

DIRITTO DEL DETENUTO ALLE COMUNICAZIONI ED ESIGENZE DI DIFESA
SOCIALE: UNA PROBLEMATIC COABITAZIONE.
OSSERVAZIONI SUGLI ARTT. 391-BIS E TER C.P.*

Italo Iovine**

SOMMARIO: 1. – Premessa; 2. – I comportamenti illeciti: le ipotesi di reato; 3. – L’introduzione dell’art. 391-bis c.p.: la struttura; 3.1. Il bene giuridico tutelato; 3.2. – I soggetti; 3.3. – La condotta; 3.4. – La locuzione “elusione delle prescrizioni”; 3.5. – L’art. 391-bis c.p.: come reato di pericolo; 3.6. – L’elemento psicologico; 3.7. – I rapporti con gli altri reati; 3.8. – La difficile applicazione dell’articolo 391-bis; 3.9. – (segue) con i regolamenti penitenziari e con l’art. 650 c.p. 4.– L’introduzione dell’art. 391-ter c.p.: i presupposti; 4.1. La struttura; 4.2. – La condotta; 4.3. – L’elemento soggettivo; 4.4. – La figura delittuosa di cui al comma 3 dell’articolo 391-ter; 4.5. – I rapporti tra articolo 391-bis c.p. e articolo 391-ter c.p.; 4.6. – Oggetto materiale del reato e confini dell’interpretazione penale nell’art. 391-ter c.p.; 4.7. – (segue) Offensività, consumazione istantanea e prospettive di intervento normativo; 5. – L’attività d’indagine: il ruolo della polizia giudiziaria e della magistratura; 6. – Le prime applicazioni giurisprudenziali; 7. – Considerazioni *de iure condendo*.

1.- *Premessa*

Il delicato equilibrio tra i diritti del detenuto (a mantenere rapporti personali con i propri familiari e con il mondo esterno) e l’inderogabile esigenza di difesa sociale alla repressione della criminalità evidenzia le difficoltà, incontrate dal legislatore, nel ricercare un’armonizzazione tra contrapposti interessi di rango costituzionale.

L’evoluzione normativa e i conseguenti interventi della Corte Costituzionale, che hanno accompagnato il passaggio da un modello custodiale rigidamente afflittivo e punitivo, tipico dell’epoca pre-costituzionale, ad un sistema che pone come obiettivo primario la rieducazione e la risocializzazione del condannato, hanno comportato il progressivo riconoscimento al detenuto di diritti fondamentali, in precedenza ritenuti inimmaginabili¹. Tuttavia la progressiva valorizzazione delle finalità rieducative della pena ha reso

* Testo dell’intervento pronunciato l’11 novembre 2026 in occasione del Seminario di Istituzioni di diritto e procedura penale su “La limitazione delle comunicazioni”.

** Cultore di Istituzioni di diritto e procedura penale nell’Università degli Studi di Salerno

¹ Cfr. Corte Cost. 2 luglio 1990, n. 313, in <https://giurcost.org>, che segna il definitivo superamento della tesi delle differenti funzioni della pena, a favore del preminente interesse rieducativo; inoltre, si veda anche la sentenza 11 febbraio 1999, n. 26, ivi, per l’affermazione della vigenza dei diritti inviolabili all’interno delle carceri.

necessario un contemperamento tra i diritti del condannato e l'inevitabile esigenza di repressione e punizione delle condotte antisociali, affinché il compito statale di preservare l'ordine pubblico non risultasse compromesso.

Il tema delle comunicazioni e dei colloqui dei detenuti con terzi o con i familiari si configura come un nodo centrale nel complesso equilibrio tra opposti interessi. Il mantenimento di contatti con il mondo esterno alla struttura carceraria se da un lato rappresenta un fondamentale strumento per la socializzazione durante il periodo di detenzione, dall'altro può costituire un veicolo per conservare le relazioni criminali del condannato o addirittura (in determinati casi) per consentirgli di dirigere, dal carcere, attività delittuose del sodalizio di appartenenza. La rilevanza della questione è del tutto evidente considerato che, pur nella loro autonomia regolamentare, tutti gli istituti penitenziari vietano la detenzione e l'uso di telefoni cellulari o altri dispositivi utili alle comunicazioni esterne da parte dei detenuti. Tale divieto risponde altresì ad esigenze cautelari e processuali, poiché un detenuto in custodia cautelare potrebbe facilmente eludere il regime di isolamento deciso dal giudice per finalità investigative e comunicare con l'esterno. Analogamente, anche per i detenuti condannati in via definitiva e, dunque, in assenza di esigenze cautelari, è esclusa la possibilità di comunicazioni non autorizzate, in un'ottica che preserva il carattere afflittivo della pena. Particolare criticità emerge in relazione ai detenuti affiliati ad organizzazioni criminali, i quali hanno un interesse peculiare alle comunicazioni esterne per mantenere il controllo sulle attività del gruppo di appartenenza.

