, infatti, la pena prevista dall'art. 416 *ter* era minore – sia nel minimo che nel massimo – rispetto a quella prevista per il reato di cui agli artt. 110, 416 *bis*.

Di qui, la tesi dominante in dottrina e giurisprudenza⁶⁵ secondo cui fra le due norme sarebbe stato configurabile sia un rapporto di specialità – per l'esistenza dell'elemento specializzante consistente nell'elemento del contributo dato all'associazione –, sia un rapporto di sussidiarietà – per la diversa entità della sanzione comminata – tale da far propendere per il concorso apparente di norme⁶⁶ da risolversi nel senso della prevalenza dell'art. 416 *bis* c.p.⁶⁷

⁶³ Secondo l'insegnamento della sentenza Mannino, Cass. Pen., SU, 12 luglio 2005, n. 33748. Prima della sentenza Mannino e nella vigenza della prima formulazione dell'art. 416 *ter*: M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*, sostenendo che se l'accordo politico mafioso non avesse efficacia causale “non potrebbe operare il combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis*. In assenza di una norma *ad hoc*, tale condotta non causalmente orientata al rafforzamento dell'associazione mafiosa, quindi, non potrebbe essere punita”; C.F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, pt. V, 121 ss, più prudentemente, affermava che “anche la semplice promessa conseguente all'accordo stipulato potrebbe produrre l'effetto di contribuire alla vita od al consolidamento dell'associazione criminale: tutto dipenderà dalla qualità della promessa, dall'affidabilità e dalla caratura del politico promittente, dal contesto in cui i fatti si verificano, dalla situazione in cui versa l'associazione mafiosa” (aggiungeva – n.b. con riferimento al testo originario – che “è certamente molto difficile, stante le grandi disponibilità di denaro di cui godono normalmente le cosche a cagione dei loro molteplici traffici illeciti, che il denaro da loro versato dai politici quale contropartita dell'appoggio elettorale possieda una qualsiasi valenza sul terreno del mantenimento o del rafforzamento dell'associazione criminosa”); G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso*, 1996, *op. cit.* precisava che “se fosse possibile ravvisare gli estremi del concorso nella semplice stipula di un accordo elettorale, non si spiegherebbe perché il legislatore del 1992 abbia avvertito la necessità di introdurre, proprio per sanzionare lo scambio elettorale politico-mafioso, una nuova fattispecie incriminatrice *ad hoc*”

⁶⁴ E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*; P. INSOLERA, *Art. 416 *ter* c.p. scambio elettorale politico mafioso*, 2019, *op. cit.* sostiene “l'art. 416 *ter* c.p. si pone in rapporto di sussidiarietà implicita rispetto al concorso esterno, rappresentando una forma d'aggressione allo stesso interesse, derivante dalla collusione politico-mafiosa, connotata da più tenue disvalore. Se il concorso esterno, infatti, integra un reato di evento che si risolve in un apprezzabile apporto eziologico al rafforzamento o alla conservazione della compagine criminosa, il voto di scambio politico-mafioso, all'opposto, è un reato di mera condotta, tale da perfezionarsi al momento della conclusione del negozio illecito. Le due ipotesi delittuose costituiscono dunque manifestazione di una *progressione offensiva* nei confronti del medesimo bene giuridico”.

⁶⁵ E. Cottu, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*; N. MADIA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, in *Diritto on line*, 2012.

⁶⁶ G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, secondo cui “un caso-limite in cui si potrebbe ravvisare concorso di reati sarebbe quello in cui il politico prima stipuli un patto elettorale e poi definisca, successivamente, altre intese con gli esponenti della medesima consorteria”.

⁶⁷ Diversamente, una parte autorevole ma minoritaria della dottrina negava la sussistenza di un rapporto di specialità e sussidiarietà fra le due fattispecie (e, dunque, il concorso apparente), affermando che ritenere assorbito il disvalore del secondo comma dell'art. 416 *ter* c.p. in quello del terzo comma dell'art. 416 *bis* avrebbe significato postulare la tacita abrogazione del reato di voto di scambio proprio all'indomani della riformulazione in senso estensivo della norma. Si riteneva, infatti, che proprio la previsione di un'autonoma

Con la legge 21 maggio 2019, n. 43, il secondo argomento illustrato – in tema di trattamento sanzionatorio – viene meno. Infatti, come anticipato, la cornice edittale degli artt. (110,) 416 *bis* e 416 *ter*, torna a coincidere. Per le condotte di scambio elettorale politico mafioso si commina la stessa pena prevista per il concorso esterno in associazione mafiosa⁶⁸.

Questa scelta legislativa, indipendentemente dalla sua opportunità politico-criminale⁶⁹, ha una diretta conseguenza sull'individuazione del reato contestabile al politico che scambi voti per favori (in senso lato), consolidando o mantenendo così in vita il clan.

