

QUESITI

TOMMASO GUERINI

Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo

La prima fase della XVIII Legislatura si è caratterizzata, per quanto interessa il diritto penale, per un vero e proprio diluvio di leggi di stampo populista, che hanno spaziato dalla riforma della difesa legittima, fino alla soppressione della prescrizione dopo la sentenza di primo grado (anche se di assoluzione). Vera e propria cartina di tornasole della visione politico criminale dell'esecutivo giallo-verde, che ha guidato il paese fino all'estate del 2019, è stata però la legge *Spazzacorrotti* (3/2019), con la quale si è compiuto il percorso di assimilazione tra la legislazione in materia di reati contro la Pubblica Amministrazione e la disciplina emergenziale antimafia. Queste leggi, tuttavia, non rappresentano una vera e propria innovazione, né una *rottura* rispetto alla disciplina previgente. Piuttosto, sono il frutto avvelenato delle convergenze parallele tra due opposte forme di populismo, che affettano questo paese almeno dagli anni '90 del Novecento. Ripercorrendone le tracce, lungo le due direttrici della legislazione antimafia e di quella in materia di contrasto ai fenomeni corruttivi, emerge come il modello della perenne emergenza sia ormai la principale fonte di ispirazione di un legislatore, che a dispetto del variare delle maggioranze parlamentari, mantiene una visione uniforme - e illiberale - del ruolo del penale nella democrazia italiana.

Anti-mafia and anti-corruption laws in the era of criminal fury

The first phase of the XVIII Legislature was characterized, as far as criminal law is concerned, by the high number of populist-inspired laws.

Among these, a major role was played by the l. 3/2019 (so-called "scrubbing", with which the long process of convergence between the system of repression of mafia crime and anti-corruption discipline has been accomplished.

These reforms do not represent a real innovation, nor a break with previous legislation; rather, they are the effect of parallel convergences between two different forms of populism, which affect this country at least since the 1990s.

SOMMARIO: 1. Il contesto: la contrattualizzazione della politica criminale tra spinte repressive e furore punitivo. 2. Le radici dell'albero avvelenato: la legislazione emergenziale degli anni '90. 3. La rieducazione impossibile nell'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario nel d.l. 152/1991. 4. La stabilizzazione dell'emergenza. Antimafia di ieri, antimafia di oggi. 5. *L'emergenza "parallela": corruzione e anticorruzione agli albori del nuovo millennio.* 6. #Corruzione. Regolare le percezioni, non i fenomeni: la legge *Spazzacorrotti*. 6.1. La corruzione ostativa tra vecchie e nuove questioni di costituzionalità. 7. È Stato la mafia? L'ennesima riscrittura del reato di scambio elettorale politico-mafioso. 8. Conclusioni: paternalismo empatico e legislatore irrazionale.

1. *Il contesto: la contrattualizzazione della politica criminale tra spinte repressive e furore punitivo.* Nel *Grande gioco* dell'attuazione del programma descritto nel *Contratto per il governo del cambiamento*, sul quale si è retto il primo esperimento di Esecutivo a maggioranza dichiaratamente *populista*¹

¹ Lo ha espressamente affermato il Presidente del Consiglio dei Ministri, Giuseppe Conte, nel suo discorso di insediamento, pronunciato il 5 giugno 2018 al Senato della Repubblica: "*Se "populismo" è l'attitudine della classe dirigente ad ascoltare i bisogni della gente - prendo spunto da riflessioni di Dostoevskij tratte dalle pagine di Puskin -, se "anti-sistema" significa mirare a introdurre un nuovo sistema,*

della storia della Repubblica, l'agenda politico-criminale ha giocato un ruolo strategico, rappresentando uno degli *asset* più redditizi² a disposizione di ciascuna delle due controparti.

Non stupiscono quindi né la rapidità, né l'enfasi che hanno caratterizzato dapprima l'approvazione della l. 3/2019, poi via via le diverse novelle con le quali l'esecutivo giallo-verde ha voluto rimarcare, su un piano *semantico*³, più ancora che sotto un profilo strettamente *lessicale*, il superamento di quel paradigma liberale e costituzionalmente orientato⁴, che vede nell'ordinamento penale la *Magna Charta* del reo⁵; un elemento *fondativo* del diritto penale moderno, più volte contravvenuto nel passato, ma mai così apertamente messo in discussione⁶.

Superata la fase di incertezza iniziale, la prima parte della XVIII Legislatura si è caratterizzata per una vera e propria *nomorrea* penale⁷, giustificata ricorrendo all'archetipo della *perenne emergenza*⁸.

Fino al momento in cui scriviamo, fatta salva la parentesi estiva della crisi di governo, l'attività legislativa in materia penale è stata incessante e tutte le

che rimuova vecchi privilegi e incrostazioni di potere, ebbene queste forze politiche meritano entrambe queste qualificazioni". Sulla natura *populista* delle forze politiche che sostengono il Governo Conte, si rimanda agli studi di TARCHI, *Italia populista. Dal qualunque a Beppe Grillo*, Bologna, 2018; PASSARELLI-TUORTO, *La Lega di Salvini. Estrema destra di governo*, Bologna, 2018.

² La declinazione in ambito penale dell'ideologia populista ha infatti il vantaggio di essere particolarmente redditizia sul piano politico, ma anche sotto il profilo economico. Le riforme in materia penale, infatti, pagano immediatamente sul piano del consenso, diluendo nel tempo i loro effetti negativi e, allo stesso tempo, sono realizzate a *saldo zero*, senza oneri aggiuntivi per le finanze pubbliche. Sul punto, si vedano le considerazioni di FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018, 15. Del resto, ormai "le questioni penali sono fiches: servono per puntare sui risultati attesi dai due partner di governo quando i consensi elettorali dovranno decidere sulla prevalenza dell'una o dell'altra forza politica". G. INSOLERA, *La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it.

³ v. ECO, *Trattato di semiotica generale*, Milano, 1975-2016, 118 ss.

⁴ Come è stato osservato, a partire dalla "etichetta gergale "spazzacorrotti" che accompagna il d.d.l. – il lessico utilizzato non è solo eccentrico, inappropriato, o grossier, ma è un lessico distorsivo, "cattivo", in senso etimologico (*captivus*): un lessico, cioè, prigioniero di finalità politiche, che veicola e rischia di legittimare un utilizzo del diritto penale improprio e pericoloso. Così MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1-2019, 557.

⁵ v. MANNA, *Razionalità ed irrazionalità nel sistema penale*, in questa *Rivista*, 3-2018; MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 1-2019, 87.

⁶ Si vedano sul punto le considerazioni di SGUBBI, *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 83.

⁷ Sono parole di FORTI, *L'eccesso di leggi penali nasce dall'eccesso di rancore*, in *La Lettura - Corriere della Sera*, 7 aprile 2019.

⁸ Per riprendere la celebre espressione di MOCCIA, *La perenne emergenza*, II ed., Napoli, 1997.

promesse - o, più correttamente, le *minacce*⁹ - contenute nel dodicesimo capitolo del *Contratto*, intitolato “Giustizia rapida ed efficiente”¹⁰ sono state oggetto di puntuale attuazione.

Prima di tutti sono venuti i *corrotti* - nozione da intendersi, *ça va sans dire*, in senso *ampio*¹¹, tanto da lambire argomenti che sfociano nella teologia¹² - la cui stessa esistenza è del tutto inaccettabile in una democrazia logorata, che spera di ritrovare nell'autodafé il proprio *ethos*¹³ - e che, pertanto, devono essere, per l'appunto, *spazzati via* senza alcuna esitazione, come si fa con quei rifiuti *tossici*, impossibili da riciclare¹⁴.

Poi - passando per la riscrittura della scriminante della difesa legittima¹⁵ - è stato ancora una volta il turno dei *conniventi*, oggetto della riforma del reato

⁹ Così DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰ In esso, oltre al riferimento alla ontologica legittimità della difesa domiciliare - realizzata con l. 36/2019 - è contenuto un paragrafo dal titolo “Certezza della pena”, ove si legge: “*Per garantire il principio della certezza della pena e essenziale riformare i provvedimenti emanati nel corso della legislatura precedente tesi unicamente a conseguire effetti dellattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della sicurezza della collettività. Per far sì che chi sbaglia torni a pagare è necessario riformare e riordinare il sistema venutosi a creare a seguito dei seguenti provvedimenti: l’abrogazione e la depenalizzazione di reati, trasformati in illeciti amministrativi e civili, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, l’estinzione del reato per condotte riparatorie anche in assenza del consenso della vittima, nonché i periodici ‘svuota carceri’.* Viene così delineato un programma di diritto penale *massimo*, “*con due antitetiche modalità di ambito operativo, che registrano ora il prevalere della penalità privata, ora, al contrario, la prorompente e smodata espansione della potestà punitiva pubblica*”. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa galloverde*, Roma, 2019, 91.

¹¹ Il progressivo allargamento del campo semantico del lemma *corruzione* al di fuori del significato strettamente tecnico-giuridico è da tempo oggetto di discussione, tanto che ad esso si riconosce ormai carattere *polisemico* e *polisemantico*. Lo osservano, da ultimi, CANTONE-CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018, 14.

¹² In un recente volume, l’Arcivescovo e teologo Vincenzo Paglia hanno osservato come “*già l’etimologia del termine, corruptum (cuore rotto, dissestato, depravato), suggerisce la radice avvelenata da cui questo male promana: l’amore per sé che porta anche alla distruzione dei legami sociali*”. CANTONE-PAGLIA, *La coscienza e la legge*, Bari-Roma, 2019, 53-54. Ci pare che questa visione, di chiara matrice religiosa, si sia ormai affermata anche nel dibattito politico-criminale, nel quale si ragiona sempre di più della corruzione sotto il profilo *etico* e non come sottosistema di fattispecie incriminatrici descritte dagli artt. 318 ss. del codice penale.

¹³ Devono qui essere riproposte le considerazioni di Massimo Donini, il quale ha avuto modo di osservare come nella fase di crisi che si è aperta a seguito della fine delle ideologie che si sono fronteggiate nel discorso pubblico per tutto lo scorso secolo, nella quale “*i nuovi movimenti sono o personificazioni di singoli leaders, o privi di retroterra culturale*”, “*l’unica etica pubblica rimasta è quella giuridica*”, i cui custodi sono le Procure della Repubblica. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, 33, 35 ss.

¹⁴ Prendiamo questa immagine in prestito da SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008, 204.

¹⁵ Sulla quale si rimanda allo scritto di GROSSO, *La difesa legittima dopo la l. 26 aprile 2019, n. 102*, in *Dir. pen. proc.*, 7-2019, 885 ss. Sulla funzione simbolica della novella, MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, in *questa rivista*, 2018, 3.

di *Scambio elettorale politico mafioso*.

Nel loro procedere congiuntamente, anticorruzione ed antimafia rappresentano ormai il confine più avanzato della legislazione populista e fanno da apripista a un ampio progetto di riscrittura dell'intero sistema punitivo, destinato a trovare compimento qualora venisse portata a termine dalla nuova maggioranza parlamentare l'annunciata riforma del Codice di procedura penale.

Tra le trame di questo disegno non è difficile intravedere una nuova declinazione del modello di diritto penale di *lotta*¹⁶ o del *nemico*¹⁷, più insidioso di quello a suo tempo teorizzato da Günther Jakobs¹⁸, nel quale *l'hostis* – in ossequio all'incertezza che caratterizza la *società liquida*¹⁹ – può di volta in volta vestire i panni del *corrotto*, del *ladro*, del *violatore di domicilio*, dello *stupratore*²⁰, e così via²¹, a seconda delle caratteristiche concrete delle vicende capaci

¹⁶ DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 55 ss.

¹⁷ Lo ha di recente osservato anche BARGI, *Le insidiose oscillazioni della recente legislazione populista tra tutela della "sicurezza" e garanzia dei diritti fondamentali*, in questa Rivista, 3-2019, 11

¹⁸ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in JAKOBS-CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003. Nella letteratura italiana: DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2003, 79 ss., 79 ss.; CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in GAMBERINI-ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 265 ss.; PAGLIARO, *«Diritto penale del nemico»: una costruzione illogica e pericolosa*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 435 ss.

¹⁹ Secondo la chiave di lettura del presente suggerita da BAUMAN, *Modernità Liquida*, Roma-Bari, 2002.

²⁰ Si veda la recente legge sul cd. *Codice Rosso* (l. n. 69/2019), che oltre a prevedere una "corsia preferenziale" per le indagini in materia di *stalking*, maltrattamenti in famiglia e violenza sessuale, ha ulteriormente incrementato le pene per i delitti di atti persecutori e violenza sessuale, nonché introdotto la fattispecie di Costrizione o induzione al matrimonio (Art. 558-bis c.p.), *Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso* (Art. 583-quinquies c.p.) e *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti* (Art. 612-ter c.p.). Quest'ultima fattispecie, volta ad incriminare il fenomeno del cd. *Revenge porn*, è stata oggetto di un vivace dibattito nel corso dei lavori parlamentari. Si veda sul punto CALETTI, *"Revenge porn". Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?*, in www.penalecontemporaneo.it.

²¹ Risolta l'emergenza *corruzione*, nel crepuscolo dell'esperienza giallo-verde l'ultima emergenza è stata quella della sicurezza delle coste rispetto ai fenomeni migratori. Il tema è stato affrontato alla fine dello scorso anno con un primo *Decreto sicurezza*, il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito nella l. 1° dicembre 2018, n. 132, composto da ben 73 articoli, la gran parte dei quali non attinenti al diritto penale in senso stretto, ma dedicati al tema della regolamentazione delle richieste di asilo politico e alla sicurezza urbana (per un commento a questo primo *Decreto sicurezza*, si rimanda per approfondimenti al volume di CURI (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. Con mod. in legge 1° dicembre 2018, n. 132*, nonché allo scritto di AIMI, *Il "decreto sicurezza 2018: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1-2019, 135 ss.). Ad esso ha fatto seguito un ulteriore provvedimento, rivolto principalmente a limitare le attività degli operatori delle Organizzazioni non Governative (ONG) impegnati in attività di soccorso in mare, ai quali è rivolto l'art. 1 del d.l. n.

di catalizzare l'attenzione mediatica e, di riflesso, di indirizzare la domanda di consenso verso chiunque sia disponibile a dispensare rapidamente soluzioni semplici per problemi complessi, in quanto tali, *percepiti*²² come efficaci. Non a caso, uno dei principali formanti delle riforme che stiamo esaminando è costituito dallo *storytelling*²³ che accompagna l'attività del legislatore, nel quale elementi ormai *classici* di *marketing* penale²⁴ si coniugano con una visione *vendicativa* del sistema dei delitti e delle pene, allo scopo di introdurre nel corpo sociale l'idea di una profonda cesura con un passato rispetto al qua-

53/2019, meglio noto come "decreto sicurezza-bis", che modifica l'art. 11 del T.U. immigrazione, disposizione quest'ultima recante misure sui controlli alle frontiere, introducendo il seguente nuovo comma 1-ter, così formulato: "Il Ministro dell'Interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri." v. sul punto: ZIRULIA, *Decreto Sicurezza-bis: novità e profili critici*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 giugno 2019, ove si osserva come il testo della norma riproduca in larga parte i contenuti delle direttive recentemente emanate dal Ministro dell'Interno nell'ambito della c.d. politica dei "porti chiusi" - già oggetto critiche da parte dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, che ne ha evidenziato l'incompatibilità con gli obblighi derivanti dalle Convenzioni UNCLOS, SOLAS e SAR sul diritto internazionale del mare, nonché con il principio del *non-refoulement*. Per un ulteriore approfondimento delle problematiche penalistiche legate alle vicende delle ONG, si veda lo scritto di VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in corso di pubblicazione in *Criminalia*, 2019 e già anticipato sul portale www.discrimen.it.