La questione ha assunto contorni ancor più complessi durante la pandemia da Covid-19, quando la sospensione totale dei colloqui in presenza ha comportato un significativo *vulnus* al diritto dei detenuti al mantenimento delle relazioni familiari. L'assenza di adeguate strumentazioni tecnologiche per garantire comunicazioni alternative, come le videochiamate, unita al cronico sovraffollamento degli istituti penitenziari, ha reso particolarmente arduo assicurare la continuità delle interazioni con l'esterno. In tale contesto, l'amministrazione penitenziaria ha attribuito ai direttori degli istituti un ampio potere discrezionale nel decidere eventuali incrementi nella durata e nella frequenza delle comunicazioni concesse ai detenuti, tenendo conto della rispettiva posizione processuale e detentiva. Tuttavia, il sistema ha evidenziato un'anomalia giuridica di fondo, poiché l'esercizio di diritti costituzionali, quali i colloqui per i detenuti condannati in via definitiva, risulta subordinato ad un'autorizzazione amministrativa, priva di controllo giurisdizionale e senza strumenti effettivi di impugnazione in caso di diniego.

Questa situazione ha determinato l'emanazione di due distinti provvedimenti legislativi, che hanno modificato il codice penale con l'introduzione prima dell'articolo 391-*bis* e, successivamente, dell'articolo 391-*ter* al fine di disciplinare in maniera più adeguata la materia.

L'intervento del 2009, che prevedeva la riscrittura dell'articolo 42-*bis* ad opera della l.n. 94/2009 con un inasprimento del regime carcerario per i detenuti a più alta pericolosità

Interventi

sociale, ben presto si è rilevato sostanzialmente inefficace in quanto finiva per limitare eccessivamente la portata della norma rendendo la sua applicazione estremamente difficile. Di conseguenza, gli operatori della giustizia si vedevano spesso costretti a ricorrere all'applicazione della contravvenzione descritta dall'articolo 650 c.p. che prevede una configurazione di carattere generale punita con sanzioni decisamente meno severe.

Un ulteriore limite della riforma del 2009 risiedeva nel fatto che era rivolta ai soli detenuti sottoposti a regimi speciali di detenzione, escludendo così una parte significativa della popolazione carceraria.

Negli anni successivi si è assistito a una recrudescenza dei casi di introduzione, detenzione e utilizzo di apparecchi telefonici all'interno delle carceri; fenomeno che ha assunto talvolta connotati eclatanti anche per effetto dell'amplificazione generata dal circuito mediatico².

Il legislatore è stato così indotto ad intervenire nuovamente, introducendo l'articolo 391-ter nel codice penale. Questa fattispecie di reato, pur configurandosi in maniera meno generica rispetto alla previsione contenuta nell'articolo 391-bis, presenta una significativa estensione sul piano dei soggetti richiamati in quanto la condotta sanzionata può essere posta in essere non solo da detenuti appartenenti a regimi speciali, ma da qualunque detenuto che si trovi in regime carcerario preventivo o definitivo, nonché da qualsiasi terzo che introduca o consenta la detenzione illegale di dispositivi di comunicazione all'interno del carcere. Tale scelta normativa segna un ampliamento del perimetro della norma, contestualmente a una più rigorosa delimitazione della condotta penalmente rilevante e dimostra la volontà del legislatore di punire ogni forma di comunicazione esterna dei detenuti, indipendentemente dalla loro posizione processuale o dalla pericolosità sociale della condotta specifica.