Sembra esclusa la possibilità di risolvere il conflitto fra norme in termini di sussidiarietà, il “sicuro criterio cui ricorrere per la individuazione della norma prevalente”⁷⁰. Tale criterio presuppone infatti un rapporto di rango fra norme astrattamente applicabili, rapporto a propria volta desumibile dalla diversa gravità delle sanzioni comminate e dal grado di offesa al (medesimo) bene giuridico tutelato. Ebbene, sulla base di questi criteri non è possibile affermare quale delle due fattispecie incriminatrici prevalga perché, di fatto, il rafforzamento (o il mantenimento in vita) del clan realizzato dal candidato non è punito più severamente rispetto al mero patto elettorale.

Al contrario, la chiave risolutiva del conflitto apparente di norme che si profila nel caso in esame sta nell'apporto dato alla consorzeria: l'effettivo rafforzamento causale accertato con giudizio controfattuale *ex post* è l'elemento che, *solo con riferimento alla responsabilità del candidato*, distingue e qualifica come “più grave” – *rectius* “speciale” – la fattispecie di cui agli artt. 110, 416 *bis* rispetto a quella di cui all'art. 416 *ter*.

Queste conclusioni valgono anche nel caso in cui oggetto dello scambio sia la “disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa”. Una simile forma di sostegno, seppur indefinita nel tempo e nel modo, non è riconducibile alla nozione di “contributo causale al rafforzamento o al mantenimento in vita del

norma incriminatrice indichi la volontà dell'ordinamento di inasprire la risposta punitiva nei confronti degli affiliati ai clan che stringono rapporti con il mondo politico e la soluzione coerente con tale intento sarebbe quella di ritenere sussistenti entrambi i reati in concorso fra loro, laddove ricorrano i presupposti. G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, 2014, *op. cit.*; G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso*, 2014, *op. cit.*

⁶⁸ D'altronde, come già sottolineato, la diversa graduazione di pena era un forte elemento a sostegno della diversa offensività dei reati. Si veda, fra tutti, E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*: “un ulteriore, decisivo elemento nel senso dell'ammissibilità di un concorso apparente tra i due reati proviene da una delle maggiori innovazioni della novella, ossia la loro ormai netta differenziazione sul piano del trattamento sanzionatorio. Invero, la inferiorità della comminatoria edittale dell'art. 416-ter, sia nel minimo che nel massimo, rispetto a quella della fattispecie associativa non lascia più alcun dubbio sul rispettivo giudizio di disvalore giuridico espresso dal nostro ordinamento”.

⁶⁹ G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale*, 2019, *op. cit.* rileva come “il recente *revirement* del legislatore con riguardo al regime sanzionatorio dello scambio elettorale, oggi determinato per rinvio all'art. 416 *bis* c.p. non trova una ragionevole spiegazione nella diversa articolazione della fattispecie; nessuno dei nuovi elementi che concorrono alla descrizione del reato risulta tributario di un disvalore equiparabile a quello della partecipazione all'associazione di tipo mafioso”. Nello stesso senso G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*

⁷⁰ E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*

sodalizio mafioso” il cui accertamento *ex post* è presupposto indispensabile per un rimprovero *ex artt.* 110, 416 *bis* c.p.⁷¹

Ricostruito in questi termini il rapporto fra le norme, il voto di scambio si porrebbe come un mero antecedente non punibile rispetto al reato di concorso esterno in associazione mafiosa e dunque il candidato che prende parte all’accordo e che in questo modo rafforza causalmente la cosca verrebbe punito quale concorrente esterno nell’associazione ai sensi degli artt. 110, 416 *bis* c.p.

Diversa è, invece, l’ipotesi del politico che sia eletto nelle competizioni oggetto di mercimonio e che, con la propria “controprestazione”, abbia rafforzato – nei termini già descritti – l’associazione mafiosa. In disparte i problemi di proporzionalità e determinatezza, l’aggravante prevista dal terzo comma dell’art. 416 *ter* influisce, infatti, anche sui rapporti fra le due fattispecie analizzate.

Si è detto sin qui che, per quanto riguarda la contiguità fra politica e mafia, le fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa e voto di scambio sono sostanzialmente coincidenti, se non per l’apporto causale fornito dal concorrente esterno-politico tramite lo scambio voti-favori.