²² Nel discorso che stiamo svolgendo, il tema della percezione, sul quale avremo modo di soffermarci *infra*, § 8, riveste un ruolo centrale. Basti pensare che la stessa Relazione al DDL Bonafede, pone in premessa la considerazione per cui "il livello di corruzione percepito nel settore pubblico è molto alto e mantiene l'Italia in posizione lontana dai vertici della classifica europea" (Camera dei deputati n. 1189 - Disegno di legge 24 settembre 2018, Relazione 1 ss). Dunque, alla base delle scelte politico-criminali non vi sono dati certi, ma *percezioni* e *stati emotivi*. Così facendo, tuttavia, il legislatore sembra dimenticare - o di ignorare deliberatamente - come "la percezione non sempre e non necessariamente corrisponde alla realtà, soprattutto quando essa non deriva da una esperienza, ma da un giudizio largamente valutativo". PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in questa *Rivista*, 3-2018, 2.

²³ Rispetto al quale è centrale l'uso dei *social media* quali strumenti di una campagna elettorale perenne. Si veda sul punto lo studio di SUSTEIN, *#Republic. La democrazia all'epoca dei social media*, Bologna, 2017.

²⁴ Sul progressivo passaggio da una idea di politica-criminale intesa come contrasto alla criminalità mediante lo studio delle sue cause e la valutazione degli effetti della pena a una legislazione penale *à la carte*, attraverso la quale "il dominio del quotidiano insegue le emergenze" v. PAVARINI, *La metafora della guerra e la democrazia di sicurezza*, introduzione a ID. (a cura di), *Justice pénal à la carte - l'ultimo pacchetto sicurezza*, in [IUS17@Unibo.it-Casi e materiali di diritto penale](mailto:IUS17@Unibo.it), 2/2010.

le gli alfiери del *nuovo* si pongono in radicale contrasto.

Si tratta della trasposizione in ambito penale di uno degli effetti *perversi* della contemporaneità, caratterizzata dalla sensazione di vivere in un eterno presente; i *social network* e gli algoritmi che li governano²⁵ tendono a far sì che ogni giorno sia scollegato dai precedenti: nuovi *hashtag*, nuovi *post*, e così via fino all'alba di un nuovo giorno, quando al risveglio tutto ricomincia da capo, come in un eterno *Groundhog Day*.

Tuttavia, se si decide di squarciare il velo che molte delle sovrastrutture del presente tendono a stendere sulle dinamiche sociali più profonde, superando così la miopia che caratterizza la post-contemporaneità, ci si accorge di come le questioni che stiamo trattando abbiano un cuore antico.

L'attuale temperie culturale non presenta elementi rivoluzionari; piuttosto ci pone di fronte agli effetti ultimi - ed estremi - della proliferazione e della progressiva espansione di un modello *bellico* di governo della questione criminale già da tempo conosciuto e applicato nel settore della repressione della criminalità organizzata e in quello, ad esso attiguo, del contrasto al fenomeno del traffico di stupefacenti²⁶.

Un modello *illiberale* di governo del penale, fondato sulla sistematica introduzione di fattispecie incriminatrici a tassatività debole²⁷, alle quali si abbina un rigore sanzionatorio che presenta elementi *vendicativi*, più che *retribuzionistici*²⁸, la cui dilatazione ben al di fuori dei confini nei quali era stato isolato determina effetti sistematici ancora non del tutto esplorati.

Limitando la nostra analisi al convergere a unità della disciplina antimafia e di quella anticorruzione, osserviamo come l'avvicinamento di questi due paradigmi²⁹ concettualmente distinti sia iniziato da tempo, anche in ragione di forti spinte internazionali³⁰.

²⁵ Si veda da ultimo il saggio di DA EMPOLI, *Gli ingegneri del caos*, Venezia, 2019, 37 ss.

²⁶ Per una disamina del legame tra normativa antimafia e disciplina di contrasto al traffico di stupefacenti, sia consentito un rinvio a GUERINI, *Il reato di associazione di tipo mafioso nel sistema di contrasto al traffico di sostanze stupefacenti*, in *I reati in materia di stupefacenti*, a cura di G. Insolera-Spangher-Della Ragione, Milano, 2019, 539 ss. e, in particolare, 543.

²⁷ Parla di "tipi punitivi a basso coefficiente di tassatività e/o analogia implicita dunque dallo spettro applicativo amplissimo" MANES, *La corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1133.

²⁸ Nel corso di questa legislatura, esponenti del Governo hanno affermato che gli autori di reati particolarmente efferati devono "marciare in carcere", e si è discussa la possibilità di introdurre la cd. *castrazione chimica* per gli autori di taluni reati sessuali. v. ROSSI, *Castrazione chimica: il dibattito politico e la proposta di legge n. 272 del 2018*, in *Questione giustizia*, 9 maggio 2019.

²⁹ Parla di "processo osmotico" MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 5-2019, 247.

³⁰ Lo osserva di recente MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 1-2019, 158 ss.

Per cogliere la peculiarità della vicenda italiana occorre dunque riavvolgere il nastro della politica criminale degli ultimi tre decenni, riavviandolo dal punto dove tutto ebbe inizio.

2.- *Le radici dell'albero avvelenato: la legislazione emergenziale degli anni '90.* È opinione ormai diffusa che la genesi dei fenomeni dei quali stiamo discutendo debba essere fatta risalire agli anni '90 del secolo scorso, quando presero avvio, più o meno contestualmente, entrambe le direttrici politico-criminali delle quali oggi osserviamo la convergenza³¹.

In ambito politico-amministrativo, la stagione di *Mani pulite* ha dato avvio all'idealtipo della *democrazia giudiziaria*, chiamata - anche attraverso l'intervento *diretto* dei cittadini³² - alla palingenesi di un sistema che da allora si assume *irrimediabilmente corrotto*³³.

Contemporaneamente, l'acutizzarsi dello scontro tra Stato e Mafia ha dato origine a una nuova fase nella lunga storia della legislazione in materia di contrasto al fenomeno della criminalità organizzata in generale e a quella *mafiosa*³⁴ in particolare, che dal 1991 in avanti si è qualificata come *emergenziale e speciale*, e che, in quanto tale, ha rappresentato la matrice delle successive scelte politico-criminali.

Del resto, pur essendo il rapporto tra diritto penale e criminalità mafiosa antico quanto il fenomeno del quale si tratta³⁵, la legislazione in materia, a partire

³¹ Lo ha osservato di recente AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, intervento presentato al Convegno di Studi: "Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità", svoltosi presso la Certosa di Pontignano (SI), il 24 e 25 maggio 2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione nel numero XL della collana di studi "Pietro Rossi" nuova serie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena.

³² Come ha recentemente scritto Enrico Amati: "Tangentopoli rappresenta «un caso di eutanasia attiva della democrazia rappresentativa» ed è un capitolo importante del processo di progressiva crescita del populismo all'interno della politica italiana. Si è stimato che gli effetti dell'intervento della magistratura "spazzarono via" circa il 70% dei professionisti della politica dall'arena parlamentare. Tre quarti dei cittadini, secondo i sondaggi di quegli anni, speravano di farsi giustizia e di vendicarsi dei politici e della politica attraverso l'azione della magistratura. AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, cit.

³³ Si vedano, ad esempio, le - discutibili - tesi espone nel recente volume di SALES-MELORIO, *Storia dell'Italia corrotta*, Soveria Mannelli, 2019.

³⁴ Nella consapevolezza dell'incontrovertibile polisemia del lemma *mafia*, è opportuno chiarire come in questo scritto ci si riferisce al fenomeno mafioso in senso stretto, senza estendere le considerazioni che seguono al diverso - e più ampio - contesto della criminalità organizzata. v. per tutti, sul punto: G. INSOLERA-GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2019, *passim* e, in particolare, 24 ss.

³⁵ Nell'economia di questa trattazione, non è possibile affrontare analiticamente le tortuose vicende storiche del fenomeno mafioso, per una disamina del quale si rimanda agli scritti di: BENIGNO, *La mala setta. Alle origini di mafia e camorra (1859-1878)*, Torino, 2015; HOBBSAWM, *Primitive rebels. Studies in Archaic Forms of Social Movement in the 19th and 20th Centuries*, Manchester, 1959 (ed. it., *I ribel-*

dalla fase *negazionista* della versione originaria del Codice Rocco, che per il convergere di ragioni di ordine tecnico-giuridico³⁶ e politico-culturali³⁷, scelse di non occuparsi del fenomeno mafioso, passando per i primi conati degli anni '60³⁸ - quando *Cosa nostra* si era già evoluta da *mafia del latifondo* a *ma-*

li, Torino, 1966-2002); LUPO, *Storia della mafia*, III Ed., Roma, 2004; ROMANO, *Storia della mafia*, Milano, 1966.

³⁶ E, in particolare, dell'esistenza di una fattispecie associativa comune, astrattamente idonea a reprimere qualsiasi forma di criminalità *lato sensu* organizzata. Per una disamina della dimensione giuridico-penale del problema della criminalità organizzata e mafiosa, si rimanda a FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, *passim*; BASSIOUNI, *Criminalità organizzata e terrorismo: per una strategia di interventi efficaci*, in *Ind. pen.*, 1990, *passim*; PAVARINI, *Per aprire un dibattito su criminalità organizzata e legislazione della emergenza*, in «*Dei delitti e delle pene*», 1992, *passim*; ID., *Lo sguardo artificiale sul crimine organizzato*, in GIOSTRA-G. INSOLERA (a cura di), *Lotta al crimine organizzato - gli strumenti normativi*, Milano, 1995, *passim*; RINALDI, *Un dibattito sulla risposta istituzionale alla criminalità organizzata*, in «*Dei delitti e delle pene*», 1992, *passim*; CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. pen.*, III, 1992, *passim*; per gli ampi riferimenti bibliografici: RUGGIERO, *Crimine organizzato: una proposta di aggiornamento delle definizioni*, in «*Dei delitti e delle pene*», 1992, *passim*.

³⁷ Il fascismo, dopo avere delegato la repressione del fenomeno mafioso al Prefetto di Palermo Cesare Mori, dichiarò *sconfitta* la mafia. Pertanto, essendo stato estirpato il problema alla radice, non era necessario prevedere un *corpus* normativo ad esso dedicato. LUPO, *La mafia. Centosessant'anni di storia*, Roma, 2018, 126. Non si può peraltro non tenere conto di un filone per così dire *negazionista*, riconducibile al pensiero dell'etnologo palermitano Pitre, che riconduceva le forme di manifestazione del fenomeno mafioso ad un dato culturale tipico della popolazione siciliana, piuttosto che ad un comportamento criminoso vero e proprio (PITRE, *Usi e costumi, credenze e pregiudizi del popolo siciliano*, Vol. II, Palermo 1889-1993, 287 ss.). E questo, nonostante già negli anni immediatamente successivi all'Unità d'Italia, altri studiosi avessero condotto ricerche volte a dimostrare l'incidenza della criminalità organizzata nei territori che furono del Regno delle Due Sicilie (v. ad es. DUMAS, *La camorra*, Roma, 2012 (I ed., Napoli, 1863; MONNIER, *La camorra. Notizie storiche raccolte e documentate*, Napoli, 1965 (I ed., Firenze, 1862); MOSCA, *Che cosa è la mafia*, in *Giornale degli economisti*, luglio 1901, 236 ss.).

³⁸ Ci riferiamo alla L. 31 maggio 1975, n. 675, recante "*Disposizioni contro la mafia*", per una disamina della quale rimandiamo a CARUSO, *Struttura e portata applicativa dell'associazione di tipo mafioso*, in ROMANO (a cura di), *Le associazioni mafiose*, Torino, 2015, 44 ss. Pur essendo estremamente scarna, la disciplina del '65 ha l'indubbio merito di aver originato un intenso dibattito sull'esatta nozione di *associazione mafiosa*, dal quale avrebbe successivamente attinto il legislatore del 1982. La Legge del 1965, infatti, prevedeva alcune misure di prevenzione - e introduceva talune circostanze aggravanti - espressamente rivolte "*agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose*", senza però indicare quali fossero gli elementi caratteristici di queste forme associative. Nel silenzio del legislatore, si deve all'attività ermeneutica della Corte di Cassazione - ci riferiamo in particolare all'ordinanza n. 1709 del 12 novembre 1964, pronunciata dalla I Sezione penale (in *Giust. pen.*, 1976, III, cc. 151 ss.), ove per la prima volta la nozione di mafiosità venne collegata alla capacità di creare "*una situazione di assoggettamento e di omertà che renda impossibili o altamente difficili le normali forme di intervento punitivo dello Stato*" - l'individuazione di quegli elementi che rendono peculiare un sodalizio di stampo mafioso, differenziandolo dalla criminalità organizzata *comune*. La giurisprudenza degli anni '70, infatti, ebbe il merito di spostare il baricentro interpretativo dei delitti *di mafia* dai tradizionali capisaldi dei reati associativi comuni - presenza di una struttura organizzativa, la finalità di delinquere, l'esistenza programma criminoso, ecc. - all'analisi delle specifiche *modalità operative* che caratterizzano tali sodalizi.

fia urbana e si preparava a divenire *mafia dell'eroina*³⁹ - fino all'introduzione, nel 1982, della fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p., si è sempre caratterizzata per una lentissima evoluzione, che ha richiesto oltre mezzo secolo per arrivare ad una definizione normativa di *metodo mafioso*⁴⁰.

Sarebbe peraltro occorso un altro decennio - e l'acutizzarsi dello scontro tra Stato e mafia⁴¹ - affinché il legislatore decidesse di superare una visione *minimalista* della disciplina antimafia, limitata cioè al solo versante del diritto penale sostanziale e all'attiguo settore delle misure di prevenzione, estendendo la disciplina di contrasto - quindi derogatoria - all'ambito processuale e a quello penitenziario, incentivando la collaborazione mediante il ricorso a regimi carcerari di estrema durezza.

Per una disamina dell'apporto del formante giurisprudenziale alla definizione della morfologica del fenomeno mafioso in una prospettiva tecnico-giuridica, si veda la rassegna di BORRONI, *Tendenze evolutive della giurisprudenza in tema di mafia*, in *Giur. cost.*, 1990, 3367 ss.

³⁹ JAMESON, *Le organizzazioni mafiose*, in VIOLANTE (a cura di) *Storia d'Italia, Annali, XII, La criminalità*, Torino, 1997, 479.

⁴⁰ Per tutti: G. INSOLERA-GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., *passim* e, in particolare 12, 208.

⁴¹ Gli omicidi di mafia furono 226 nel 1988, 377 nel 1989, 577 nel 1990, 718 nel 1991. Il d.l. antiracket, richiesto da tempo, venne presentato il 31 dicembre 1991, dopo l'omicidio a Palermo dell'imprenditore Libero Grassi (29 agosto 1991). Le successive misure antimafia sono state introdotte con d.l. 8 giugno 1992, n. 306, quindici giorni dopo l'assassinio del giudice Giovanni Falcone (23 maggio 1992) e furono convertite in legge il 7 agosto 1992, diciannove giorni dopo l'assassinio del giudice Paolo Borsellino (19 luglio). Si tratta di leggi, più spesso di decreti legge, quasi sempre dettati dall'urgenza di rispondere alle azioni della mafia o a situazioni di prevaricazione e insicurezza socialmente avvertite (solo per citare i principali interventi: legge 19 marzo 1990, n. 55. *Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*, D.L. 15 gennaio 1991, n. 8. *Nuove misure in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia*, convertito nella legge 15 marzo 1991, n. 82; D.L. 3 maggio 1991, n. 143. *Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio*, convertito nella legge 5 luglio 1991, n. 197; D.L. 13 maggio 1991, n. 152. *Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento della attività amministrativa*, convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203; D.L. 31 maggio 1991, n. 164. *Misure urgenti per lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali e degli organi di altri enti locali, conseguente a fenomeni di infiltrazione e condizionamento di tipo mafioso*, convertito nella legge 22 luglio 1991, n. 221; D.L. 9 settembre 1991, n. 292. *Disposizioni in materia di custodia cautelare, di avocazione dei procedimenti penali per reati di criminalità organizzata e di trasferimento di ufficio di magistrati per la copertura di uffici giudiziari non richiesti*, convertito nella legge 8 novembre 1991, n. 354; D.L. 29 ottobre 1991, n. 354. *Disposizioni urgenti per il coordinamento delle attività informative ed investigative nella lotta alla criminalità organizzata*, convertito nella legge 30 dicembre 1991, n. 410; D.L. 20 novembre 1991, n. 367. *Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata*, convertito nella legge 10 gennaio 1992, n. 8; D.L. 31 dicembre 1991, n. 419. *Istituzione del fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive*, convertito nella legge 18 febbraio 1992, n. 172; D.L. 8 giugno 1992, n. 306. *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*, convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 356).