Infatti, nell'articolo 391 la condotta punita è indicata in modo generico come l'agevolazione o la possibilità fornita ai detenuti sottoposti al regime speciale detentivo, *ex art. 41-bis* Regolamento Penitenziario, di comunicare con altri; si tratta di una fattispecie alquanto ampia che comprende più modalità comunicative (tra cui i colloqui tra gli stessi detenuti o il personale del carcere) e senza indicazione di specifiche modalità o strumenti utilizzati. Ne consegue che l'articolo 391-bis tutela l'efficacia della detenzione in termini di repressione, contrasto della criminalità o delle esigenze cautelari

² Cfr. clamorosi fatti di cronaca riportati dagli organi di stampa: ad esempio il recente arresto di 25 persone per l'introduzione nel carcere di Lecce di cellulari e sostanze stupefacenti utilizzando un drone (reperibile in <https://www.lecceprima.it/cronaca/droga-cellulari-carcere-Lecce-31-indagati-9-aprile-2025.html>); quello di quattro persone indagate nel carcere di Agrigento per uso illecito del cellulare (reperibile in <https://www.agrigentonotizie.it/cronaca/chiamate-cellulari-carcere-4-indagati.html>); quello del 10 aprile u.s. nel carcere di Secondigliano sono stati rinvenuti e sequestrati ben 25 cellulari detenuti illegalmente dagli internati (reperibile in <https://www.napolitoday.it/cronaca/telefoni-smartphone-carcere-secondigliano.html>).

di una ben determinata categoria di detenuti, la cui pericolosità sociale prescrive l'impedimento di qualsiasi comunicazione non autorizzata.

Il bene giuridico tutelato dalla norma va rinvenuto, secondo un filone dottrinale, nella effettività della detenzione penale, valorizzata sia in termini di esigenze cautelari che di effettività della sanzione; in effetti, il divieto di comunicazione con l'esterno risiede sia nella volontà, non solo, di recidere i contatti dei detenuti con i precedenti sodalizi criminali, ma anche di rendere concreta la detenzione al fine di salvaguardare le esigenze cautelari³.

Un elemento significativo della novella risiede nella qualificazione giuridica della condotta illecita, che non è più configurata come una mera violazione disciplinare del regolamento penitenziario interno, ma assume la natura di un vero e proprio reato. Questa trasformazione normativa esclude inoltre, l'applicabilità della contravvenzione di cui all'articolo 650 del codice penale che, com'è noto nel disciplinare la violazione di un ordine dell'autorità prevede sanzioni sensibilmente più blande. La scelta di inasprire le conseguenze giuridiche appare motivata dalla volontà di attribuire al fatto un peso maggiore, non limitandolo a una questione di regolamento interno, ma elevandolo a violazione della sentenza giudiziale che ha disposto la pena detentiva. In sostanza, il detenuto che effettua comunicazioni abusive con l'esterno non contravviene semplicemente alle regole dell'istituto penitenziario, ma si pone in contrasto con la decisione del giudice che, nell'irrogare la pena, ha determinato una precisa modalità di compressione dei diritti costituzionali del reo. Tale modalità non può essere aggirata nel corso dell'esecuzione penale senza compromettere la finalità stessa della pena.

2.- *I comportamenti illeciti: le ipotesi di reato*

Nel contesto del regime carcerario speciale le comunicazioni dei detenuti sono soggette a limitazioni rispetto al regime ordinario. In particolare, l'articolo 41-*bis*, comma 2, secondo periodo l.n. 354/1975 (ordinamento penitenziario) prevede che i detenuti sottoposti a tale regime abbiano il diritto di effettuare colloqui telefonici con i propri congiunti o familiari nella misura di un colloquio mensile della durata massima di dieci minuti. Per quanto riguarda i detenuti imputati ma non ancora condannati, l'autorizzazione per tali comunicazioni deve provenire dall'autorità giudiziaria competente per le indagini. Relativamente ai detenuti condannati in primo grado, ma non ancora in via definitiva, l'autorizzazione è concessa su decisione discrezionale del direttore dell'istituto penitenziario. Successivamente alla condanna definitiva, viene rimesso al Ministero della Giustizia, attraverso propri provvedimenti, di stabilire le modalità specifiche per l'esercizio di tale diritto di comunicazione.

³ Cfr. L. MONTICELLI, *Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, (diretto da), *Diritto penale*, Milano, 2022, p. 2963; R. CANTONE, *Art. 391-ter c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2022, p. 256.