Si considerino ora le fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa e di voto di scambio aggravato dall’elezione. Le due ipotesi hanno un “nucleo comune” – il voto di scambio – e un elemento che, reciprocamente, le distingue l’una dall’altra: il rafforzamento, da un lato e l’elezione, dall’altro. In altri termini, il concorso esterno è “speciale” rispetto al voto di scambio perché il vantaggio attribuito tramite l’accordo elettorale fornisce un contributo significativo all’associazione; mentre il voto di scambio aggravato è “speciale” rispetto al concorso esterno perché l’influenza sulle consultazioni elettorali determina l’effettiva elezione del candidato. Entrambi questi elementi (il rafforzamento e l’elezione) aggravano il reato, il primo perché rende il reato maggiormente lesivo del bene giuridico tutelato, il secondo perché comporta un significativo aumento della sanzione (che, a ben vedere, determina anzi un aumento del livello di offensività rispetto al delitto di cui agli artt. 110, 416 *bis* c.p.).

Posto, dunque, che fra le due fattispecie vi è un rapporto di specialità bilaterale reciproca, a rigore, in un’ipotesi simile si dovrebbe quindi escludere il concorso apparente di norme e affermare la sussistenza di un concorso di reati. Il politico eletto verrebbe quindi sanzionato sia per il concorso esterno in associazione mafiosa sia per il voto di scambio aggravato, con conseguenze sanzionatorie in aperto contrasto coi principi di proporzionalità (l’aumento di pena per l’elezione è pari alla metà della pena base), *ne bis in idem* sostanziale e offensività. Dunque, anche sotto questo profilo, la previsione dell’aggravante dell’elezione si dimostra del tutto irragionevole.

⁷¹ Cfr. Cass. Pen., SU, 12 luglio 2005, n. 33748 affermano che per la possibile rilevanza penale a titolo di concorso esterno di un patto elettorale politico-mafioso “non basta certamente la mera ‘disponibilità’ o ‘vicinanza’, né appare sufficiente che gli impegni presi dal politico a favore dell’associazione mafiosa, per l’affidabilità e la caratura dei protagonisti dell’accordo, per i connotati strutturali del sodalizio criminoso, per il contesto storico di riferimento e per la specificità dei contenuti del patto, abbiano il carattere della serietà e della concretezza”.

4.2. La responsabilità del mafioso che promette i voti.

Nell'ambito della presente disamina, è parimenti opportuno soffermarsi su un aspetto a cui, in dottrina e in sede di discussione parlamentare, non è stato dedicato lo stesso approfondimento riservato ai profili concernenti il lato "politico" dello scambio elettorale: ossia l'indagine sulla responsabilità di chi, rappresentante in senso lato dell'organizzazione criminale, promette voti in cambio di favori. Si tratta di capire (nell'alternativa fra concorso apparente di norme e concorso di reati) di quale reato – o di quali reati – possa essere chiamato a rispondere il promittente che, tramite l'accordo, abbia contribuito al rafforzamento all'associazione, nei termini indicati dalla giurisprudenza sul concorso esterno.

A questo proposito occorre tenere a mente, anzitutto, che il voto di scambio nasce come reato di natura plurisoggettiva impropria, in cui il "versante mafioso" non era originariamente assoggettato a pena. La formulazione del 1992 implicava una precisa scelta politico-criminale nel senso di escludere il concorso di reati fra 416 *bis* e 416 *ter*, entrambi riformulati nei termini più sopra illustrati⁷². Infatti, con lo stesso intervento riformatore era stato inserito fra le finalità tipiche dell'associazione anche quella di "impedire o ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare a sé o altri voti in occasione di consultazioni elettorali". Dunque, l'esercizio di un'influenza illecita da parte del clan sul libero svolgimento delle consultazioni elettorali era sì incriminato, ma solo dall'art. 416 *bis*. All'epoca (come ora), peraltro, i due contraenti erano soggetti al medesimo trattamento sanzionatorio. Era, dunque, garantito l'equilibrio punitivo fra stipulanti dell'accordo illecito.

Per converso, nel 2014 il novero dei soggetti attivi punibili è stato esteso fino a prevedere l'incriminazione anche del promittente dei voti. L'introduzione del secondo comma dell'art. 416 *ter* c.p., in totale discontinuità con la scelta di politica criminale assunta dal legislatore del 1992, ha comportato per l'esponente mafioso una duplicazione della sanzione penale⁷³.

⁷² Come nota M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 1999, *op. cit.*, nel vigore della formulazione originaria, "se l'azione descritta dall'art. 416 *ter* sia tenuta da chi abbia già assunto un ruolo all'interno dell'organizzazione di cui all'art. 416 *bis* si configurerebbe direttamente il reato di partecipazione ad associazione mafiosa".