Attraverso questo sistema a *doppio binario*⁴² si produsse lo stravolgimento dei principi che avevano ispirato la riscrittura del Codice di procedura penale – che mal si prestava e tuttora mal si presta alla celebrazione di *maxiprocessi*⁴³ – e la mitigazione dei rigori delle norme sull’ordinamento penitenziario del 1975, solo pochi anni prima novellato dalla *Legge Gozzini* (l. 10 ottobre 1986, n. 663).

La legislazione degli anni ’90 rappresenta dunque il nucleo originale di quel paradigma emergenziale al quale sarebbe ricorso il legislatore anche negli anni successivi, nascondendo il sacrificio delle garanzie sostanziali e processuali dietro la proteiforme etichetta di *mafia*, prima, e di *criminalità organizzata*, poi.

3. *La rieducazione impossibile nell’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario nel d.l. 152/1991.* Nell’ambito della legislazione *emergenziale* del 1991, merita particolare attenzione, nella nostra prospettiva di indagine, l’introduzione nella legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario) dell’art. 4 *bis*, avvenuta con il D.L. 13 maggio 1991, n. 152. (*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento della attività amministrativa*), convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203.

L’introduzione nel *corpus* dell’ordinamento penitenziario, solo pochi anni prima profondamente ridisegnato dalla cd. *Legge Gozzini* (l. 663/1986), ispirata dall’idea della pena come trattamento per i detenuti, finalizzata al loro reinserimento nel corpo sociale⁴⁴, venne immediatamente percepito come la norma simbolo⁴⁵ di quella che venne definita una vera e propria *controriforma carceraria*⁴⁶.

Attraverso l’art. 4-*bis*, il legislatore del crepuscolo della *Prima Repubblica* intendeva differenziare il circuito trattamentale, inasprendolo nei confronti di quei soggetti che, in ragione della gravità dei delitti per i quali sono stati con-

⁴² V. BARGI (a cura di), *Il doppio binario nell’accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013

⁴³ DE FRANCESCO, *Societas sceleris, tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1992, 69 ss.

⁴⁴ GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, III, 132.

⁴⁵ L’origine emergenziale della norma filtra anche dalla disamina dai numerosi interventi che si sono succeduti immediatamente dopo la sua entrata in vigore, che si sono riflessi sia sulla parte dispositiva – novellata una prima volta con il d.l. 306/1992, poi nuovamente modificata in sede di conversione, con la l. 356/1992 – sia sulla rubrica, la cui originaria dizione “*Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*” è stata successivamente modificata nell’attuale “*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale per taluni delitti*”.

⁴⁶ MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Delitti e Pene*, 1991, 2, 143 ss.

dannati, sono ritenuti presuntivamente pericolosi e, in quanto tali esclusi dal godimento di quei benefici⁴⁷ che proprio la novella del 1986 aveva introdotto per favorire il processo di rieducazione del reo⁴⁸.

Si tratta dell'ennesimo sistema a doppio o, addirittura, a *triplo* binario, considerando le norme specificamente dettate con riferimento ai collaboratori di giustizia sottoposti a programma di protezione⁴⁹, che venne ulteriormente radicalizzata dagli interventi dell'anno successivo⁵⁰, che riformularono il primo comma della norma, aprendo la strada all'introduzione di fattispecie *ostative* alla concessione dei benefici difficilmente riconducibili al *genus* della criminalità organizzata⁵¹.

Sin dalla genesi, si manifestava quell'irresistibile *vis attractiva* dell'art. 4 *bis* rispetto a ipotesi criminose - e, dunque, a determinati tipi d'autore - eterogenee quanto all'ontologia, ma accomunate dalla loro capacità di suscitare allarme sociale⁵², che avrebbe trovato ulteriore dimostrazione anche nella disamina della successiva implementazione del portato della norma, che dal 2009 (d.l. 11/09, convertito con modificazioni in l. 38/09) comprende anche i cd. *Sex offenders* e dal 2012 (l. 172/2012) alcune fattispecie commesse a danno di minori⁵³.

In ossequio all'idea per cui la particolare gravità dei delitti commessi determina la diversità dei principi ai quali si collega il trattamento penitenziario⁵⁴, il legislatore ha dunque distinto tra diverse fasce di reati dalle quali ricavare la speciale pericolosità sociale degli autori, con relevantissime differenze sul piano probatorio⁵⁵.

Ratione materiae, ci concentreremo sui soli reati della cd. *prima fascia*, nella quale rientrano il delitto di associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis* c.p.), il delitto di associazione per delinquere finalizzata al traffico illegale di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 DPR 309/1990), i delitti commessi avvalen-

⁴⁷ Segnatamente: assegnazione al lavoro esterno, permessi premio e misure alternative alla detenzione.

⁴⁸ GUAZZALOCA-PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* diretta da BRICOLA-ZAGREBELSKY, Torino, 1995, 306.

⁴⁹ GUAZZALOCA, *Criterio del doppio binario, utilizzo della "premierità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria di emergenza*, in Giostra-G. Insolera (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata*, Milano, 1995, 141 ss.

⁵⁰ v. *Supra*, nota 45.

⁵¹ GUAZZALOCA-PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, cit., 310.

⁵² PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2015.

⁵³ DELLA CASA-GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario*, V ed., Padova, 2019, 49.

⁵⁴ IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 439-440.

⁵⁵ GUAZZALOCA-PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, cit., 309.

dosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare le associazioni mafiose e nella quale la legge *Spazzacorrotti* ha inserito delitti di cui gli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis*

Con riferimento a tali reati, per vincere la presunzione di pericolosità ostativa alla concessione dei benefici era richiesta una sorta di *probatio diabolica*, dovendo il detenuto dimostrare l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata⁵⁶.

Su questa scia si iscrive anche la disciplina - parzialmente modificativa - introdotta dal d.l. 306/1992, che ha introdotto l'elemento della collaborazione, destinato a ricoprire ancora oggi un peso fondamentale nell'economia della norma.

Per vincere la presunzione di pericolosità, i detenuti del primo periodo del primo comma - ossia i condannati per fatti di *criminalità organizzata* - dovevano offrire una *utile collaborazione*, mentre per i detenuti della seconda parte del primo comma era sufficiente una collaborazione anche irrilevante, ma tale da dimostrare l'insussistenza di collegamenti con le realtà criminali nelle quali il detenuto era stato precedentemente inserito⁵⁷.

Ne deriva un collegamento inscindibile con la disciplina dettata dall'art. 58 *ter*, ord. pen., ove si definisce compiutamente la figura dei *collaboratori con la giustizia*, nonché con l'art. 41 *bis*, ord. pen., con il quale si completa la definizione di quel "*doppio regime penitenziario*"⁵⁸, fondato sulla natura del reato commesso, sulla quale non ha in alcun modo inciso la conclusione della fase acuta dello scontro tra Stato e mafia.

Una disciplina chiaramente *emergenziale*, dunque, attraverso la quale il legislatore intendeva promuovere la scelta collaborativa, anche in una fase avanzata, quale è quella dell'esecuzione penale, essendo essa l'unico elemento in grado di esprimere con certezza il distacco del condannato dal contesto criminale organizzato nel quale era inserito, che rappresenta un requisito imprescindibile per la sua risocializzazione⁵⁹.

E questo anche a discapito del rispetto dei principi fondamentali che la Costituzione detta in materia di pena, tanto è vero che di recente la Corte Europea

⁵⁶ Si vedano, nella giurisprudenza dell'epoca, le sentenze Cass. 14 gennaio 1992, *Guerrisi*, in *Riv. pen.*, 1992, 1093; Cass. 22 novembre 1991, *Mallattore*, in *Giur. it.*, 1993, II, 312.

⁵⁷ DELLA CASA-GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 48.

⁵⁸ GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in ID., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 7.

⁵⁹ Si veda sul punto la Relazione ministeriale alla legge di conversione del d.l. 306/1992.

dei Diritti dell’Uomo⁶⁰, intervenendo sulla peculiare forma di pena perpetua dell’*ergastolo ostativo*⁶¹, ha stabilito come tale pena – che, giova ricordarlo, assume il carattere della pena *effettivamente perenne* proprio in ragione del combinato disposto degli artt. 4 *bis* e 58 *ter* ord. pen. – viola il principio di umanità della pena, sancito dall’art. 3 C.E.D.U.

Tralasciando queste ultime osservazioni, che esulano dall’oggetto del nostro ragionamento, ci pare però che debba essere ribadito come il ruolo cardine che assume la dissociazione finisce però per segnare in maniera chiara i confini di applicabilità della norma, che dovrebbe – al più – operare esclusivamente nei contesti di criminalità organizzata, i soli rispetto ai quali è ragionevole richiedere una collaborazione che interviene *dopo* la condanna⁶².

Ciononostante, l’art. 4 *bis* continua ad arricchirsi, dopo la stagione dei *Sex offender* dei primi anni 2000, di fattispecie ostative strutturalmente incompatibili con l’idea stessa di collaborazione, in quanto monosoggettive – come nel caso del peculato – o a cooperazione necessaria con la vittima – come nel caso della concussione⁶³.

4. *La stabilizzazione dell’emergenza. Antimafia di ieri, antimafia di oggi.* Come abbiamo già avuto modo di rilevare, la scelta di introdurre norme così *afflittive* nei confronti di indagati, imputati e condannati per *mafia* era legittimata dal livello di aggressività che la criminalità organizzata aveva raggiunto nei primi anni ’90, quando si verificarono veri e propri casi di *stragismo mafioso*.

La particolare aggressività e diffusione della criminalità organizzata in quel

⁶⁰ Corte EDU, I Sez., *Viola c. Italia* (n. 2), 13 giugno 2019. Per un primo commento: PELISSERO, *Verso il superamento dell’ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in www.sidiblog.org, 21 giugno 2019. Più di recente: DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l’Italia: l’ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-2019, 925 ss.

Avverso tale decisione il governo italiano aveva esercitato la facoltà, riconosciutagli dall’art. 43 § 1 C.E.D.U., di chiedere la remissione del caso dinanzi alla Grande camera. Tuttavia, tale richiesta non ha superato il “filtro” preliminare che un collegio di cinque giudici della Grande camera è chiamato a compiere ogniqualvolta sia presentata domanda di rinvio. Pertanto, la decisione ha assunto carattere definitivo. Si veda sul punto: *Bocciata la richiesta del Governo italiano di rimettere il “caso Viola” davanti alla Grande Camera: la disciplina dell’ergastolo ostativo va rivista*, in www.criminaljusticenetwork.eu, 9 ottobre 2019.

⁶¹ La letteratura sull’ergastolo ostativo è assai copiosa. Per tutti: DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2018.

⁶² PULITANO, *Le cause di non punibilità dell’autore di corruzione e dell’infiltrato e la riforma dell’art. 4 bis*, in *Dir. pen. proc.*, 5-2019, 604.

⁶³ MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2-2019, 112.

momento storico erano tali da legittimare il ricorso ad una normativa *eccezionale*, privilegiando esigenze di *difesa sociale* rispetto alla funzione rieducativa della pena⁶⁴.

Al passare dell'emergenza, non è tuttavia seguito alcun ripensamento, né tantomeno una attenuazione dei furori punitivi di quegli anni.

La legislazione antimafia è stata prima stabilizzata, poi progressivamente arricchita di nuovi istituti, divenendo la matrice di tutti gli strumenti di contrasto, amministrativi, di polizia, preventivi e, ovviamente, penalistici in senso stretto⁶⁵, oggi vigenti.

Questa scelta è stata via via legittimata da tutte le forze politiche che si sono alternate al governo del paese in ossequio alla tesi secondo la quale il polimorfismo del fenomeno mafioso rende inefficaci forme di contrasto che si sviluppino esclusivamente in un contesto normativo rigido, rendendo invece necessario il ricorso a formule legislative *elastiche*⁶⁶, quale quella contenuta nel terzo comma dell'art. 416 *bis*, ulteriormente estese, sul piano applicativo, dalla progressiva tendenza ad una lettura parcellizzata ed atomistica dei singoli elementi costitutivi della fattispecie⁶⁷.

⁶⁴ v. Corte cost., Sent. 306/1993, §§10, 11.

⁶⁵ Da allora “*la parola [Antimafia] si congeda dal solo campo - per altro, come vedremo mai dismesso, ma, al contrario, arato ininterrottamente fino ad oggi - delle risposte legislative di contrasto nei confronti di un fenomeno criminale che in quegli anni [in particolare nell'operato di Cosa nostra], aveva assunto dimensioni, audacia e ferocia intollerabili (omicidi di magistrati e agenti e funzionari di polizia, di uomini politici, fino all'adozione di tecniche e obiettivi terroristici)*”. G. INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, cit., 224.

⁶⁶ Come è stato osservato, l'art. 416 *bis* “*è tutto fuorché una gabbia linguistica “chiusa e invincibile”, presentando piuttosto plurimi elementi elastici che in sé contengono i presupposti per funzionare alla stregua di polmoni utili a far respirare alla norma l'aria del tempo che vive*”. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede...*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 giugno 2015.

⁶⁷ Ci riferiamo, in particolare, a quel filone giurisprudenziale sviluppatosi a partire dal fenomeno delle cd. *mafie etniche*, prima, e delle mafie cd. *delocalizzate*, poi, per confluire, infine, nella terza e più recente tipologia dei fenomeni mafiosi che potremmo definire *atipici*, in quanto sviluppatisi autonomamente e al di fuori dei territori storicamente interessati da forme tradizionali di manifestazione dell'infiltrazione mafiosa. Il filone giurisprudenziale sulle mafie etniche è senz'altro il più risalente e può essere considerato il capostipite della tendenza al ridimensionamento del portato intimidatorio e della dimensione dell'assoggettamento derivante dall'utilizzo del metodo mafioso. v. ad es. le sentenze *Abo El Nga Mohamed*, Cass., Sez. VI, 13 dicembre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 3628, con nota di BLAIOTTA, *La Suprema Corte torna ad occuparsi dei rapporti tra istituzioni religiose ed associazioni criminali*; *Hsiang Khe Zhi* Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 30 maggio 2001, in *Foro it.*, 1-2004, 6; *Chen Jan Zhong* e altri, Tribunale di Bari, 28 marzo 2003, in *Foro It.*, 2004, II, 6 ss.; *Abbiassov* e altri, Tribunale di Rimini, 14 marzo 2006, in *Foro It.*, 2007, II, 510 ss. Di poco successivo, invece, l'emergere della problematica della presenza di associazioni di tipo mafioso - e, in particolare, di alcune *locali* della 'ndrangheta calabrese - nelle regioni del nord Italia. Sul tema, nella letteratura penalistica, si veda in particolare il contributo di VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 settembre 2014. Per un approfondimento socio-criminologico, si rimanda invece al volume di SCIAR-

Senonché, all'aumentare dell'elasticità del tipo è corrisposto un progressivo inasprimento dell'impianto sanzionatorio, tanto con riferimento alle sanzioni principali⁶⁸, quanto con riferimento alle sanzioni interdittive e alle misure di sicurezza, posto che tale possa ancora considerarsi la confisca⁶⁹.