Interventi

Una circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP)⁴ ha dettagliato le modalità per lo svolgimento di tali comunicazioni familiari. È previsto l'obbligo per il detenuto di indicare con precisione i nominativi, la residenza e il grado di parentela dei congiunti. Questi ultimi vengono avvisati dall'autorità penitenziaria di presentarsi in una data e ora prestabilite presso un istituto penitenziario vicino alla loro residenza (o presso il penitenziario dove è detenuto il richiedente) per effettuare la comunicazione telefonica. Tale comunicazione non avviene attraverso l'utenza privata dei congiunti, ma tramite le linee pubbliche dei penitenziari ed è integralmente registrata.

Le disposizioni di cui all'art. 391-*bis* c.p. sanzionano la condotta di chiunque consenta, in qualsiasi modo, ai detenuti sottoposti al regime di carcere duro *ex* articolo 41-*bis* l.n. 354/1975, di comunicare con terze persone in violazione delle prescrizioni e dei divieti previsti da tale regime. Qualora il reato sia commesso da soggetti con determinate qualifiche (incaricato di pubblico servizio, pubblico ufficiale o appartenente all'ordine professionale forense), la pena è aumentata, con un minimo e massimo edittale compreso tra tre e sette anni⁵.

La pena prevista per qualunque altro soggetto autore della condotta è invece compresa tra un minimo ed un massimo edittale di due e sei anni⁶. L'ultimo comma di suddetto articolo prevede, inoltre, che la medesima pena prevista per i soggetti non qualificati venga applicata anche al detenuto sottoposto al regime sanzionatorio del 41-*bis* che intrattenga comunicazioni con terze persone in violazione delle disposizioni carcerarie previste per il suo trattamento.

Numerosi fatti di cronaca e segnalazioni da parte dei sindacati di polizia penitenziaria, che denunciavano l'esponentiale aumento dei casi di introduzione di cellulari in carcere o di detenuti in regolare contatto con l'esterno o con altri detenuti, hanno spinto il legislatore ad emanare un nuovo provvedimento (d.l. 131/2020), che ha comportato un aumento sia della pena base per tale reato e sia della pena aggravata, nonché un'estensione della fattispecie criminosa, includendo in essa la comunicazione con l'esterno attuata dal detenuto.

3.- *L'introduzione dell'art. 391-bis c.p.: la struttura*

La punibilità della condotta agevolatrice delle comunicazioni in carcere era già stata prevista dal legislatore mediante la riforma introdotta con la l. n. 94/2009. Tuttavia, in questi sedici anni di vigenza, tale innovazione legislativa non ha trovato una significativa applicazione giurisprudenziale, portando la dottrina a interrogarsi sull'effettiva utilità del provvedimento normativo⁷. Questa fattispecie di reato 391-*bis* c.p. si distingue dall'art.

⁴ Cfr. Circolare DAP n. 3592/6042 del 9 ottobre 2003.

⁵ L'attuale trattamento sanzionatorio è stato determinato dall'art. 8 del d.l. n. 131/2020. Nella formulazione originaria la pena era prevista da due a cinque anni di reclusione.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. A. SALVATI, 2010, *Verso un diritto penale della sicurezza? Alcune considerazioni critiche sulla legge 15 luglio 2009 n. 94*, in *Amministrazione in cammino*, 4/2010.

650 c.p. per alcuni elementi costitutivi: in primis, la gravità della condotta prevista dall'articolo appena richiamato è decisamente inferiore rispetto a quella prevista dagli articoli 391-*bis* e *ter* del codice penale. Non a caso, il primo è una contravvenzione e, in quanto tale, è assistito da un regime sanzionatorio più mite rispetto ai delitti.

Inoltre, la condotta prevista dall'art. 650 c.p. è di tipo omissivo, poiché consiste nel mancato adempimento ed adozione di atti o condotte stabilite dall'autorità pubblica. Essendo una contravvenzione, l'art. 650 c.p. richiede per la sua commissione l'elemento psicologico del dolo o della colpa, mentre i reati previsti dagli articoli 391-*bis* e *ter* del codice penale sono esclusivamente dolosi, richiedendo quindi il solo elemento psicologico del dolo (specifico). La contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. punisce, dunque, il soggetto che omette di adempiere agli ordini dell'autorità pubblica emessi per ragioni di giustizia, ordine pubblico e igiene⁸. La giurisprudenza ha inteso in senso restrittivo tale articolo, precisando che per aversi dovere di osservanza privata occorre che lo specifico provvedimento amministrativo indichi al suo interno le ragioni pubbliche che ne giustificano la adozione e l'osservanza⁹.