⁷³ G. FIANDACA, *Scambio elettorale politico-mafioso*, 2015, *op. cit.* precisa che "Per aggirare una simile obiezione, nell'ambito dei primi commenti dottrinali della riforma si è sostenuto che il predetto nuovo 2° comma, indicando con un genericissimo «chi» il soggetto che promette i voti al candidato alle elezioni, non farebbe necessariamente riferimento ad un associato di mafia: piuttosto, eleverebbe «chiunque ad interlocutore della 'parte politica': dunque, sia soggetti estranei alla consorteria mafiosa, sia membri di essa che agiscano *uti singuli*, sia ancora intermediari portatori della volontà della cosca di impegnarsi in un'azione di sponsorizzazione elettorale". Tale scelta – che, secondo alcuni, trova una spiegazione nella necessità di equilibrare la risposta punitiva nei confronti di entrambi i contraenti del un reato-contratto in esame – è stata ampiamente criticata. G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, 2017, *op. cit.* propone una soluzione alternativa, che perviene comunque al risultato di escludere il concorso di reati, ossia quella di ipotizzare che, con la riforma del 2014, il legislatore intendesse "individuare per una peculiare classe di contiguità mafiosa, quella politico-elettorale, una disciplina speciale non derogabile, tale che gli accordi collusivi

Nel previgente assetto normativo, le soluzioni ipotizzate per risolvere il problema dell'alternativa concorso apparente di norme e concorso di reati erano varie. Da un lato, chi attribuiva alla novella del secondo comma una limitata portata innovativa, sostenendo non si trattasse di una vera e propria norma incriminatrice e che la condotta di chi procura i voti dovesse essere comunque ricondotta all'art. 416 *bis* c.p. Dall'altro lato chi, invece, affermava la necessità che il mafioso latore dei voti rispondesse di entrambi i reati, coerentemente con l'intento del legislatore del 2014 di aumentare le sanzioni per il fenomeno della contiguità politico-mafiosa⁷⁴. Prevalsa, tuttavia, la tesi del concorso apparente di norme, basato sul rapporto di sussidiarietà, facilmente desumibile dalla diversa cornice edittale prevista per le due fattispecie. Sicché si affermava che, qualora l'esponente (*lato sensu*) del clan si fosse accordato con il candidato per garantirgli un certo numero di voti in cambio di denaro o altra utilità e così facendo avesse procurato un contributo significativo alla vita dell'associazione, si sarebbe potuto risolvere il conflitto apparente in favore dell'applicazione esclusiva del più grave reato di associazione mafiosa *ex art. 416 bis* c.p.

Come per la responsabilità del politico, anche in questo caso il quadro muta dopo che la riforma del 2019 ha nuovamente equiparato le pene previste da art. 416 *bis* e art. 416 *ter* c.p. senza intervenire sul secondo comma dell'art. 416 *ter* c.p.

Con l'ultima novella si è creata una fattispecie "ibrida", che riprende l'equiparazione sanzionatoria del 1992 e mantiene la punibilità del promittente dei voti del 2014⁷⁵. Dunque, per stabilire quale sia il trattamento sanzionatorio riservato al contraente mafioso, la cui condotta integri sia i presupposti dello scambio elettorale politico mafioso sia i presupposti del concorso esterno o della partecipazione in associazione mafiosa, l'unica strada praticabile consiste nell'avanzare nuove e ulteriori soluzioni interpretative⁷⁶.

4.2.1. Il concorso apparente di norme.

Si potrebbe ipotizzare che il caso dell'esponente mafioso che, stipulando l'accordo voti contro favori, determini anche un rafforzamento o consolidamento del

politico-mafiosi dovrebbero essere considerati penalmente rilevanti unicamente ai sensi dell'art. 416 *ter* c.p., senza tener conto dei loro esiti rispetto alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione". Si badi, tuttavia, che – a dispetto delle petizioni di principio – non vi era perfetto equilibrio nella sanzione dei due soggetti attivi perchè l'art. 416 *ter* nella formulazione del 2014 prevedeva una pena diversa e minore rispetto a quella comminata per il reato di associazione mafiosa (da quattro a dieci anni di reclusione).

⁷⁵ Non si rinviene nei lavori parlamentari una trattazione specifica sulle motivazioni a supporto della scelta di mantenere invariato il regime di responsabilità del promittente (secondo comma), nonostante l'equiparazione sanzionatoria.

⁷⁶ Si tratta dello specifico problema della responsabilità dell'esponente mafioso in senso lato che, stipulando il patto elettorale politico mafioso, abbia prodotto l'effetto di consolidamento o rafforzamento del clan.

sodalizio criminoso dia vita a un conflitto apparente di norme⁷⁷ da risolvere nel senso dell'applicazione degli artt. 110, 416 *bis* c.p. in luogo dell'art. 416 *ter* c.p.