All'esito di questo lungo percorso evolutivo, la disciplina antimafia si presenta ai nostri occhi come il frutto del difficile bilanciamento e tra la necessità di reprimere un fenomeno criminoso particolarmente complesso e radicato nei contesti socio-culturali e politici di riferimento⁷⁰ - e che dunque può indurre alla tentazione di cedere a letture estensive, favorite da fattispecie scarsamente selettive sul piano oggettivo e basate su elementi di natura *ambientale*, nelle quali riecheggiano stilemi tipici del diritto penale del tipo d'autore - e l'opposta volontà di garantire, quantomeno sul piano formale, quello standard minimo di garanzie previste dall'ordinamento penale, senza con ciò cadere nell'errore di sposare ricostruzioni eccessivamente restrittive, in partico-

RONE (a cura di), *Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali*, Roma, 2019. Il peculiare *modus operandi* delle consorterie delocalizzate - meno propense a ricorrere a modalità violente di estrinsecazione del metodo, ritenute dannose per gli affari - ha posto e pone un problema esegetico di non poco momento circa la configurabilità del metodo mafioso nel caso di organizzazione dalla mafiosità *silente*, ovvero non esteriorizzata. Recentemente, la I Sezione della Corte di Cassazione (Cass., Sez. I, ord. 15 marzo 2019 (dep. 10 aprile 2019), n. 15768, Pres. Di Tomassi, Rel. Binenti, imp. Albanese e Nesci) ha investito della questione le Sezioni Unite, che dovranno pronunciarsi sul quesito: "Se sia configurabile il reato di cui all'art. 416 - bis cod. pen. con riguardo a una articolazione periferica (cd. «locale») di un sodalizio mafioso, radicata in un'area territoriale diversa da quella di operatività dell'organizzazione «madre», anche in difetto della esteriorizzazione, nel differente territorio di insediamento, della forza intimidatrice e della relativa condizione di assoggettamento e di omertà, qualora emerga la derivazione e il collegamento della nuova struttura territoriale con l'organizzazione e i rituali del sodalizio di riferimento". Sul punto: NINNI, *Alle Sezioni Unite la questione della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso con riguardo ad articolazioni periferiche di un sodalizio mafioso in aree "non tradizionali*, in *Dir. pen. cont.*, 6-2019, 23 ss. Quanto al secondo ordine di problemi, un caso ormai emblematico è quello di *Mafia Capitale*, capofila - anche sotto il profilo mediatico - della nuova ondata di processi per mafia a Roma e nel Lazio. Sul punto: G. INSOLERA-GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., 74 ss. Il tema è stato oggetto di numerosi scritti, tra i quali si segnala il volume di due dei magistrati che hanno coordinato l'indagine: PIGNATONE-PRESTIPINO, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Bari-Roma, 2019, in particolare 75 ss., 109 ss.

⁶⁸ Nella sua versione originaria, l'art. 416 *bis* prevedeva, per le condotte descritte al primo comma, la pena della reclusione da tre a sei anni e per quelle di cui al secondo comma, la reclusione da quattro a nove anni. Oggi, a seguito dell'ultima novella (operata dall'art. 5 della l. 27 maggio 2015, n. 69), la fattispecie di cui al primo comma è punita con la pena della reclusione da dieci a quindici anni e quella di cui al secondo comma con la reclusione da dodici a diciotto anni.

⁶⁹ Si vedano sul punto un recente contributo di FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in questa *Rivista*, 2-2019, nonché le considerazioni sul ruolo imprescindibile dell'ablazione patrimoniale nelle attuali temperie politico-criminali di MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3-2015, 1259 ss.

⁷⁰ FIANDACA-VISCONTI, *Nota introduttiva*, in *Scenari di mafia* (a cura di Fiandaca-Visconti), Torino, 2010, 9.

lare con riferimento alle nuove forme di manifestazione del fenomeno mafioso.

Nondimeno, il predominio delle ragioni di difesa sociale è tale da marcare, sul piano sostanziale, una profonda distanza dai principi fondamentali del diritto penale di matrice costituzionale.

Come avremo modo di vedere meglio *infra* (§ 6.1) scelte politico-criminali tali da comprimere in modo estremamente significativo beni giuridici di rango primario – quali la libertà personale, il diritto di difesa, il diritto ad una pena che possa svolgere una funzione rieducativa, fino allo stesso principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge – dovrebbero essere caratterizzate dalla transitorietà, impegnando il legislatore a sottoporre periodicamente a verifica la sussistenza di quelle ragioni eccezionali che ne giustificano l'esistenza.

Viceversa, assistiamo all'opposto fenomeno dell'estensione del modello *antimafioso* ben oltre quello che costituirebbe il suo perimetro naturale, fino a trasformarsi in un modello di riferimento per la creazione di sottosistemi il cui unico denominatore comune consiste nella volontà del legislatore del momento di derogare ai principi e alle garanzie costituzionali.

Isolare le caratteristiche di questo modello, ci consentirà di sottoporre a verifica la nostra tesi.

Abbiamo già più volte osservato come la disciplina antimafia abbia natura *emergenziale* e *derogatoria*, la cui legittimazione genetica è dovuta alla eccezionale pericolosità raggiunta dalle mafie nell'ultimo scorcio del secolo scorso, che si è manifestata dapprima nel susseguirsi di vere e proprie *guerre di mafia*⁷¹, per poi passare ad un attacco diretto allo Stato e ai suoi rappresentanti⁷².

È soggetta ad *autopoiesi* e la sua espansione *tende ad infinito*: la disciplina di cui si discute è ormai del tutto autoreferenziale ed aliena a valutazioni di tipo empirico sull'efficacia delle disposizioni che la compongono, che a prescindere

⁷¹ La letteratura sulle guerre di mafia tra gli anni '70 e '80 del Novecento è assai ampia, pertanto ci limitiamo ad alcuni essenziali riferimenti bibliografici e, in particolare, per quanto riguarda *Cosa nostra*, rimandiamo al ricco volume di DICKIE, *Cosa nostra*, Bari-Roma, 2017, 347 ss.; per le vicende che videro invece coinvolti esponenti della camorra napoletana, si rimanda invece a BARBAGALLO, *Storia della camorra*, Roma-Bari, 2010, 119 ss.

⁷² Che trovò il suo epilogo nelle stragi di Capaci e di Via d'Amelio, nelle quali persero la vita Giovanni Falcone e Paolo Borsellino. Lo storico Salvatore Lupo, in un suo recente volume, del quale abbiamo già dato conto, sostiene che nel 1993 una fase storica si sia conclusa, e fissa anche una data precisa, il 15 settembre, quando nel quartiere palermitano di Brancaccio fu ucciso Don Pino Puglisi, parroco da sempre ostile alle cosche. “*Da allora, Cosa nostra non ha più ucciso a Palermo in base a logiche simboliche, propagandistiche, in senso lato politiche*”. LUPO, *La mafia. Centosessant'anni di storia*, cit., 343.

re dalla loro effettività, vengono costantemente implementate⁷³.

A questi elementi si lega intimamente l'ultima caratteristica del fenomeno, ossia il legame con la teorica dell'*antipolitica*, della quale rappresenta uno dei bastioni⁷⁴, con tutte le conseguenze che ne derivano anche rispetto al rapporto con il circuito - o, come è stato evocativamente definito, il *circo*⁷⁵ - mediatico-giudiziario.

5. *L'emergenza "parallela": corruzione e anticorruzione agli albori del nuovo millennio.* Molti degli elementi sui quali ci siamo sinora soffermati presentano caratteristiche comuni - fino ad arrivare a vere e proprie sovrapposizioni - al secondo estremo del nostro ragionamento, ossia la legislazione in materia di *prevenzione e repressione* dei fenomeni corruttivi attualmente vigente nell'ordinamento *punitivo* italiano⁷⁶.

Una prima affinità è di ordine cronologico.

Il cantiere della riforma penale dello statuto della Pubblica Amministrazione è aperto da quasi trent'anni, ovvero a partire dalla prima legge di riforma - la l. 26 aprile 1990, n. 8 - con la quale venne profondamente ripensato⁷⁷ un settore che, forse più di ogni altro nella parte speciale del Codice, era foriero di aporie, legate al passaggio da una visione accentrata e autoritaria di Pubblica Amministrazione al diverso modello diffuso e democratico delineato dalla

⁷³ Ci sembra che il mito dell'invincibilità della mafia sia, per l'appunto, un mito. Se si prende come riferimento *Cosa nostra*, è innegabile che la politica di repressione posta in essere a seguito delle stragi del 1992-1993 abbia dato risultati estremamente significativi, che vengono tuttavia ridimensionati nell'ambito del discorso *antimafioso*. Sul punto, si vedano le osservazioni di FIANDACA-LUPO, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Bari-Roma, 2014 e quelle di VISCONTI, *La mafia è clappertutto. Falso!*, Bari-Roma, 2016. In particolare, nel *post-scriptum* a quest'ultimo volume, l'Autore osserva come "Solo venticinque anni fa eravamo in piena mattanza, loro ammazzavano i nostri migliori e si sbranavano come bestie feroci, è vero: e dobbiamo raccontarlo per non abbassare mai la guardia. Ma raccontiamo pure i tanti successi e la molta strada che si è fatta, senza timore di offendere o perdere la nostra memoria tragica". *Ivi*, 125.

⁷⁴ G. INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, cit., 227

⁷⁵ Nella accezione che ne offre in un suo scritto ormai *classico* SOULEZ LARIVIERE, *Il circo mediatico-giudiziario*, Macerata, 2008.

⁷⁶ In quest'ambito, la nozione di diritto punitivo si presta senz'altro adatto a fungere come categoria di genere, tale da ricomprendere tanto il diritto penale in senso stretto, quanto le sanzioni para-penali rivolte tanto alle persone fisiche, quanto alle persone giuridiche. Si veda sul punto: ROMANO, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, cit., 5.

⁷⁷ Gli obiettivi di fondo della riforma miravano ad un potenziamento della risposta punitiva di fronte alle condotte illecite poste in essere da soggetti interni alla Pubblica Amministrazione, al quale doveva corrispondere, nelle intenzioni del legislatore, una limitazione della possibilità di intervento del magistrato penale sul merito delle scelte amministrative, restringendo l'ambito presidiato dalla sanzione criminale alle sole condotte effettivamente lesive di interessi rilevanti per i cittadini e per l'Amministrazione Pubblica. v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 157.

Carta Costituzionale⁷⁸.

Le direttrici della riforma del 1990 erano essenzialmente due: alla delimitazione del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa, corrispondeva l'inasprimento della reazione punitiva a fronte di condotte – come quelle concussive o corruttive – tali da ledere interessi fondamentali quali il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

Le vicende degli anni immediatamente successive all'entrata in vigore della l. 86/1990 sembrarono tuttavia avverare le più nefaste profezie di coloro⁷⁹ che avevano rimarcato come la visione *panpenalistica* adottata dal legislatore nel riscrivere il titolo dei Delitti contro la Pubblica Amministrazione non sarebbe stata efficace a interrompere quei “*circuiti perversi che rendono la pubblica amministrazione troppo permeabile agli interessi di partito e al facile affarismo*”⁸⁰.

La volontà di recidere quei circuiti dette vita alla già citata stagione di “*Manipulate*”, della quale, a distanza di quasi trent'anni, possiamo dire che ebbe effetti paragonabili a quelli di un *incidente nucleare*, che produce conseguenze nel breve, medio e lungo periodo.

Appartengono alla prima categoria i primi conati di riforma, frutto di un acceso confronto tra le componenti della penalistica⁸¹ e oggetto di sostanziale riget-

⁷⁸ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali (art. 314-335 bis c.p.)*, Commentario sistematico, III ed., Milano, 2013, 9.

⁷⁹ Sulla riforma del 1990 si vedano, senza pretesa di esaustività: BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di) *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, I ed., Milano, 2001; DI GIOVINE, *Le qualifiche pubblicistiche*, in MANNA, *Materiali sulla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2007, 409 e ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, Vol. I, IV ed., Bologna, 2007, 257; G. INSOLERA, *Corruzione e Concussione nella riforma del diritto e del processo penale*, in *Studi in ricordo di Giuliano Pisapia*, Vol. I, 2000, 661 ss.; MANNA, *Introduzione ai reati contro la pubblica amministrazione*, in A. Cadoppi-CANESTRARI- MANNA-PAPA (a cura di), *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale, I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 5 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, 2000, Milano; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione: i delitti dei pubblici ufficiali (art. 314-335 bis c.p.)*, Commentario sistematico, II ed., Milano, 2006; SEGRETO- DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999;

⁸⁰ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 163.

⁸¹ Il riferimento è alla c.d. “Proposta di Cernobbio”, pubblicata, tra l'altro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1025 ss., che rappresenta un documento di grande interesse, non solo sotto il profilo storico. Alcune tesi in essa sostenute costituiscono infatti i capisaldi della riforma del 2012, mentre alcuni dei punti ancora oggi maggiormente dibattuti in prospettiva *de jure condendo*, come la possibilità di prevedere una speciale causa di non punibilità per il corruttore “pentito”, venivano già allora enunciate. L'elenco delle proposte elaborate a Cernobbio fu oggetto di penetranti critiche (v. in particolare SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4-1994, 941 ss.) da parte di chi leggeva nelle trame della riforma la volontà di dar vita a una *legge-simbolo*, o *legge messag-*

to da parte di un legislatore ancora ancorato agli schemi di pensiero tipici della *Prima Repubblica*.

Gli effetti di medio periodo si sono sviluppati poi nel corso di tutto l'arco temporale che viene comunemente indicato come epoca della *Seconda Repubblica*, nel corso del quale al formante interno si è aggiunto – e con impatti non certo privi di rilievo – il formante convenzionale⁸².

Anche alla luce dei numerosi obblighi di derivazione internazionale⁸³, il legislatore italiano ha ritenuto necessario rivedere il sistema di incriminazioni in

gio, finalizzata – più che a dare una risposta efficace alle esigenze politico-criminali – a rassicurare la collettività sull'impegno repressivo di un legislatore in forte crisi di credibilità. Inoltre, nel commentare gli aumenti di pena che in quella sede si proponevano per i reati di corruzione – e che, come vedremo, sono stati effettivamente introdotti a partire dal 2012 – si osservava come tali aumenti fossero collegati ad una sublimazione del bene giuridico tutelato, che non coincide più con la tutela del buon andamento della pubblica amministrazione o nei diritti del privato che con essa viene in contatto, bensì con la tutela degli interessi dello Stato e delle sue Istituzioni. In ultimo, sul ruolo delle proposte di Cernobbio nello sviluppo della successiva legislazione anticorruzione, si veda anche lo scritto di GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 1-2019, 45. Nasce da lì un ricco filone letterario, che ha evidentemente ispirato taluni degli attuali contraenti il patto di governo, progressivamente alimentato dagli scritti di alcuni dei protagonisti delle inchieste milanesi dei primi anni '90. Si vedano ad esempio gli scritti di DAVIGO, *La giubba del re. Intervista sulla corruzione*, Roma-Bari, 1998; ID. *Il sistema della corruzione*, Roma-Bari, 2017; ID. *In Italia violare la legge conviene. Vero!*, Roma-Bari, 2018; quelli di COLOMBO, *Sulle regole*, Milano, 2016; ID. *Lettera a un figlio su Mani pulite*, Milano, 2015; e di COLOMBO-ZAGREBELSKY, *Il legno storto della giustizia*, Milano, 2017.

⁸² L'esistenza di un mercato unico ha determinato la necessità di arrivare quanto prima ad una efficace armonizzazione degli strumenti repressivi della corruzione internazionale, ritenuta particolarmente insidiosa, in quanto idonea ad alterare il meccanismo di libera concorrenza tra i diversi Stati membri. Il primo documento che ha affrontato il problema è stato la Convenzione di Bruxelles del 26 luglio 1995 (c.d. Convenzione Pif), seguita dalla Convenzione "generale" di Bruxelles del 26 maggio 1997 e dalla convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997. Tutti questi atti internazionali sono stati recepiti dall'Italia con la l. 300/2000, provvedimento con il quale, tra l'altro, il Parlamento delegò il Governo a regolare con decreto legislativo la responsabilità amministrativa *da reato* degli enti collettivi, ritenuta un *côté* indispensabile della repressione del fenomeno corruttivo su base transnazionale. Sul punto, sia concesso il rinvio a GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, Torino, 2018, 187.

⁸³ Nell'ambito che ci occupa, il ruolo degli accordi internazionali è stato fondamentale. Oltre a quelli già menzionati, l'Italia ha sottoscritto numerosi altri accordi internazionali in tema di lotta alla corruzione, tra i quali riveste particolare importanza la Convenzione sulla lotta alla corruzione, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU a Merida (Yucatàn, Messico), il 31 ottobre 2003, sottoscritta dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, entrata in vigore il 14 dicembre 2005, e ratificata dal Parlamento italiano con la l. 3 agosto 2009, n. 116. Sul punto: DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, 2007, in particolare 68 ss. Altro documento di grande rilievo è la Convenzione del Consiglio d'Europa, firmata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, entrata in vigore il 1° luglio 2002, e ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012 n. 110. Si tratta di un testo ampio ed organico, con due scopi essenziali: in primo luogo, coordinare la definizione e l'incriminazione di una vasta gamma di fatti *latu sensu* corruttivi e, in secondo luogo, migliorare la cooperazione internazionale per perseguire tali reati. Sul punto: MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 488.

materia di corruzione⁸⁴.