La norma quindi, presuppone la violazione di atti amministrativi determinati e specifici, ossia diretti a destinatari ben precisi, individuati o individuabili facilmente non solo a posteriori, ma anche in una fase antecedente alla sua applicazione; di tal guisa, non rientra nella fattispecie *ex art.* 650 c.p. la violazione di atti amministrativi generali o di regolamenti (atti normativi rivolti all'intera collettività e non a soggetti individuati, né prima né dopo la loro applicazione concreta). La giurisprudenza costante evidenzia, inoltre, che tale contravvenzione ha ad oggetto solo la violazione di atti amministrativi individuali o con destinatari individuabili, mentre non è realizzata se si violano provvedimenti di natura giurisdizionale¹⁰.

Il punto dirimente della distinzione con l'art. 650 c.p. è rappresentato dal fatto che quest'ultimo ha carattere residuale e sussidiario venendo applicato alle condotte non altrimenti punite con altre figure di reato più gravi¹¹. Peraltro, in virtù del concetto di "atto autoritativo delle autorità" – la cui inosservanza configura la suddetta contravvenzione – si potrebbe far rientrare nella portata della norma il decreto amministrativo del Ministro di Giustizia inerente all'adozione del regime carcerario speciale per il condannato in maniera definitiva, in linea con quell'impostazione giurisprudenziale secondo la quale «ogni atto con cui l'autorità imponga ad una o più persone determinate un particolare condotta, commissiva od omissiva, dettata da contingenti ragioni a tutela di interessi

⁸ Cfr. M. SINISCALCO, voce *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, pp. 665 ss.

⁹ Cfr. Cass., sez. I pen., 30 maggio 1995, n. 7452, in www.italgiure.giustizia.it; più recentemente, Cass., sez. VI pen., 9 aprile 2013, n. 40186, in www.italgiure.giustizia.it.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. I pen., 8 gennaio 2020, n. 2968, in www.italgiure.giustizia.it.

¹¹ Cfr. Cass., sez. III pen., 15 febbraio 2019, n. 25322, in www.italgiure.giustizia.it; Cass., sez. I pen., 19 aprile 2016, n. 44126, in www.italgiure.giustizia.it.

Interventi

collettivi (id est pubblici) afferenti a scopi di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene»¹².

3.1.- *Il bene giuridico tutelato*

Non pochi problemi solleva l'identificazione del bene giuridico protetto.

La collocazione della norma tra i delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie e, quindi, nel Libro II, Titolo III, Capo II del codice penale appare, seconda una parte della dottrina, incongrua in quanto si tratta di una condotta che viola non un provvedimento giudiziario, bensì un atto amministrativo o, meglio, la decisione amministrativa discrezionale del Ministro di Giustizia di assoggettare un detenuto al regime speciale carcerario¹³. Ciò ha spinto altra dottrina a suggerirne una diversa collocazione sistematica nella parte relativa ai reati contro la pubblica amministrazione oppure nella parte dei reati contro l'ordine pubblico¹⁴.

È stato, inoltre, rilevato che la condotta del soggetto agevolatore sia lesiva non tanto del provvedimento amministrativo del Ministero di Giustizia, quanto della finalità pubblica alla base di esso, cioè la tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza e della intangibilità della società civile da infiltrazioni ed attività criminali. Se, infatti, si fosse concepito il disvalore penale della condotta nella sola inosservanza del provvedimento del Ministero di Giustizia, allora si sarebbe applicato l'articolo 650 del codice penale, che sanziona l'inosservanza di un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, norma di gravità decisamente inferiore, rispetto alle nuove figure di reato introdotte con gli articoli 391-*bis* e *ter*.

Da altro punto di vista sono state evidenziate per le ridotte conseguenze sociali che presuppone l'inosservanza in esso contenuta¹⁵. Non è mancato poi chi ha ravvisato la natura plurisoggettiva della lesione, nel senso che oggetto della condotta lesiva sarebbe sia il provvedimento dell'autorità amministrativa (ministro di Giustizia), sia l'ordine pubblico e sia la sicurezza sociale¹⁶. A ben vedere da un attento esame della norma sembra emergere lo scopo di sanzionare la condotta che leda la sicurezza sociale, l'ordine

¹² Cfr. Cass., sez. VI pen., 9 aprile 2013, n. 39217, in www.italgiure.giustizia.it.