Una parte della dottrina ha sostenuto che tale conflitto apparente potesse in effetti risolversi sulla base del criterio di sussidiarietà, affermando che il disvalore della stipula del patto elettorale sarebbe – tuttora – totalmente assorbito da quello del concorso esterno in associazione mafiosa. Si è sostenuto, in particolare, che lo scambio elettorale sia in rapporto di sussidiarietà implicita rispetto al concorso esterno, poiché rappresenta una forma di aggressione allo stesso interesse, derivante dalla collusione politico-mafiosa, connotata da un più tenue disvalore⁷⁸.

È evidente come siffatta argomentazione, per quanto motivata dalla necessità di razionalizzare la disciplina, venga privata di fondamento dalla riforma del 2019. Nell'intento di attribuire una sanzione più severa al voto di scambio, il legislatore ha innalzato la cornice edittale dell'art. 416 *ter*, equiparandola a quella del reato di cui all'art. 416 *bis* (anche nella forma del concorso esterno)⁷⁹. Così facendo si è – più o meno consapevolmente⁸⁰ – equiparata anche la gravità dei reati in questione, tanto che pare oggi ben più arduo parlare di rapporto di “progressione criminosa” fra i due delitti. Gli artt. 416 *bis* e 416 *ter* colpiscono entrambi l'intervento mafioso nell'ambito delle consultazioni elettorali, che il medesimo bene giuridico – l'ordine pubblico – e per le quali è prevista la medesima pena. Se, quindi, nel vigore della precedente formulazione, la dottrina aveva evidenziato come la differenziazione sul piano sanzionatorio fra le due norme fosse (plausibile) indice del diverso disvalore delle condotte incriminate⁸¹; oggi, *a contrario*, si può dedurre che proprio l'abbandono dell'equiparazione sia indice del fatto che l'ordinamento disapprova lo scambio elettorale politico mafioso nella stessa misura in cui disapprova l'attività dell'associazione mafiosa volta a turbare il risultato elettorale.

A poco vale la considerazione, basata su un dato più emotivo che oggettivo, secondo cui il reato associativo sarebbe di per sé più grave dello scambio politico mafioso. Da un lato, infatti, non è difficile immaginare che il voto di scambio possa comportare un'offesa ben maggiore di quella arrecata dall'esistenza dell'associazione⁸².

⁷⁷ Cfr., *ex multis*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2019; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020.

⁷⁸ Come sottolinea G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*, “la precedente previsione di una cornice di pena autonoma e ridotta per il voto di scambio rispetto alla partecipazione associativa non era il frutto di una decisione di favore per i contigui alla mafia (sic!), ma la presa di coscienza che la stipula di un patto elettorale politico-mafioso presenti un disvalore sensibilmente diverso rispetto alla affiliazione operativa a un sodalizio mafioso”.

⁷⁹ G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*, definisce assurda e preoccupante la parificazione sanzionatoria fra situazioni fortemente eterogenee come quella della partecipazione associativa e del concorso esterno, da un lato, e del mero scambio elettorale dall'altro.

⁸⁰ Non emergono dai lavori parlamentari specifici ragionamenti sulle conseguenze che l'equiparazione *quoad poenam* avrebbe potuto comportare in tema di rapporti fra voto di scambio e associazione mafiosa

⁸¹ Così, fra gli altri, E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale*, 2015, *op. cit.*, nota 26.

⁸² Si pensi all'un accordo elettorale che abbia ad oggetto l'aggiudicazione di molteplici appalti milionari su tutto il territorio regionale o nazionale o ingenti finanziamenti e al diverso caso di una piccola associazione

Non si può affermare in assoluto che l'offesa all'ordine pubblico arrecata dall'esistenza di un'associazione mafiosa sia maggiore rispetto a quella determinata dallo scambio elettorale politico-mafioso. Senza considerare che, nell'ipotesi aggravata, il voto di scambio può comportare una sanzione assai più elevata rispetto a quella prevista per il concorso esterno.

D'altro canto, in presenza di un identico quadro punitivo, non sembra nemmeno consentito dedurre la sussidiarietà dall'elemento oggettivo del reato, nella specie dalla circostanza che uno sia un reato di evento e l'altro un reato di mera condotta, dovendosi dare assoluta prevalenza – nell'ambito della sussidiarietà – al rapporto di rango. E tale rapporto di rango è desumibile dalla previsione di una sanzione più grave nella norma principale⁸³.

Ciò non bastasse, bisogna tenere conto dell'interpretazione più rigorosa, avallata peraltro dalle Sezioni Unite⁸⁴, secondo cui il solo criterio utilizzabile per individuare e risolvere il concorso apparente di norme è quello di specialità, essendo l'unico dotato di fondamento legislativo (art. 15 c.p.).