Si è così giunti all'approvazione della legge 6 novembre n. 190 (G.U. 13 novembre 2012, n. 265), recante “*disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*”, c.d. “Legge Severino”, che ha rappresentato uno dei momenti più significativi dell'intera vicenda dei reati contro la Pubblica Amministrazione⁸⁵.

Dobbiamo invece considerare un effetto di medio periodo la riforma del 2012, che ha riscritto e più in generale, integralmente ripensato l'architettura dell'intero sistema dei delitti di corruzione, inasprendo la risposta punitiva⁸⁶ nei confronti di un fenomeno avvertito come emergenziale ed epidemico.

Sono state riscritte le fattispecie di concussione e corruzione, non solo operando un aumento della risposta sanzionatoria, ma anche configurando fattispecie in tutto o in parte nuove⁸⁷.

⁸⁴ Un dovere che derivava, essenzialmente, dalla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre 2003 (c.d. Convenzione di Merida), e dalla Convenzione Penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999. Sul punto: DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 1-2012, 233.

⁸⁵ SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 7 ss.; BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 3-2012, 5 ss.; PULITANO, *La novella in materia di corruzione*, cit., 3 ss. PADOVANI, *Metamorfofi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e corruzione*, in questa *Rivista*, 3-2012, 783 ss.; SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, 1235 ss.; ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 3-2013, 133; BRUNELLI, *Le disposizioni penale nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *federalismi.it*, 5 dicembre 2012, n. 23, 1 ss.; VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2-2013, 143; VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2-2013, 118; VIGLIETTA, *La L. 6 novembre 2012 n. 190 e la lotta alla corruzione*, in *Cass. Pen.*, 2013, 17 ss.

⁸⁶ Come si vedrà nel prosieguo, la prima caratteristica della nuova legge è proprio il generale aumento del livello sanzionatorio: crescite sia dei massimi edittali che dei minimi. A tal proposito, tuttavia, occorre rilevare che non si registrava un assestarsi delle decisioni verso la fascia alta della forbice sanzionatoria o segni di sfiducia nell'operato dei giudici, protesi ad infliggere sanzioni sproporzionalmente lievi rispetto al disvalore dei fatti commessi. Per questi motivi, le modifiche intervenute sembrano effettuate più per scopi processuali che per esigenze di tutela penale, in modo da dischiudere la possibilità di adottare misure cautelari, ovvero di disporre atti investigativi invasivi, quali, per esempio, l'utilizzo delle intercettazioni telefoniche. Così: STORTONI, *A proposito di leggi...Miracolose!*, in *Ius17@unibo.it- Studi e materiali di diritto penale*, 3-2012, 52. Nello stesso segno si assestano le modifiche introdotte dalla legge n. 69 del 2015, entrata in vigore il 14 giugno 2015, con la quale si è assistito, come si vedrà nel prosieguo, ad un innalzamento sia dei massimi che dei minimi edittali di pena previsti per i reati di cui agli artt. 318, 319, 319 *ter* e 319 *quater* del codice penale.

⁸⁷ Sul punto: PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 1-2012, 227 ss.; SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater c.p. Una terza via tra concussione e corruzione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 3-2013, 213 ss.; MONGILLO, *L'incerta frontiera: il discriminare tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della Pubblica Amministrazione. Aspet-*

Sul piano precettivo, la prima evidente novità è la scissione (c.d. “spacchettamento”) della fattispecie di concussione in due fattispecie distinte⁸⁸.

Nel tentativo di meglio precisare le condotte ricadenti nell’art. 317 c.p. e di calibrarne il disvalore⁸⁹, la riforma è intervenuta su tale fattispecie, limitandola alle sole ipotesi in cui la condotta abusiva del pubblico agente⁹⁰ abbia determinato un effetto di costrizione in capo al privato.

Per contro, le condotte di induzione, un tempo ricadenti nel vecchio art. 317 c.p., sono state fatte confluire nel nuovo art. 319 *quater* c.p., rubricato «*Induzione indebita a dare o promettere utilità*», ove viene stabilita la penale responsabilità anche per il privato che, non essendo costretto, ma semplicemente indotto alla promessa o alla dazione, mantiene un margine di scelta che giustifica una, sia pur limitata, pena.

Ad ogni modo, se, da un lato, il legislatore del 2012 ha operato con l’intento di aggiornare delle fattispecie classiche, dall’altro lato, non si può non riconoscere alla riforma il merito di aver introdotto un elemento di grande innovazione, attribuendo un ruolo centrale alla prevenzione dei fenomeni corruttivi. Da tempo la dottrina – in particolare amministrativistica – aveva segnalato come nel nostro sistema fosse sottovalutata l’esigenza di affiancare alle sanzioni penali un sistema di strumenti amministrativi finalizzati ad ostacolare la verifica dei fenomeni corruttivi⁹¹.

Agendo con il dichiarato scopo di porre rimedio a tale lacuna, il legislatore del 2012 ha introdotto un’ampia serie di misure volte a reprimere la corruzione e, in senso ampio, a garantire la trasparenza dei processi decisionali della Pubblica Amministrazione⁹².

Il periodo immediatamente successivo al 2012 è stato caratterizzato da una forte instabilità politica, nonché dall’emergere di alcuni episodi di *grand corruption* legati a infrastrutture ed eventi strategici⁹³, che hanno profondamente

tando le Sezioni Unite, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 3-2013, 166; GAMBARDELLA, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. Pen.*, 4-2013, 1285; PADOVANI, *La messa a “libro paga” del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida al Diritto*, 48-2012, IX.

⁸⁸ PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, cit., 4.

⁸⁹ SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, cit., 9.

⁹⁰ Sul punto si deve tuttavia osservare un ripensamento del legislatore: mentre la legge n. 190 del 2012 aveva escluso dal novero dei soggetti attivi del delitto di cui all’art. 317 c.p. l’incaricato di pubblico servizio, la l. 69/2015, della quale ci si occuperà diffusamente *infra*, ha riscritto il delitto di corruzione al fine di ricomprendere nuovamente tale figura nel fuoco della norma.

⁹¹ CASSESE, *La lotta alla corruzione*, Roma-Bari, 1998.

⁹² CLARICH-MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in MATTARELLA-PELISSERO, *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 65.

⁹³ Per una rassegna delle inchieste immediatamente antecedenti alla riforma del 2015, si rimanda alla

inciso sulla *percezione* dei fenomeni corruttivi, vissuti dal corpo sociale come una vera e propria emergenza.

Di talché, la XVII Legislatura (2013-2018) è stata fortemente caratterizzata dall'acuirsi delle spinte riformiste sollecitate dal furore dei movimenti *populisti* di opposizione, alle quali la maggioranza di centro-sinistra ha risposto con scelte politico-criminali non del tutto coerenti con i principi *liberali* da essa dichiarati, come nel caso della l. 27 maggio 2015, n. 69, recante “*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*” e della l. 17 ottobre 2017, n. 161, che ha modificato – innanzitutto con riferimento ai soggetti destinatari – il sistema di prevenzione delineato dal d.lgs. 159/2011.

La legge 69/2015, oltre ad introdurre innovazioni di grande significato sotto il profilo pratico, costituisce motivo di particolare interesse nella prospettiva della nostra analisi, in quanto primo provvedimento che affronta congiuntamente profili attinenti alla criminalità organizzata (art. 5), alla criminalità economica (artt. 9-11), ai reati contro la pubblica amministrazione (artt. 1-4; 6-9) e alla responsabilità amministrativa da reato degli enti (art. 12)⁹⁴.

Si tratta dunque di una legge che, al di là dei suoi contenuti specifici, assume un significato particolare come canone ermeneutico delle ragioni profonde che muovono la politica criminale del legislatore contemporaneo, ponendo sullo stesso piano criminalità politico-amministrativa, *white collar crime* e criminalità organizzata.

Sotto il profilo dei contenuti, per quanto attiene ai temi di nostro interesse, oltre ad avere completamente riscritto la disciplina dei reati di false comunicazioni sociali, la l. 69/2015 si caratterizza per avere operato un significativo aumento delle pene previste per i reati di corruzione e per quelli di criminalità organizzata⁹⁵ e per avere l'introduzione di istituti di riparazione pecuniaria

rassegna esposta nel volume di CANTONE-DI FEO, *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per liberare il paese*, Milano, 2015, 54 ss.

⁹⁴ Per un'ampia analisi del provvedimento, si rimanda a MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, Voce per il “*Libro dell'anno del diritto Treccani 2016*” in www.penalecontemporaneo.it, 15 dicembre 2015.

⁹⁵ Come è stato osservato, l'innalzamento dei limiti edittali non è solo foriero di significati simbolici, ma carico di conseguenze pratiche, laddove finisce per aumentare la probabilità di scontare una parte della pena in carcere. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 7-2015, 809. Viene inoltre aggravato l'impatto delle pene accessorie. Ad esempio, l'interdizione temporanea da pubblici uffici, in luogo di quella perpetua, a norma dell'art. 317 *bis* c.p. non si può applicare se la condanna è superiore ai tre anni. Allo stesso tempo, in riferimento alle fattispecie a cui non è applicabile l'art. 317 *bis* c.p. (corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita a dare o a promettere denaro o altra utilità, per esempio), l'art. 29 c.p. prevede che l'interdizione perpetua dai pubblici uffici è applicabile nel caso di condanna superiore ai cinque anni,

volti ad evitare che corrotto e corruttore possano beneficiare del frutto dei loro crimini.

Allo stesso tempo, l'innalzamento dei limiti massimi ha comportato sia la sottrazione dell'intero sistema dei delitti di corruzione alla sfera applicativa del nuovo istituto della *particolare tenuità del fatto* di cui all'art. 131 *bis* c.p.⁹⁶, sia un significativo innalzamento dei termini prescrizionali⁹⁷.

L'assimilazione tra criminalità politico-amministrativa e criminalità organizzata emerge anche dall'esame della l. 161/2017, che ha esteso l'applicazione delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 159/2011 - tra le quali anche la *famigerata* confisca di prevenzione - ai *corrotti*⁹⁸.

Si tratta di un provvedimento che - al di là delle critiche immediatamente formulate dagli operatori del settore⁹⁹ - rappresenta un esempio di legislazione proto-populista¹⁰⁰, che considera sullo stesso piano i reati di criminalità organizzata e quelli commessi dai *politici*, dagli *imprenditori* e dai *professionisti* nello svolgimento di attività lecite.

Questa fase, che a nostro avviso si è conclusa con le elezioni del 2018, ci ha

mentre quella per la durata di anni cinque è applicabile nei casi di condanna non inferiore ai tre anni. Infine, sono state introdotte le sanzioni amministrative della incandidabilità e della decadenza a ricoprire cariche elettive o di governo, previste dal d. lgs. n. 235 del 2012. Sul punto si rimanda agli scritti di: SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d. lgs. n. 235 del 2012*, in questa *Rivista*, 1-2014, 74 ss.; MANNA, *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in questa *Rivista*, 1-2014, 51 ss.

⁹⁶ Sull'introduzione all'art. 131 *bis* c.p. dell'istituto dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, si vedano, i lavori di AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dottrinario, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo articolo 131-bis (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 9-2015, 968; BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 6-2015, 659 ss.; GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 5-2015, 517 ss.; NISCO, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto. Profili sostanziali*, in BACCARI-LA REGINA-MANCUSO (a cura di) *Il nuovo volto della Giustizia penale*, 2015, 195 ss.

⁹⁷ v. DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla legge n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 gennaio 2016, 13.

⁹⁸ A parere di Giovanni Fiandaca: "Riforme che incidono profondamente sui diritti fondamentali, come quella volta a estendere la confisca preventiva antimafia all'indiziato anche di un solo delitto contro la pubblica amministrazione, non dovrebbero essere varate in assenza di una elaborazione tecnico-giuridica adeguata. Purtroppo, in Parlamento predominano incompetenze, confusione, improvvisazione e approssimazione". FIANDACA, *Antimafia per tutti nel Parlamento degli incompetenti*, *Il Mattino*, 30 giugno 2017.

⁹⁹ Tra i quali l'allora Presidente dell'Anac, che definì la riforma "né utile, né opportuna e rischia persino di essere controproducente". Intervista al quotidiano *Il Mattino*, 1° luglio 2017.

¹⁰⁰ L'estensione soggettiva dell'applicazione delle misure di prevenzione sarebbe "frutto di un populismo penale omnivoro, che strumentalizza politicamente la lotta alla corruzione come spot elettorale". FIANDACA, *Antimafia per tutti nel Parlamento degli incompetenti*, cit.

consegnato l'insorgenza di un innovativo modello misto *preventivo-repressivo*, nel quale un ruolo centrale viene assegnato all'Autorità Nazionale Anticorruzione e al suo Presidente, ai quali viene affidato il potere di regolare, vigilare, giudicare e punire¹⁰¹.

Un modello *eliocentrico*¹⁰², costruito sul paradigma oggi dominante, che prevede l'accentramento dei poteri in organi monocratici, il collegamento diretto con l'esecutivo e la riduzione al minimo indispensabile dell'intervento del Parlamento.

6. *#Corruzione. Regolare le percezioni, non i fenomeni: la legge Spazzacorrotti*. Esauriti gli effetti di breve e medio periodo, restano da esaminare quelli di lungo periodo.

Abbiamo avuto modo di osservare come i fenomeni del presente non siano frutto di una *cambio di paradigma*¹⁰³, bensì il prodotto di una lenta deriva, che, come abbiamo visto, ha preso avvio all'inizio degli anni Novanta.

Secondo questa visione, la legge *Spazzacorrotti* rappresenta la prima "vera" legge anticorruzione, frutto di una visione *assoluta* del furore punitivo e avulsa da qualsiasi logica di *compromesso* tra le diverse opzioni politico-criminali¹⁰⁴.

Invece, nella nostra prospettiva questo provvedimento non rappresenta altro che l'ennesima tappa del percorso di allontanamento da una visione liberale del sistema politico e costituzionale, del quale il diritto penale non costituisce che una mera sovrastruttura.

Ci limitiamo ad alcune osservazioni.

Ad un primo sguardo, la legge 3/2019 si presenta come l'ennesima legge a *pacchetti*, intervenendo su ambiti tra loro profondamente eterogenei¹⁰⁵.

¹⁰¹ D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4-2016, 499 ss

¹⁰² GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi*, cit., 211.

¹⁰³ Inteso in senso *kuhniano*. v. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962-1970), trad. it., Torino, 1978.

¹⁰⁴ La stessa logica del *contratto* di Governo, nell'ambito del quale ciascuna delle parti rimane ferma sulle proprie posizioni programmatiche dimostra quanto entrambi i contraenti rifiutino in radice l'idea stessa di *compromesso*, visto come elemento di contaminazione della purezza delle rispettive idee. Invece, come è stato efficacemente rilevato, il termine non si riduce a indicare un "*inciucio*. *Ma può avere connotazioni positive, di apertura alla cooperazione sulla base di una realistica valutazione delle alternative possibili, di capacità di puntare su un second best*". PULITANÒ, *Quale agenda per la giustizia penale?* in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 3-2013, 61. Le considerazioni dell'Autore muovono da alcune considerazioni di grande interesse espresse dal filosofo israeliano MARGALIT, *On Compromise and Rotten Compromises*, Princeton, 2009.

¹⁰⁵ Lo si evince già dalla rubrica, che parla di: "*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movi-*

In essa, trovano collocazione - tra l'altro - la riforma della prescrizione del reato, la più volte auspicata¹⁰⁶ riscrittura del delitto di *Traffico di influenze illecite*, alla quale si deve, tra l'altro, la soppressione della fattispecie di *Millantato credito*¹⁰⁷, oltre a numerose altre norme relative - in senso ampio - alla disciplina anticorruzione¹⁰⁸.