¹³ Cfr. F. RAMACCI, G. SPANGHER (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica. Commento alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disciplina in materia di sicurezza pubblica), aggiornato dalle novità introdotte dalla "Legge finanziaria 2010", dal d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 e dal Protocollo "Mille occhi sulle città" dell'11 febbraio 2010*, Milano, 2010, p. 370; in senso conforme, cfr. A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale, in Reati contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2009, p. 462.

¹⁴ Cfr. I. PALMA, *La legislazione antimafia dopo la legge 15 luglio 2009 n. 9*, in *Riv. pen.*, 2010, 2, p. 112.

¹⁵ Cfr. la tesi sostenuta da M. SINISCALCO, voce *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 665; L.C. VOLINO, sub 650, (a cura di) T. PADOVANI in *Codice penale*, 2014, pp. 3827 ss.; non la ritiene applicabile invece M. CERFEDA, *Telefoni in carcere e reazione penale: un binomio in linea con il principio di sussidiarietà?*, in questionegiustizia.it, 2021.

¹⁶ Cfr. F. SIRACUSANO, *L'art. 391-bis c.p. e la contiguità alla mafia*, in *Arch. Pen. Web*, 1/2015.

pubblico e di contrastare la criminalità organizzata, mediante la strumentale violazione delle prescrizioni contenute nel decreto del Ministro di Giustizia¹⁷.

3.2.- I soggetti

La disposizione in esame, per l'uso del termine 'chiunque' si connota come reato comune; solo nel caso in cui l'autore rivesta una particolare qualifica pubblica espressamente prevista, il reato si manifesta nella sua forma aggravata¹⁸.

L'aggravante posta a carico di determinati soggetti (quali l'incaricato di pubblico servizio, il pubblico ufficiale e l'esercente la professione forense) si fonda sul fatto che tali soggetti rivestano un ruolo di particolare rilevanza ai fini della tutela dell'interesse protetto dalla norma e nei quali l'ordinamento giuridico ripone la fiducia e l'aspettativa di leale collaborazione; , la violazione del rapporto di fiducia con le istituzioni si appalesa particolarmente grave tale da giustificare un aggravamento sanzionatorio¹⁹.

La marcata disparità punitiva tra i soggetti qualificati e gli altri appare riflettere il paradigma instaurato nel *corpus* legislativo, che sottolinea l'imprescindibile necessità di stringenti misure di vigilanza e controllo sulle interazioni e i contatti tra detenuti e i loro familiari, congiunti e terzi (i cui dialoghi sono soggetti a registrazione).

Questo si basa sull'assunto che tali colloqui rappresentino un veicolo agevole per le comunicazioni esterne; i parenti e congiunti sono considerati dal legislatore come potenziali intermediari delle comunicazioni²⁰.

La posizione degli educatori, degli agenti penitenziari, degli avvocati e dei sacerdoti è completamente diversa: nei loro confronti, la severità delle regole si attenua in quanto non sono soggetti a registrazione e la frequenza dei colloqui può aumentare²¹; e anche i rigidi vincoli del regime particolare non sono in vigore²².

¹⁷ Il testo dell'articolo recita espressamente «*Chiunque consente a un detenuto, sottoposto alle restrizioni di cui all'articolo 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte è punito con la reclusione da due a sei anni. Se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio ovvero da un soggetto che esercita la professione forense si applica la pena della reclusione da tre a sette anni. La pena prevista dal primo comma si applica anche al detenuto sottoposto alle restrizioni di cui all'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, il quale comunica con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte*».

¹⁸ La natura di aggravante del comma 2 è sostenuta da M. CERFEDA, *Telefoni in carcere e sanzione penale: un binomio in linea con il principio di sussidiarietà?*, in *Questione giustizia.it*, 2022.

¹⁹ Cfr. F. SIRACUSANO, *L'art. 391-bis c.p. e la contiguità alla mafia*, cit.

²⁰ Cfr. G. MORGANTE, *Commento art. 2, comma 26, l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 302.

²¹ In tal senso cfr. Corte cost., 20 giugno 2013 n. 143; e per un commento V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi traccianti della corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale contemporaneo*; M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Consulta online Sezione Studi*, 2013.