Si deve quindi valutare la sussistenza di un rapporto di specialità fra le disposizioni in esame. Dal confronto astratto tra la fattispecie di cui all'art. 416 *ter* e quella di cui agli artt. 110, 416 *bis* c.p. emerge, tuttavia, un rapporto di specialità reciproca, non utile a stabilire quale sia la norma concretamente applicabile. Come si è detto, il concorso esterno, secondo le più recenti ricostruzioni, è un reato a di evento a forma libera in cui la tipicità della condotta è determinata dalla sua capacità di contribuire eziologicamente, in base a un giudizio controfattuale *ex post*, al rafforzamento o alla sopravvivenza del clan; mentre il voto di scambio è un reato di mera condotta a forma vincolata, in cui si punisce uno scambio elettorale realizzato secondo modalità tipiche. Se da un lato, la fattispecie di cui agli artt. 110, 416 *bis* ha un elemento specializzante rispetto a quella di cui all'art. 416 *ter*, ossia il rafforzamento o il consolidamento, dall'altro lato anche l'art. 416 *ter* è da considerarsi speciale rispetto all'art. 416 *bis*, dal momento che non punisce qualsiasi contributo dato all'associazione, ma esclusivamente lo scambio politico-mafioso che avvenga secondo le modalità descritte dal primo comma.

Non potendosi individuare la norma speciale, non è possibile stabilire quale sia la norma incriminatrice concretamente applicabile al caso esaminato.

Né, per altra via, si può considerare il reato associativo un antecedente non punibile⁸⁵ rispetto al voto di scambio. Esclusa la sussistenza di un rapporto di

mafiosa che agisca su un territorio limitato e con "guadagni" non ingenti.

⁸³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, cap. XI, par. 4.

⁸⁴ *Ex multis*, Cass. Pen. SU, 28 aprile 2017, 20664; Cass. Pen. S.U., 20 dicembre 2005, n. 47164.

⁸⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, op. cit.*, definisce l'antecedente non punibile nei seguenti termini: "si tratta del caso in cui un reato meno grave che ha servito per commetterne uno più grave, è tacitamente presupposto dalla legge secondo *l'id quod plerumque accidit*". Alla condizione che si tratti di offesa ad uno stesso bene giuridico, apparente al medesimo soggetto, si sostiene che il reato antecedente minore resti assorbito dal maggiore e, perciò non è punibile separatamente.

sussidiarietà fra le norme, non è nemmeno possibile definire il reato di cui agli artt. 110, 416 *bis* come “fatto meno grave” servito per commettere il più grave.

4.2.2. Il concorso di reati.

Bisogna quindi ipotizzare che, nel caso descritto, ci si trovi di fronte a un concorso di reati.

Gli argomenti che militano a favore di questa soluzione sono vari.

Il primo argomento è di tipo logico-strutturale: si è escluso che fra le dette norme vi sia un rapporto di specialità unilaterale, inoltre l’equiparazione sanzionatoria ha conferito alle due fattispecie – da sempre considerate eterogenee – il medesimo disvalore penale, sicché non è consentito qualificare il rapporto fra artt. 110, 416 *bis* e 416 *ter* nemmeno in termini di sussidiarietà. Di fatto, quindi, il comportamento del promittente-contrante dell’accordo voti-favori rafforzativo della vita del clan, integra i diversi reati di concorso esterno (o partecipazione) in associazione mafiosa e scambio elettorale politico-mafioso.

Il secondo argomento si basa sulla *ratio* della riforma del 2019. Il legislatore è intervenuto su tutte le componenti del reato, estendendo il novero dei soggetti attivi (rispondono del reato anche gli intermediari), ampliando l’oggetto della prestazione (la messa a disposizione del politico per soddisfare le esigenze del clan”), incrementando la cornice edittale e prevedendo una circostanza aggravante speciale e a effetto speciale. Si tratta di modifiche tese a incrementare la risposta sanzionatoria nei confronti della contiguità politico-mafiosa, in generale. La *voluntas legis* è indubbiamente quella di punire sempre più severamente i rapporti fra mafia e politica. Sebbene tale scelta possa destare non poche perplessità sul piano della proporzionalità, dell’offensività e dello scopo rieducativo della pena, non vi è dubbio che l’immediata conseguenza di ciò sia quella di attribuire il medesimo disvalore alle fattispecie citate⁸⁶ ed aprire dunque la strada a un concorso di reati.

Infine, vi è un terzo argomento di tipo sistematico. Tutti i reati-scopo citati dal terzo comma dell’art. 416 *bis* c.p. commessi dall’associato o dal concorrente esterno sono puniti in concorso con il delitto-base di associazione di tipo mafioso. In assenza di una specifica o deroga, non vi è ragione per ritenere che il reato di voto di scambio si debba sottrarre a siffatto meccanismo.