Sotto il profilo procedurale, coerentemente con il progressivo slittamento dell'accertamento della responsabilità penale dalla fase processuale a quella procedimentale, la legge interviene in maniera assai penetrante ad estendere il novero degli strumenti di indagine a disposizione del Pubblico Ministero, al quale vengono - di fatto - attribuiti poteri che sino ad oggi erano appannaggio esclusivo delle Direzioni Distrettuali Antimafia¹⁰⁹, quali la possibilità di ricorrere alle cd. *operazioni sotto copertura*¹¹⁰, nonché il potere di utilizzare il cap-

menti politici".

¹⁰⁶ CONSULICHI, *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Milano, 2015, 617; DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 1-2012, 239.

¹⁰⁷ Altri l'hanno fatto con estrema puntualità e ai loro scritti rimandiamo, anche per un approfondimento delle numerose questioni problematiche che si pongono in ordine al rapporto tra successione normativa e *abolitio criminis* parziale. v. N. M. MAIELLO, *L'abrogazione del millantato credito e la riformulazione del traffico di influenze illecite: barlumi di ragionevolezza nel buio della riforma*, in questa *Rivista*, 1-2019, 1 ss. e, in particolare, 6 ss.; GAITO-MANNA, *L'estate sta finendo...*, in *Arch. pen.*, 3-2018, 1 ss.; PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in www.quotidianogiuridico.it.

¹⁰⁸ La l. 3/2019 ha previsto alcune norme in materia di *trasparenza* dei partiti e movimenti politici, rafforzando il sistema già esistente di rendicontazione dei contributi elettorali, estendendo l'obbligo di trasparenza anche a fondazioni, associazioni e comitati. Per un ulteriore approfondimento si rimanda a D'ALTERIO, *Partiti e movimenti politici più trasparenti?* in *Dir. pen. proc.*, 5-2019, 619 ss.

¹⁰⁹ Ci riferiamo, in particolare, alle modalità investigative di cui all'art. 9 della l. 146/2006 e all'art. 8 della l. 136/2010.

¹¹⁰ Estensione che ripropone l'annoso problema della distinzione tra attività di indagine poste in essere dal cd. *agente infiltrato* (*undercover agent*), ovvero un soggetto che, in forza della sua appartenenza alle forze di polizia, ovvero in ragione di una collaborazione formale con esse, agisce nell'ambito di un'indagine preliminare ufficiale di cui le autorità sono al corrente, in presenza di plausibili sospetti a carico di una o più persone circa la futura commissione di un reato *sub forma* di istigazione a delinquere e condotte poste in essere dal cd. *agente provocatore* (*agent provocateur*), ovvero colui il quale, nell'ambito o al di fuori di una attività di accertamento ufficialmente autorizzata, al solo fine di procedere all'arresto di colui il quale ne raccolga l'invito, ponga in essere una attività di istigazione, induzione, ideazione o esecuzione di uno o più fatti di reato, che senza il suo intervento determinante non si sarebbero mai verificati. In letteratura, per tutti: AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, cit., 172. L'agente provocatore è dunque colui il non pone in essere condotte *attive*, consistenti nel *determinare effettivamente* condotte criminose altrui che, senza la sua azione, non avrebbero avuto luogo, ma colui il quale si limita a mantenere condotte *passive* di osservazione e acquisizione di elementi probatori. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 2642. Tanto la giurisprudenza interna (v. Cass., Sez. V, 3 giugno 2008, n. 26763; nonché Cass., Sez. III, 7 aprile 2011, n. 17199, in

tatore informatico - cd. *trojan horse* - solo di recente assunto al rango di mezzo tipico di ricerca della prova¹¹¹.

Altro esempio del furore *punitivo* che pervade l'attuale legislatore è dato dalla riscoperta delle pene accessorie, alle quali viene affidato il compito di neutralizzare, sul piano afflittivo, gli effetti favorevoli per il reo che potrebbero verificarsi nel caso in cui questi decidesse di avvalersi del diritto di essere giudicato con rito abbreviato, ovvero di richiedere l'applicazione di una pena tale da consentire la sospensione condizionale¹¹².

Anche in questo caso, la riforma del 2019 si è limitata ad estendere e a rinvi-gorire l'impatto delle pene accessorie già previste nel nostro ordinamento, dilatandone la durata.

Così, il "nuovo" articolo 317 *bis* c.p. prevede, in caso di condanna per i reati di cui agli articoli 314, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* e 346-*bis*, l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio.

La severità di questa previsione viene temperata nel caso in cui venga inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorre la circostanza attenuante prevista dall'articolo 323-*bis*, primo comma; in questi casi, l'interdizione e il divieto di contrarre per la pubblica amministrazione saranno temporanei e avranno una durata non inferiore a cinque anni, né superiore a sette anni.

Una severità *cieca*, tanto da ignorare in maniera radicale la recente giurispru-

Guida al dir. 2011, XXIX, 77) quanto più di recente La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si sono occupate del confine tra operazioni sotto copertura e forme di istigazione a delinquere volte all'acquisizione delle prove di una attività colpevole, come tali vietate dall'art. 6 C.E.D.U. Tra le altre, si v. Corte E.D.U., 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, con nota di A. VALLINI, *Il caso "Teixeira De Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi legali di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 1999, 197 ss. Più di recente: Corte E.D.U., 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia/Germania*, in *Cass. pen.*, 2002, 2920; Id., 26 ottobre 2006; Corte E.D.U. *Bannikova v. Russia*; Corte E.D.U., 20 febbraio 2018, *Ramanauskas v. Lithuania (No. 2)*. In dottrina: TAMMETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, 2920 ss.; SCALICI, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in questa *Rivista*, 2-2014.

¹¹¹ D. Lgs. n. 216 del 2017 - Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 84, lett. a), b), c), d) ed e), L. 23 giugno 2017, n. 103.

¹¹² MANTOVANI, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 5-2019, 611. Prima della legge 3/2019, infatti, autorevole letteratura annoverava il patteggiamento, la prescrizione *post* legge "Ex Cirielli" - nonché l'indebolimento della disciplina sulle false comunicazioni sociali - tra i fattori di ineffettività della legge italiana sulla corruzione. (DOLCINI, *Appunti su corruzione e anticorruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 534).

denza della Corte costituzionale, che prima in materia di reati fallimentari, poi in materia di stupefacenti, infine con riferimento al reato di omicidio stradale¹¹³, ha avuto modo di sviluppare il sindacato di *proporzionalità intrinseca* sulla pena edittale, oltre le strettoie delle cd. *rime costituzionali obbligate* e della previa individuazione di un *tertium comparationis* “in senso classico”, alla quale era stato precedentemente subordinato ogni intervento di censura per eccessività della pena¹¹⁴.

6.1. *La corruzione ostativa tra vecchie e nuove questioni di costituzionalità.* All'interno del fitto ordito della Legge *Spazzacorrotti* merita un particolare approfondimento la scelta di introdurre tra i delitti di *prima fascia* elencati al comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. pen., i delitti di cui gli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis*.

In forza di tale previsione, i condannati per tali delitti non potranno ottenere l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della legge di Ordinamento penitenziario, con esclusione della liberazione anticipata, a meno che non collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58 ord. pen., ovvero - ed è un'altra delle novità delle quali occorre tener conto - ai sensi dell'art. 323 *bis* c.p., il cui secondo comma¹¹⁵ è stato introdotto dalla l. 69/2015 al fine di valorizzare, mitigando la risposta sanzionatoria, la collaborazione del reo in ambito corruttivo¹¹⁶.

¹¹³ Ci riferiamo in particolare alle sentenze Corte cost., sent. n. 236/2016, per un commento alla quale rinviamo a P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 1, 176 ss.; a Corte cost., sent. n. 222/2018, sulla quale si v. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e rime obbligate: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 dicembre 2018; Corte cost., sent. n. 40/2019, e Corte cost., sent. n. 88/2019, sulla quale si v. LEO, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 aprile 2019.

¹¹⁴ Tema che in questa sede possiamo solo accennare, a fronte del quale, secondo la giurisprudenza radicata, in primo luogo, viene valutata la sproporzione e, successivamente, viene rideterminato il trattamento sanzionatorio adeguato, operando “a rime obbligate”. Secondo quanto ritenuto indispensabile dalla stessa sent. Corte cost. 31 maggio 2012, 134. Si veda sul punto: CRISAFULLI, *La corte costituzionale ha vent'anni*, a cura di OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 66 e, più di recente MANES-NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, 344 ss.

¹¹⁵ Che prevede: “Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis*, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi”.

¹¹⁶ GAMBARDILLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie*

Come è evidente, tale disposizione andrà tuttavia interpretata alla luce dei numerosi interventi della Corte costituzionale¹¹⁷, in seguito ai quali la concessione dei suddetti benefici sarà comunque possibile nei casi di collaborazione impossibile o inesigibile, di collaborazione ininfluyente e di collaborazione irrilevante, purché in quest'ultimo caso sia stata applicata al reo una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, n. 6, c.p.¹¹⁸.

Nonostante la giurisprudenza costituzionale sia intervenuta più volte a contenere gli effetti draconiani delle disposizioni contenute all'art. 4 *bis* ord. pen., la recente novella ha aperto nuovi scenari e riaperto antiche ferite.

Quanto ai primi.

È stato osservato come questo specifico aspetto della legge *Spazzacorrotti* presenti numerosi profili di illegittimità costituzionale¹¹⁹.

Tra questi, ci pare che il profilo maggiormente innovativo sia rappresentato dalle questioni di diritto intertemporale.

A fronte di un orientamento granitico – evidentemente fondato su un approccio formalistico alla disciplina dell'ordinamento penitenziario – secondo

di corruzione, cit., 55.

¹¹⁷ Un primo intervento della Corte costituzionale sull'art. 4 *bis* si è avuto con la sentenza 19 luglio 1994, n. 357, con la quale venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, primo comma, secondo periodo, “*nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata*”. L'anno successivo, la Corte ebbe modo di pronunciarsi nuovamente sulla disposizione in commento, dichiarandone l'illegittimità costituzionale “*nella parte in cui prevede che la concessione di ulteriori permessi premio sia negata nei confronti dei condannati per i delitti indicati nel primo periodo del comma 1 dello stesso art. 4-bis, che non si trovino nelle condizioni per l'applicazione dell'art. 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, anche quando essi ne abbiano già fruito in precedenza e non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata*” (Corte cost., Sent. 11 dicembre 1995, n. 504), nonché “*nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata*” (Corte cost., Sent. 22 febbraio 1995, n. 68). Da ultimo, La Corte costituzionale, con sentenza 22 ottobre 2014, n. 239 (in G.U. 1a s.s. 29/10/2014, n. 45) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo, comma 1, “*nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies della medesima legge*”, nonché “*nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti*”.

¹¹⁸ CHELO, *Le modifiche in materia di esecuzione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 5-2019, 627.

¹¹⁹ Li elenca puntualmente MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 105 ss.

il quale tali norme, in quanto estranee all'accertamento del reato e all'irrogazione della pena in assenza di una specifica disciplina transitoria, "soggiacciono al principio *"tempus regit actum"*, e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 c.p., e dall'art. 25 Cost."¹²⁰, la scelta del legislatore di non prevedere alcuna disposizione transitoria capace di modulare l'applicazione della modifica ai reati commessi anteriormente ad essa determina l'applicazione *retroattiva* della stessa¹²¹.

Tempus regit actum, dunque, anziché applicazione della più favorevole disciplina della irretroattività della legge penale sfavorevole, alla quale si potrebbe giungere sposando il diverso approccio sostanzialistico, di matrice convenzionale, che assume come canone di valutazione la nozione di *materia penale* (*matière pénale; criminal matter*)¹²².

Le vicende del 4 *bis* travalicano dunque i confini dell'ordinamento penitenziario e divengono il nuovo terreno di scontro tra i sostenitori di un approccio formalistico all'interpretazione della legge penale¹²³ e coloro che, invece, adot-

¹²⁰ Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561. Osserva correttamente BARON, 'Spazzacorrotti', art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale, in *Dir. pen. cont.*, 5-2019, 155, nt. 10, come in tale arresto si legga come tale interpretazione troverebbe conferma nella sentenza 306/1993 della Corte costituzionale, nella quale, invece "non è dato rinvenire una chiara presa di posizione da parte del Giudice delle leggi sul punto, in quanto le ordinanze di remissione non contenevano dei riferimenti in fatto idonei ad affrontare la questione che - per contro - rischiava di «restare astratta»".

¹²¹ Infatti: "un'eventuale modifica normativa che introduca una più severa disciplina è immediatamente applicabile a tutti i rapporti esecutivi che non siano ancora esauriti". Cass., Sez. I, 11 novembre 2009, n. 46649, nonché Cass., Sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11580.

¹²² Una posizione, dunque, che, come è stato da più parti osservato, sembra non tener conto dell'impatto sull'ordinamento italiano di alcune importanti sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, volte a superare l'esclusione della disciplina dell'esecuzione dalla materia penale (Sul punto: MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, 281; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 98.) e, segnatamente della Sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* (Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 ottobre 2013, con nota di MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*) con la quale la *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo, con il quali era stata dichiarata la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. a fronte di un mutamento giurisprudenziale con effetti peggiorativi sul regime di una misura dell'ordinamento spagnolo assimilabile alla "liberazione anticipata", così assoggettando al principio di irretroattività i trattamenti esecutivi sfavorevoli, coerentemente con quanto già affermato nella Sentenza *Scoppola c. Italia* (Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* ove si riconoscevano effetti sostanziali alle modifiche della disciplina dello sconto di pena in caso di rito abbreviato

¹²³ Nel caso specifico, vi sono già alcune sentenze rese a seguito dell'entrata in vigore della l. 3/2019 che sposano tale lettura. In particolare, si tratta di Trib. Napoli, sez. VII, 28 febbraio 2019, secondo la quale "il principio pressoché costantemente espresso dalla giurisprudenza di legittimità secondo il quale le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e non sono perciò assoggettabili alle regole dettate in materia di successione di leggi penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost.". (In

tano un'opposta visione sostanzialistica¹²⁴, fondata sull'esigenza di garantire – anche nella *waste land* dell'esecuzione – piena cittadinanza al principio di prevedibilità del trattamento sanzionatorio¹²⁵.
È evidente – non solo perché immediatamente auspicato dalla letteratura¹²⁶ –

www.penalecontemporaneo.it, 14 marzo 2019, con nota di MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*). Successivamente, la Corte d'Appello di Catania (App. Catania, Sez. II penale, 22 marzo 2019, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 23 marzo 2019) ha confermato tale impostazione, individuando tuttavia nel passaggio in giudicato della sentenza di condanna il termine per l'applicazione del novellato art. 4 *bis* ord. pen.; di talché, il nuovo regime troverebbe applicazione solo dopo il 31 gennaio 2019. v. sul punto FELICIONI, *Reati contro la P.A. e accesso ai benefici penitenziari: i fermenti "riformatori" della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 7-2019, 914.

¹²⁴ Si iscrivono a questo secondo filone le pronunce rese nel marzo di quest'anno dal Gip presso il Tribunale di Como, nonché dalla Corte di Cassazione. Chiamato per primo a pronunciarsi sulla questione, il Tribunale lariano (G.i.p. Como, 8 marzo 2019, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 marzo 2019, con nota di MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*) ha ritenuto che applicare la nuova normativa in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione a procedimenti per fatti anteriori alla sua entrata in vigore “significa violare l'art. 117 della Costituzione integrato dall'art. 7 C.E.D.U., nonché gli artt. 25 co. 2 Cost. e 2 c.p., norme il cui raggio di operatività non può non estendersi a tutte le disposizioni che, a prescindere dalle etichette, abbiano, come nel caso di specie, un contenuto afflittivo o intrinsecamente punitivo”. Analogamente, la Corte di Cassazione (Cass. Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, Pres. Fidelbo, Rel. Bassi, ric. Ferraresi), nel rigettare – per difetto del requisito della rilevanza, dovendo la questione essere sollevata non con ricorso per Cassazione, ma in una fase successiva, con incidente di esecuzione – una questione di costituzionalità relativa ai profili intertemporali della modifica dell'art. 4 *bis* ha tuttavia affermato come, alla luce della Sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* “là dove la Grande Camera della Corte EDU, nel ravvisare una violazione dell'art. 7 della Convenzione, ha riconosciuto rilevanza anche al mutamento giurisprudenziale in tema di un istituto riportabile alla liberazione anticipata prevista dal nostro ordinamento in quanto suscettibile di comportare effetti peggiorativi, giungendo dunque ad affermare che, ai fini del rispetto del ‘principio dell'affidamento’ del consociato circa la ‘prevedibilità della sanzione penale’, occorre avere riguardo non solo alla pena irrogata, ma anche alla sua esecuzione (...) non parrebbe manifestamente infondata la prospettazione difensiva secondo la quale l'aver il legislatore cambiato in itinere le ‘carte in tavola’ senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 C.E.D.U. e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce, per il [ricorrente], nel passaggio – ‘a sorpresa’ e dunque non prevedibile – da una sanzione patteggiata ‘senza assaggio di pena’ ad una sanzione con necessaria incarcerazione, giusta il già rilevato operare del combinato disposto degli artt. 656, comma 9 lett. a), cod. proc. pen. e 4-bis ord. penit.”. v. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 marzo 2019.

¹²⁵ Con l'avvertenza, da tempo rilevata da parte della letteratura più attenta, che in ambito penitenziario il momento in cui sorge l'affidamento da parte del reo – dunque il *dies a quo* al quale ancorare il divieto di retroattività – non è necessariamente coincidente con la data di commissione del fatto-reato, bensì con il momento in cui lo Stato propone al condannato un “patto”, attraverso il quale il primo potrebbe ridimensionare la propria pretesa punitiva in cambio di un adeguato impegno del secondo sul piano del trattamento rieducativo. Così DELLA CASA, *Successioni di leggi penitenziarie: modifiche «peggiorative» e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, 402-403.

¹²⁶ MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzio-*

che della questione dovrà presto occuparsi la Corte costituzionale - in attesa della quale la giurisprudenza ci pare abbia colto l'invito, rivolto da attenta dottrina¹²⁷, di percorrere la "via alternativa" dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.¹²⁸ - investita da numerose ordinanze di rimessione, pronunciate sia da giudici di merito¹²⁹, sia dalla Corte di Cassazione¹³⁰.

Sennonché, ci piace pensare che la Corte, nell'affrontare questa nuova questione, possa cogliere l'occasione per riprendere alcuni dei ragionamenti contenuti in una ormai "storica" pronuncia sull'art. 4 bis.

Ci riferiamo alla Sentenza 306/1993, nella quale la Corte ebbe modo di osservare come le censure mosse all'art. 4 bis in relazione alla violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. non potevano ritenersi fondate in quanto "tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena - da un lato quella di prevenzione generale e di difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività e dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo - non può stabilirsi a priori una gerarchia; il legislatore può cioè - nei limiti della ragionevolezza - far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata"¹³¹.

Proseguiva poi la Corte, nell'osservare come l'esigenza di contrastare forme di criminalità organizzata "aggressiva e diffusa", legittimasse la compressione delle esigenze rieducative a favore di quelle di prevenzione generale, come "la

nale, cit., 122.

¹²⁷ GATTA, *Estensione del regime ex art. 4 bis o.p. ai delitti contro la p.a.: sollevate due prime questioni di legittimità costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 aprile 2019.

¹²⁸ La Corte d'Appello di Reggio Calabria (Corte di Appello di Reggio Calabria, Sez. II, ordinanza, 10 aprile 2019, in www.giurisprudenzapenale.com, 13 aprile 2019), riprendendo in larga parte le considerazioni espresse dalla Corte di Cassazione, delle quali abbiamo dato conto *supra*, nt. 125, ha infatti sostenuto che Applicare retroattivamente una norma che trasfigura il contenuto della sanzione "significa violare l'art. 117 Cost. integrato dall'art. 7 C.E.D.U. nonché gli art. 25 c. 2 Cost. e l'art. 2 c.p., norme il cui raggio di operatività non può non estendersi a tutte le disposizioni che, a prescindere dalle etichette, abbiano, come nel caso di specie, un contenuto afflittivo o intrinsecamente punitivo". Pertanto, "in assenza di una disciplina transitoria, deve intendersi che la nuova norma introdotta dalla Legge n. 3/2019, che ha inserito l'art. 314 c.p. nell'elenco di cui all'art. 4-bis O.P., richiamato dall'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p., non possa trovare applicazione nel caso di specie avendo un contenuto intrinsecamente afflittivo e sanzionatorio".

¹²⁹ Per una disamina delle prime ordinanze di remissione alla Corte costituzionale si v. BARON, *Spazzacorrotti*, art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale, 157 ss. Successivamente a questo contributo, anche il Tribunale di Brindisi ha sollevato analoga questione di costituzionalità (Tribunale di Brindisi, Sezione Penale, Ordinanza, 30 aprile 2019, in www.giurisprudenzapenale.com, 25 giugno 2019).

¹³⁰ Cass. Sez I, Ord. 18 luglio 2019, n.31853.

¹³¹ Corte cost, Sent. 306/1993, § 10.

soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita"¹³².

Come è noto, questi ragionamenti – anche in ragione del temperamento della disciplina originaria operata in sede di conversione con la l. la legge 7 agosto 1992, n. 356, condussero allora la Corte a rigettare la questione che le era stata proposta.

Ci pare però che oggi vi siano fondate ragioni per un *revirement* di quella decisione.

L'emergenza mafiosa è di fatto cessata, mentre la tendenza espansiva dei delitti ostativi non conosce tregua.

A fronte di un quadro fattuale così diverso da quello dei primi anni '90, occorrerebbe rimettere in discussione l'intero impianto concettuale dell'art. 4 *bis*, rigettando l'idea stessa di presunzione di pericolosità, quantomeno con riferimento a ipotesi davvero *limite*, come nel caso – davvero eclatante – del delitto di peculato.

7. È Stato la mafia? L'ennesima riscrittura del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Le considerazioni che abbiamo sinora svolto sono ulteriormente confermate dall'ultima – in ordine cronologico – delle novelle che ci interessa prendere in considerazione prima di avviarcì alle conclusioni.

Con la l. 43/2019, è stata nuovamente riscritta la tormentata fattispecie di *Scambio elettorale politico mafioso* (art. 416 *ter* c.p.); un reato che, a discapito del profondo simbolismo antimafioso¹³³ del quale è imbevuto, ha avuto, nel

¹³² *Ivi*, § 11.

¹³³ L'idea dell'esistenza di un *terzo livello*, ovvero di un organismo collocato al di sopra della *Cupola* di Cosa Nostra – composto da politici, banchieri, massoni, *grand commis*, industriali, ecc. – e che, in quanto tale, rappresenterebbe il vertice occulto della mafia, nasce da una lettura – quantomeno *frettolosa* – di uno scritto ormai *classico* nella letteratura penalistica in materia di mafia: FALCONE-TURONE, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Cass. pen.*, 1983, 1039 ss. In quel lavoro, i due Autori rilevavano come, nella prospettiva di un efficace contrasto sul piano investigativo alle associazioni mafiose, occorresse abbandonare lo schema "per tipo d'autore" e concentrarsi sulle attività criminose poste in essere dai sodali, per poi giungere a dimostrare l'esistenza dell'associazione. In quest'ottica, i delittiscopo delle consorterie venivano distinti in *essenziali*, o di primo livello – estorsioni, contrabbando, sequestri di persona – ed *eventuali*, o di secondo livello – come ad esempio l'omicidio di un nemico

corso degli anni, una applicazione relativamente limitata sia sotto il profilo quantitativo, sia più dal punto di vista *geografico*¹³⁴.

Si tratta, infatti, dell'ultima norma che nonostante le frequenti interpolazioni degli ultimi anni, mantiene sostanzialmente inalterato lo spirito antimafioso delle origini, sociologicamente orientato alla repressione del fenomeno delle *mafie storiche* e difficilmente declinabile alle nuove forme di manifestazione di questa peculiare forma di criminalità organizzata, siano esse *mafie delocalizzate* o *silenti*, ovvero *piccole mafie* autoctone.

Nella sua formulazione originaria, il delitto di scambio elettorale politico mafioso è stato introdotto con il d.l. 306/1992 con lo scopo di recidere quelle forme di contiguità tra mafia e politica tali da ledere il bene giuridico di categoria *sub specie* della libertà dei cittadini di esercitare il diritto di voto e ad incidere sul corretto funzionamento delle istituzioni democratiche¹³⁵.

In questa prospettiva, siamo di fronte ad una fattispecie che ben può essere considerata come il bastione estremo della legislazione penale in materia elettorale, essendo volta a incriminare le condotte più gravi di alterazione del corretto esercizio della sovranità popolare.

Lo strettissimo legame tra dimensione politica e oggettività giuridica della fattispecie spiega la resistenza di parte del ceto politico della cd. *Prima Repub-*

della cosca. I primi costituiscono la ragion d'essere della struttura associativa, i secondi, invece, ne sono una conseguenza indiretta. Restavano da classificare quei delitti che non rientravano in alcuna delle due categorie, ma che venivano posti in essere in momenti di eccezionale fibrillazione dell'associazione, per garantirne la sopravvivenza, come l'omicidio di magistrati o di prefetti. Il cd. *terzo livello*. Sul punto, prendiamo in prestito le parole dello stesso Giovanni Falcone: "attraverso un percorso misterioso, per non so quale rozzezza intellettuale, il nostro terzo livello è diventato il «grande vecchio», il «burattinaio», che dall'alto della sfera politica, tira le fila della mafia. Non esiste ombra di prova o di indizio che suffraghi l'ipotesi di un vertice segreto che si serve della mafia, trasformata in semplice braccio armato di trame politiche". FALCONE (con M. Padovani), *Cose di Cosa Nostra*, Milano, 1991-2018, 181.

¹³⁴ Prendendo atto della scarsa applicazione della norma e della conseguente limitata efficacia della stessa in chiave repressiva, la letteratura penalistica ha ritenuto di attribuirle un ruolo prevalentemente simbolico-espressivo. Così V. MAIELLO, *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico-mafioso (416 ter c.p.)*, in *Studium iuris*, 2015, 1, 1 ss.; CAVALIERE, *Lo scambio elettorale*, cit., 640; AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 maggio 2014, 3.

¹³⁵ Parlano di "esigenza di prevenire la stipula di accordi tra organizzazioni mafiose ed esponenti politici candidati alle elezioni: accordi aventi a contenuto la promessa di un appoggio elettorale con metodo mafioso, in cambio della prestazione di utilità da parte dei candidati stessi" (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Bologna, 2012, 486), e di "intenzione del legislatore di punire comunque e sempre, per comprensibili motivi di politica criminale, lo scambio denaro/voto tra politico e cosche mafiose, che altrimenti ben raramente, o addirittura mai, avrebbe potuto essere sanzionato penalmente a cagione della sua presumibile irrilevanza sul terreno del concorso esterno in associazione mafiosa" (GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, V, 123).

blica a cedere ad una visione *criminogena* della ricerca del consenso – soprattutto nelle regioni tradizionalmente interessate dalla criminalità mafiosa – che, pur facendo leva su una legittima istanza di natura *culturale*, si è però tradotta, nella versione originaria della fattispecie, in una tecnica di redazione *approssimativa* ed evidentemente frutto di un compromesso tra istanze simboliche e timore del rischio di una criminalizzazione in sé di quelle strutture partitiche – si pensi alle cd. *correnti* – fortemente radicate nel territorio¹³⁶.

Nacque così una fattispecie *anomala*, ove l'oggetto della controprestazione era limitato al solo denaro – escludendo così dall'oggetto del *pactum* quelle condotte di agevolazione alle attività criminose della consorteria che possono essere poste in essere in ambito politico-amministrativo (autorizzazioni, appalti, ecc.)¹³⁷ – che, ai fini della consumazione del reato, doveva essere materialmente erogato; di talché, adottando una rigida interpretazione letterale della norma, sarebbero rimaste escluse da essa tutte le ipotesi di mero accordo, non seguito dal pagamento¹³⁸.

Non stupisce quindi il tentativo di superare queste storture in via interpretativa, che ha dato vita ad una discutibile¹³⁹ attività ermeneutica¹⁴⁰, talmente esten-

¹³⁶ P. INSOLERA, *Art. 416-ter c.p. - scambio elettorale politico-mafioso: storia di una fattispecie senza pace*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 settembre 2019.

¹³⁷ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 486; COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 878 ss., 879; FINAZZO, *Scambio elettorale*, cit., § 1; AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 223 ss.; BARAZZETTA, *Sub art. 416-ter*, cit., 760-61.

¹³⁸ disorientamenti interpretativi, in relazione all'esigenza di considerare o meno l'avvenuto versamento del denaro come momento consumativo del reato, e dunque oggetto di prova in sede processuale (in quest'ultimo senso, v. l'indirizzo minoritario espresso da: Cass., Sez. VI, 13 aprile 2012, n. 18080, Diana, in *C.E.D.*, rv. 252641, ove si richiedono, ai fini della configurabilità del reato di voto di scambio politico-mafioso, tanto l'erogazione di denaro, quanto l'effettivo impiego delle modalità di cui all'art. 416 bis, c. 3, c.p., nel procacciamento dei voti, riprendendosi il precedente insegnamento di Cass., Sez. I, 25 novembre 2003, n. 4043, *ivi*, rv. 229991. L'orientamento ampiamente maggioritario, in conformità alla struttura di cd. reato accordo della fattispecie, prescinde da tali elementi: v. Cass., Sez. I, 2 marzo 2012, n. 32820, in *Cass. pen.*, 2013, 3149, secondo la quale “*Il reato di scambio elettorale politico-mafioso si perfeziona al momento delle reciproche promesse, indipendentemente dalla materiale erogazione del denaro, essendo rilevante - per quanto attiene alla condotta dell'uomo politico - la sua disponibilità a venire a patti con la consorteria mafiosa, in vista del futuro e concreto adempimento dell'impegno assunto in cambio dell'appoggio elettorale*”, a margine della quale v. MULE', *Scambio elettorale politico-mafioso e rilevanza della mera promessa reciproca*, in questa *Rivista*, 2012, 3, 1 ss. Analogamente, in precedenza, Cass., Sez. V, 13 novembre 2002, n. 4293, in *C.E.D.*, rv. 224274, e, specialmente, Cass. Sez. un., 15 luglio 2005, n. 33748, Mammì. In letteratura, v. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 225 ss.).

¹³⁹ G. INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Ind. pen.*, 2015, 223 ss., 241-43; G. INSOLERA, *Ripensare l'antimafia: il sistema penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2014, 1 ss. e, in particolare, 5; VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, in

siva da lambire l'analogia *in malam partem*.

Last but not least, anche con riferimento a questa fattispecie si poneva una peculiare declinazione del *problema del metodo*, non essendo chiaro se l'utilizzo delle modalità tipiche descritte dal terzo comma dell'art. 416 *bis* dovesse essere oggetto di pattuizione espressa, ovvero fosse implicitamente richiamato nella richiesta di supporto al candidato da parte della cosca¹⁴¹.

Ventidue anni - e molte polemiche¹⁴² - dopo, l'art. 416 *ter* c.p. è stato sottoposto ad un primo intervento di modifica ad opera della l. n. 62/2014, all'esito del quale risultava punito con la reclusione da quattro a dieci anni chiunque accettasse "*la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità*"; stessa pena per i promittenti i voti¹⁴³.

Veniva così a mutare la *fisionomia strutturale* della fattispecie, che da fattispecie plurisoggettiva necessaria impropria veniva modificata in fattispecie plurisoggettiva necessaria propria; è stato poi inserito un nuovo "*requisito modale*", relativo al contenuto dell'accordo, che - come chiarito dalla Corte di Legittimità - *deve contemplare l'impegno del gruppo malavitoso ad attivarsi nei confronti del corpo elettorale anche dispiegando concretamente, se necessario, il proprio potere di intimidazione, con la conseguenza che sono penalmente irrilevanti le condotte pregresse consistenti in pattuizioni politico-*

www.penalecontemporaneo.it, 17 giugno 2013, 4-5; LOMBARDO, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in AA.VV., B. ROMANO (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, 253 ss., 255-57.