Ne deriva che i suddetti reati potranno concorrere tra loro per la ragione per la quale ad assumere un ruolo *lato sensu* anticipato sarà la condotta associativa, e successivamente a questa, potrà presentarsi in ipotesi la stipulazione di uno specifico accordo con un singolo soggetto interessato a procurarsi i voti in cambio dei benefici a cui allude il primo comma dell’art. 416 *ter*.

⁸⁶ In questo senso G. AMARELLI, *L’ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, *op. cit.*

Per quanto gli argomenti sin qui citati abbiano certamente solidi fondamenti teorici⁸⁷, non si può non rilevare come, nella situazione descritta, un concorso fra il reato di concorso esterno in associazione mafiosa e il reato di scambio elettorale politico-mafioso comporterebbe una duplicazione punitiva difficilmente conciliabile con i principi generali del diritto penale.

Il rischio evidente è quello di dare vita a un *bis in idem*, dal momento che lo stesso fatto di accordo elettorale politico mafioso verrebbe punito una prima volta *ex art. 416 bis c.p.* e una seconda volta *ex art. 416 ter c.p.* Inoltre, una simile soluzione contrasterebbe in modo evidente con il principio di proporzionalità della pena rispetto all'offesa arrecata e comporterebbe, di conseguenza, l'applicazione di una sanzione incapace di assolvere alla finalità rieducativa, proprio perché percepita come irragionevolmente sproporzionata⁸⁸. Senza contare che la gravità delle conseguenze di una simile opzione interpretativa aumenta significativamente nel caso in cui il candidato venga eletto, visto l'aumento secco di metà della pena previsto del terzo comma dell'art. 416 *ter c.p.*

4.2.3. Il cumulo giuridico

Un significativo ridimensionamento delle irragionevoli conseguenze sopra illustrate deriverebbe dall'applicazione del cumulo giuridico delle pene.

Tradizionalmente, chi ha sostenuto che il rapporto fra 416 *bis* e 416 *ter* dovesse essere ricostruito in termini di concorso di reati, l'ha implicitamente qualificato in termini di concorso materiale, proponendo di considerare i due illeciti avvinti dal vincolo della continuazione *ex art. 81 cpv*⁸⁹.

La questione non appare particolarmente controversa, per evidenti questioni pratiche; ciononostante viene da chiedersi se la natura permanente del reato associativo non renda preferibile una ricostruzione dei rapporti fra i suddetti reati in termini di concorso formale.

La scelta per l'una o per l'altra opzione non determinerebbe significativi cambiamenti né dal punto di vista sostanziale, dal momento che in entrambi i casi si giungerebbe all'applicazione del cumulo giuridico – secondo le disposizioni del primo e del secondo comma dell'art. 81 c.p. –, né dal punto di vista processuale, poiché sia il concorso formale che il reato continuato sono ipotesi in cui opera la connessione c.d. monosoggettiva di cui all'art. 12 c.p.p. La reale differenza opererebbe, invece, sul piano probatorio perché – solo in caso di concorso materiale – si renderebbe necessario dimostrare l'esistenza di un medesimo disegno criminoso che ha animato l'autore nella

⁸⁷ Sostengono la possibile configurabilità concorso di reati G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, op. cit., 2017, 287 e G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso*, 2014, op. cit.

⁸⁸ G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale*, 2019, op. cit., esclude che una simile "opzione legislativa potrebbe superare il vaglio della Corte costituzionale, risultando in contrasto con i principi di cui agli artt. 3 e 27 comma 3 Cost, sia all'esito di un più moderno giudizio diadico di proporzionalità, [...] sia all'esito di un più tradizionale giudizio triadico".

⁸⁹ G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, op. cit., 2017, 287 e G. DE FRANCESCO, *Il delitto di scambio politico-mafioso*, 2014, op. cit.

commissione dei due reati. Il rigore di questa impostazione sarebbe comunque mitigato dalla lettura estensiva data dalla giurisprudenza alla nozione di “medesimo disegno criminoso”.

Ciò premesso, in entrambi i casi si giungerebbe ad applicare al promittente la pena prevista per la violazione più grave aumentata sino al triplo anziché la pena risultante dal cumulo materiale.

Anche in questo caso, il problema di stabilire quale sia la violazione più grave è solo teorico, dal momento che, persino adottando il criterio dell'accertamento in astratto⁹⁰, la cornice edittale dei due reati è identica. Altrettanto agevole è l'individuazione della violazione più grave se si adotta il criterio dell'accertamento in concreto (è lo stesso art. 187 disp. att. c.p.p. a stabilire che “si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave”), né nel caso in cui il candidato alle elezioni venga eletto⁹¹.

Anche questo “accorgimento” sul piano del trattamento sanzionatorio concretamente applicabile merita qualche ulteriore riflessione.