¹⁴⁰ Dopo Cass., Sez. I, 25 marzo 2003, n. 27777, in *C.E.D.*, rv. 225864, con nota di LAUDATI, *Una sentenza troppo "buonista". Armi spuntate contro il connubio mafia-politica*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 31, 37 ss.; Conforme: Cass., Sez. III, 23 settembre 2005, in *C.E.D.*, rv. 232410

¹⁴¹ Ragionando sulla natura di *reato accordo* del delitto di scambio elettorale, la Corte di legittimità ha ritenuto che ai fini della consumazione non fosse necessario l'effettivo procacciamento dei voti mediante modalità mafiose - considerato un mero post-fatto non punibile, ma che lo stesso si perfezionasse al momento dell'accordo *contra*, ma isolatamente, Cass., Sez. VI, 13 aprile 2012, n. 18080, cit.; Cass., Sez. I, 25 novembre 2003, n. 4043, cit. In letteratura, per tutti: AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 253 ss.

¹⁴² Danno esaustivamente conto del tortuoso iter parlamentare della riforma: AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 266 ss.; VISCONTI, *Verso la riforma del reato*, cit., 1 ss.; SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in questa *Rivista*, 2013, 3, 1 ss.

¹⁴³ Sulla riforma del 2014: V. MAIELLO, *La nuova formulazione*, cit., § 1 ss.; AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 279 ss.; Amarelli, *La riforma del reato*, cit., 1 ss.; LOMBARDO, *Lo scambio elettorale*, cit., 253-54, 257-264; CONSULICH, *I reati contro l'ordine pubblico*, in Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, XVI ed., a cura di Grosso, Milano, 2016, 99 ss., 135 ss.; COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale politico-mafioso, tra istanze repressive ed equilibrio sistematico*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 7, 789 ss.; FIANDACA, *Scambio elettorale politico-mafioso: un reato dal destino legislativo e giurisprudenziale avverso?* in *Foro it.*, 2015, 9, pt. II, 522 ss.

*mafiose, che non abbiano espressamente previsto le descritte modalità di procacciamento dei voti*¹⁴⁴.

A soli tre anni di distanza da questa prima riscrittura, il legislatore è poi intervenuto rivedendo al rialzo il quadro edittale, che a seguito della l. 103/2017, prevedeva la pena della reclusione di sei anni nel minimo e dodici anni nel massimo.

Come è stato correttamente osservato¹⁴⁵, già quella novella era nei fatti una concessione alle istanze emotive delle forze populiste, che vedevano nella riduzione di pena prevista nel 2014 il segno di una *collusione* tra la maggioranza dell'epoca e il *côté* mafioso¹⁴⁶.

La novella del 2017 è stata solo il prodromo della radicale riscrittura operata con la l. 21 maggio 2019 n. 43, che ha integralmente sostituito il testo dell'art. 416 c.p., che oggi punisce “*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 è applicata nei confronti di chi promette “*direttamente o a mezzo di intermediari, di procurare voti nei casi di cui al primo comma*”; significativa, infine, dello *Zeitgeist* giallo-verde l'aggravante prevista dal terzo comma, in forza della quale “*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*¹⁴⁷”.

¹⁴⁴ Cass., Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 36382, Antinoro, in *C.E.D.*, rv. 260168; sulla quale si vedano: AMARELLI, *Il metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale: elemento necessario o superfluo per la sua configurazione?* in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2014; V. MAIELLO, *Il nuovo art. 416 ter approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, 2014, 12, 2836 ss.

¹⁴⁵ P. INSOLERA, *Art. 416-ter c.p. - scambio elettorale politico-mafioso: storia di una fattispecie senza pace*, cit.

¹⁴⁶ Come osserva Giuseppe Amarelli, a seguito della pronuncia della Cassazione di cui abbiamo dato conto alla nota precedente, si è creato un vero e proprio “*cortocircuito mediatico (...) che ha portato a qualificare una norma concepita e costruita per contrastare le infiltrazioni mafiose nella politica nel suo esatto contrario, ossia in un favore ai politici collusi ed ai sodalizi criminali: il nuovo delitto c.d. di 'voto di scambio', infatti, è stato dapprima bollato come norma "più favorevole" per i suoi potenziali destinatari, poi etichettato come "più difficile da provare" ed, infine, commemorato come "reato cancellato"*. AMARELLI, *Il metodo mafioso nel nuovo reato di scambio elettorale: elemento necessario o superfluo per la sua configurazione?* cit., 2.

¹⁴⁷ Per un commento alla riforma del 2019 si rinvia a: AMARELLI, *La riforma dello scambio elettorale*,

Anche in questo caso, il furore punitivo - dimostrato dall'ancoraggio del compasso edittale a quello previsto dall'art. 416 *bis*, c. 1, che, giova ricordarlo, a seguito della l. n. 69/2015 è pari alla reclusione da dieci a quindici anni - si lega ad una tecnica legislativa insoddisfacente, per non dire del tutto scadente.

Come è stato osservato, talune modifiche sono del tutto irrilevanti, altre invece del tutto irrazionali¹⁴⁸.

Appartiene alla prima categoria la scelta di menzionare espressamente tra i soggetti attivi l'intermediario - figura già punibile sotto la precedente formulazione della norma - così come l'aggiunta dell'aggettivo indefinito "*qualunque*" prima della locuzione "*altra utilità*",

essendo quest'ultima talmente ampia da poter ricomprendere qualsiasi forma di vantaggio che potesse essere tratta da un patto elettorale illecito.

Viceversa, risulta del tutto irrazionale la scelta di esplicitare che il promittente i voti possa essere anche un soggetto intraneo al sodalizio mafioso: non è chiaro, infatti, come debba intendersi questa categoria di soggetti "appartenenti" a clan mafiosi, ovvero se sia necessaria una condanna definitiva per associazione di tipo mafioso, o se sia sufficiente una condanna ancora non passata in giudicato o addirittura l'applicazione di una misura cautelare o di prevenzione.

Tuttavia, ciò che rende macroscopicamente irragionevole - e altrettanto illegittima - la riforma del 2019 è la scelta di prevista una nuova aggravante ad effetto speciale che determina un aumento fisso della metà della pena base nell'eventualità in cui il candidato alle elezioni risulti eletto a seguito della promessa elettorale di origine mafiosa¹⁴⁹.

Come nel caso della pena accessoria *fissa* dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici prevista dall'art. 317 *bis* c.p. *post legge Spazzacorrotti*, ci troviamo di fronte ad una norma del tutto incompatibile con il principio di ragionevolezza, nonché con la finalità rieducativa della pena.

L'aumento di pena viene ancorato ad un dato del tutto estraneo e indipendente dal voto di scambio, non solo non accertabile in ragione della segretezza del voto, ma potenzialmente ininfluenza rispetto al risultato complessivo

cit.; P. INSOLERA, cit.

¹⁴⁸ Così AMARELLI, *La riforma dello scambio elettorale*, cit.

¹⁴⁹ Sull'irragionevolezza della equiparazione *quoad poenam* tra art. 416 *bis* e art. 416 *ter* riproposta dall'ultima novella, auspicando una prossima censura da parte della Consulta: AMARELLI, *La riforma dello scambio elettorale*, cit.; P. INSOLERA, *Art. 416-ter c.p. - scambio elettorale politico-mafioso: storia di una fattispecie senza pace*, cit.; MOROSINI, *Inquinamento mafioso della politica e legge penale*, in *Questione giustizia*, 5 giugno 2019.

ottenuto dal candidato e allo scarto con gli altri *competitor*; così, la pena per i politici *eletti*, infatti, arriva a ventidue anni di reclusione, mentre quella per i soggetti elencati all'articolo 416 *bis* c.p. si ferma a "soli" diciotto anni¹⁵⁰.

Breve.

Nell'era della convergenza degli opposti populistici, i politici che accettano la promessa del voto di soggetti *in odore di mafia* devono essere puniti più severamente di chi guida, organizza o promuove strutture criminali organizzate, sistematicamente dedite alla realizzazione di crimini efferati quali il traffico internazionale di sostanze stupefacenti, sequestri di persona, omicidi.

8.- *Conclusioni: paternalismo empatico e legislatore irrazionale*

Possiamo prendere congedo da queste nostre riflessioni.

Le considerazioni che abbiamo svolto nei paragrafi che precedono ci portano a ritenere che l'attuale fase politico-criminale rappresenti il frutto della convergenza - icasticamente rappresentata nelle clausole del *Contratto per il Governo del cambiamento* - delle istanze punitive tipiche dei due modelli di populismo penale che hanno caratterizzato l'esperienza italiana dagli anni '90 fino ad oggi.

Pur essendo frutto di visioni distinte - semplificando, l'una volta a stigmatizzare i vizi della *casta*, l'altra a cullare il sentimento di insicurezza che deriva dall'aumento dei flussi migratori - entrambe condividono un *humus* comune, che consiste nel rifiuto del modello di diritto penale che letteratura e giurisprudenza hanno ricavato e perfezionato muovendo dalla Carta Costituzionale fino ad arrivare alla C.E.D.U. e dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Pur non negando la presenza di alcune affinità tra i due modelli criminologici dei quali abbiamo osservato la convergenza¹⁵¹, ci pare la riduzione a unità di

¹⁵⁰ AMARELLI, *La riforma dello scambio elettorale*, cit.

¹⁵¹ Come è stato autorevolmente osservato: "la pagina della c.d. 'concussione ambientale', cioè la 'ambientalità' e il consolidamento culturale di modelli di illegalismo sistematizzato in materia politico-economica - modelli che certamente a prima vista nulla avevano e nulla hanno a che fare con il 'nostro' tradizionale modello di organizzazione criminale di stampo mafioso - ha dimostrato che due fenomeni in apparenza eterogenei avevano in realtà un identico DNA. Entrambi si accompagnano infatti a quella caratteristica creazione di un 'clima culturale' di 'regole antagonistiche' (rispetto a quelle legali), e di un 'sistema di valori' eteronomo - che sono tipici ab origine della criminalità organizzata - che attraverso una sistemica limitazione delle libere scelte individuali produce in sequenza le violazioni più gravi e progressive dei beni giuridici, in un generale clima di affidamento sulla impunità da parte degli autori, garantito dalla acquiescenza, anch'essa culturale, delle 'vittime' PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in Barillaro (a cura di), *Criminalità organizzata e strut-*

due sistemi tra loro ontologicamente diversi e fundamentalmente incompatibili, quali dovrebbero essere quello pensato per contrastare forme di criminalità organizzata talmente penetranti da riuscire a mettere in discussione la capacità dello Stato di garantire l'Ordine pubblico - dunque, in definitiva, per reprimere fenomeni ascrivibili al paradigma dell'*antistato* - e quello che invece mira a garantire il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione, non è che il primo frutto avvelenato di questa riedizione delle *convergenze parallele*.

Attorno a questo nucleo unitario, del quale antimafia e anticorruzione sono i due elementi centrali, si sta sviluppando un sistema penale fondato su principi diversi da quelli enunciati nella Costituzione del 1948, ove riecheggiano stilemi preilluministici, fondati su una sfiducia *hobbesiana* nella capacità dello Stato democratico a fornire risposte efficaci alla questione criminale.

Se a ciò aggiungiamo il fenomeno della disarticolazione dei corpi intermedi, ai quali la stessa Carta del 1948 affidava un ruolo essenziale nel processo democratico, il futuro ci consegna ad un legislatore *empatico* e *autoritario*, più attento a dare risposte rapide alle esigenze di cittadini-bambini, che vivono nell'orizzonte ristretto delle invisibili *Echo Chambers* che gli algoritmi che governano i *social network* costruiscono attorno a loro¹⁵², piuttosto che a governare i fenomeni nella loro dimensione empirica.

Dalla convergenza parallela dei due populismi che nel corso degli ultimi vent'anni sono stati incubati nel lato oscuro della democrazia italiana è nata una legislazione penale irragionevole, figlia della *pretesa di trattare allo stesso modo, dall'angolo visuale delle conseguenze penologiche, fenomenologie criminali irriducibilmente diverse*¹⁵³.

L'emergenza legittima e giustifica l'introduzione di leggi *speciali*; pertanto, qualora non esista, deve essere creata, anche attraverso l'uso distorsivo del sistema mediatico¹⁵⁴.

tamento delle risorse territoriali, 2004, 144.

¹⁵² RIVA, *Fake news*, Bologna, 2018, 85.

¹⁵³ BARON, '*Spazzacorrotti*', art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale, cit., 155.

¹⁵⁴ Si torna, ancora una volta, al problema del rapporto tra narrazione mediatica e misurazione dei fenomeni corruttivi. La questione è ben sintetizzata dal cd. *Paradosso di Trocadero*, che può essere così sintetizzato: più si perseguono i fenomeni corruttivi sul piano della prevenzione e le fattispecie di reato sul piano della repressione, maggiore è la percezione del fenomeno. È ampiamente dimostrato, infatti, che più si enfatizza il fenomeno - anche descrivendo le azioni positive poste in essere per reprimerlo - più il fenomeno stesso verrà percepito come rilevante. Sul punto, si rimanda agli scritti di RIZZICATONELLO, *Exposure to media and corruption perceptions*, Banca d'Italia, Temi di discussione, n. 1043, novembre 2015; TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione*, Bologna, 2018; ID., *Il paradosso di Trocadero*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 22 ottobre 2017.

In questo caso, il fenomeno ha radici che affondano nel XIX Secolo¹⁵⁵; tuttavia, ciò che a lo rende diverso - e assai più pericoloso che in passato - è la vasta legittimazione che questo agire trova oggi nell'opinione pubblica.

I mezzi eccezionali sono accolti con estremo favore dal corpo elettorale, tanto che, come è stato efficacemente osservato, nessun partito politico, oggi, prenderebbe seriamente in considerazione proposte di modifica delle normative maggiormente problematiche sul piano della compatibilità con i principi e le garanzie - come nel caso delle misure di prevenzione - che non fossero nel segno del potenziamento del mezzo¹⁵⁶.

In un contesto siffatto, frutto di una deriva trentennale, non è facile immaginare una inversione di tendenza che possa garantire al cittadino una maggiore tutela da un diritto penale ormai *totale*, così pervasivo da occupare - con il consenso di larghe fasce del corpo sociale - ogni spazio della vita individuale e dello spazio pubblico¹⁵⁷.

¹⁵⁵ È una antica tradizione italiana quella di ammettere la deroga, mediante la previsione di legislazioni di volta in volta *speciali*, ai modelli repressivi codicistici, formalmente rispettosi dei diritti fondamentali dell'uomo e delle garanzie processuali che gli devono essere riconosciute. Già nell'Italia liberale, in continuità con la tradizione sabauda, che già a partire dalla *Legge Galvagno* del 26 febbraio 1852 aveva adottato numerosi provvedimenti in materia di misure di prevenzione, vennero approvate leggi di pubblica sicurezza, a partire dalla *Legge Rattazzi*, entrata in vigore il 15 novembre 1859 nel Regno di Sardegna ed estesa al Regno d'Italia con l. 20 marzo 1865. Tale normativa restò in vigore fino al 1888, anche se nel frattempo verranno emanate alcune leggi speciali, come la già menzionata Legge Pica del 1863 e la l. 4 maggio 1866, approvata dal Parlamento in vista della terza guerra di indipendenza. Altri provvedimenti straordinari in materia di pubblica sicurezza vennero adottati nel 1871, nel 1874 e nel 1881, fino ad arrivare alla *Legge Crispi*, che costituì il nuovo Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (30 giugno 1889, n. 6144). Sul punto si rimanda alla ricca e sempre attuale trattazione di MEREU, *Cenni Storici sulle misure di prevenzione nell'Italia «liberale» (1852-1894)*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, cit., 197 ss., nonché al più recente scritto di LACCHÈ, *Uno «sguardo fugace». Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-2017, 413 ss.; nonché all'ampia e approfondita trattazione di V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in V. Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi* in Palazzo-Paliero (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2015, 300 ss. L'Italia repubblicana ha portato avanti questa *tradizione*, intervenendo a più riprese sul sistema della prevenzione, già a partire dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione. Sul punto, BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. Dir.*, 1974, 351, e in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 871 ss.

¹⁵⁶ CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 dicembre 2015.

¹⁵⁷ Prendiamo in prestito e facciamo nostra l'immagine evocata nell'ultimo scritto di SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, 23.