Il calcolo della pena secondo il criterio del cumulo giuridico lascia, evidentemente, ampio margine di discrezionalità nella decisione del *quantum* dell'aumento di pena da infliggere.

Solo l'aumento più contenuto possibile consentirebbe di conciliare il concorso di reati con i principi fondamentali sopra richiamati. Viceversa, ove si optasse per l'aumento del triplo (entro i limiti stabiliti dall'art. 81 c.p.), si riproporrebbero problemi di proporzionalità⁹², ragionevolezza e rieducazione. Sostanzialmente, la portata mitigatrice del cumulo giuridico verrebbe significativamente ridotta.

D'altra parte, è evidente che l'applicazione del cumulo giuridico consentirebbe di adeguare la risposta sanzionatoria alla gravità del caso concreto, permettendo di ridimensionare le conseguenze paradossali e irragionevoli che l'aver concepito queste due fattispecie in concorso reale fra loro comporta.

⁹⁰ Cass. Pen. SU, 28 febbraio 2013 (dep. 13 giugno 2013), n. 25939, già affermato da Cass. Pen., 2 dicembre 2002, n. 1318; Cass. Pen., 20 dicembre 2007, n. 47144; Cass. Pen., 15 giugno 2010, n. 24838. In dottrina: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, 2012, *op. cit.*

⁹¹ Tesi maggioritaria in dottrina: E.M. AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Padova, 1991; F. COPPI, *Reato continuato*, in *Dig. pen.*, XI, Torino, 1996; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, VI ed., Padova, 2009; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale*, 2020, *op. cit.*; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Milano, 2019; A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, VII ed., Torino, 2018. In giurisprudenza: Cass. Pen., 6 marzo 2012, n. 25120; Cass. Pen., 9 febbraio 2010, n. 12765; Cass. Pen., 24 marzo 2009, n. 19978.

⁹² I problemi di proporzionalità verrebbero solo limitati (e non risolti) dall'applicazione del cumulo giuridico.

5. Conclusioni.

Come si è visto, l'ultima riforma dello scambio elettorale politico-mafioso approvata con l. 43/2019 ha determinato un significativo inasprimento della sanzione prevista dall'art. 416 *ter* c.p.

Tale aumento, più che aver approntato un sistema maggiormente efficace per combattere l'intensificarsi dei rapporti fra mafia e politica, ha creato significativi problemi applicativi, fra cui quello di stabilire quale sia la sanzione concretamente applicabile al promittente-esponente mafioso che, tramite l'accordo, contribuisca al consolidamento o al rafforzamento della vita dell'associazione. La modifica legislativa ha destituito di fondamento l'orientamento storico in base al quale fra reato di associazione mafiosa e reato di voto di scambio vi sarebbe stato un rapporto di sussidiarietà o di progressione criminosa, vista la diversa offensività che caratterizzava i delitti in questione. Ciò ha comportato la necessità di abbandonare la – condivisibile – prospettiva del concorso apparente di norme in favore del concorso di reati, soluzione che determina conseguenze inaccettabili in termini di trattamento sanzionatorio concretamente applicabile.

A distanza di quasi un trentennio dalla prima formulazione dell'art. 416 *ter*, si attendeva un intervento legislativo che, da un lato, fornisse un efficace strumento di lotta al fenomeno della contiguità politico-mafiosa e, dall'altro, risolvesse definitivamente l'annoso problema dei rapporti fra art. 416 *bis* e 416 *ter*.

La previsione una clausola di sussidiarietà espressa formulata nei seguenti termini "al di fuori dei casi di cui all'art. 416 *bis*"⁹³ sarebbe stata certamente la soluzione preferibile. Per quanto sia del tutto inverosimile – ancorché auspicabile – immaginare un ulteriore intervento legislativo nel giro di meno di due anni dall'ultima delle tante riforme che hanno interessato la norma in esame, l'inserimento di siffatta clausola rimane l'opzione più soddisfacente perché del tutto chiarificatrice dei dubbi interpretativi illustrati.

In alternativa, dovendosi – *de iure condito* – escludere il concorso apparente di norme, per le ragioni in precedenza chiarite, è auspicabile che in sede di commisurazione della pena il giudice possa disporre dello strumento del cumulo giuridico, così da adeguare la sanzione all'effettiva gravità del comportamento posto in essere. Solo per questa via si può evitare che la condanna a titolo di scambio politico mafioso finisca per assolvere a una finalità prettamente general-preventiva, come tale incompatibile con il dettato costituzionale.

⁹³ Non sarebbe stato, invece, soddisfacente prevedere la seguente clausola "salvo che non costituisca più grave reato", poiché – in assenza di una rideterminazione della cornice edittale – si sarebbe riproposto il problema di stabilire se l'art. 416 *bis* sia effettivamente un reato più grave.