²² Cfr. L. CESARIS, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, Pavia, 2010, p. 16.

Interventi

Elemento cruciale di tale disposizione è il comma 2, che concerne la condotta di agevolazione da parte di soggetti qualificati poiché, come per tutti i reati di agevolazione, la condotta deve essere compiuta da individui a vario titolo qualificati.

Non è condivisibile l'orientamento teso ad escludere la possibilità che il reato sia commesso da soggetti terzi come nel caso degli agenti penitenziari, dei sacerdoti, degli educatori delle carceri, in quanto questi sono persone che quotidianamente e senza restrizioni interagiscono con i detenuti²³.

La condotta può, infatti, essere posta da chiunque che, trovandosi per legittime ragioni a contatto con carcerati sottoposti al regime speciale, favorisca e si faccia promotore di una agevolazione nella comunicazione tra il detenuto e soggetti terzi, circostanza vietata dal regime carcerario speciale²⁴. Un educatore o una guardia carceraria ben può infatti rendersi destinatario della comunicazione di un detenuto per trasmetterla all'esterno, violando quindi il regime di divieti comunicativi imposto dalle autorità.

Per la configurazione del reato occorre la presenza di tre distinti soggetti: il detenuto, autore del messaggio da trasmettere, l'intermediario che riceve tale messaggio e lo veicola all'esterno, il destinatario finale del messaggio (tale successione può essere anche inversa). La presenza del termine "altri" nella disposizione di legge evidenzia l'intenzione del legislatore di sanzionare sia le comunicazioni del detenuto all'interno che all'esterno del carcere, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia detenuto o non detenuto. Il reato è quindi configurato anche se la comunicazione avviene tra detenuti nello stesso carcere.

Il reato previsto dall'articolo 391-*bis* del codice penale potrebbe essere considerato un reato plurisoggettivo improprio, dove la condotta tipica coinvolge più soggetti, ma solo uno di essi è soggetto a sanzione penale poiché è l'unico destinatario della proibizione penale²⁵. È da ritenersi configurabile il concorso sia del detenuto che del soggetto esterno in tutti quei casi in cui abbiano sollecitato, incentivato o proposto la condotta criminosa²⁶.

3.3.- La condotta

Il reato si caratterizza per la sua natura di condotta libera, ovvero non sono specificate modalità pratiche di esecuzione particolari; di conseguenza, l'intermediario della comunicazione è responsabile sia quando materialmente trasporta il messaggio sia quando promuove la comunicazione²⁷. Il termine "agevolazione" riveste una significativa importanza, poiché l'assenza di una determinazione precisa del suo contenuto genera non

²³ Cfr. C. CUTULI, *Disamina interpretativa dell'articolo 391-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 1/2015.

²⁴ Cfr. L. CESARIS, *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, cit., p. 16.

²⁵ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, p. 553; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2023, p. 441.

²⁶ Cfr. R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41-bis*, in *Guida dir.*, 2009, p. 67.

²⁷ Cfr. D. MANZIONE, *Le novità di rilevanza penale dell'ennesima legge sulla sicurezza pubblica (L. 15.7.2009 n. 94)*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 587.

poche incertezze. La definizione dell'agevolazione come forma di compartecipazione nel reato ha da sempre presentato difficoltà interpretative; questo termine utilizzato nell'articolo 391-*bis*, che assume particolare rilievo ai fini dell'individuazione della condotta tipica, doveva essere meglio precisato. Certamente, tale condotta non assume autonomamente rilevanza penale; essa invece assume significatività penale quando è collegata alle attività di altri soggetti (vale a dire il detenuto e il suo interlocutore), e solo se il detenuto si trova in un regime carcerario speciale. Di conseguenza, l'agevolazione assume un grave disvalore sociale punito dall'articolo 391-*bis* c.p. solo quando è collegata alle attività comunicative di soggetti specifici.

Un altro aspetto da evidenziare è la scelta terminologica diversa fatta dal legislatore, che nel titolo dell'articolo parla di "agevolare le comunicazioni", mentre nel testo utilizza il termine "consentire". "Agevolare", è noto, significa rendere più facile una determinata condotta che altri mettono in atto, mentre "consentire" indica l'esecuzione di una condotta che produce una determinata conseguenza per cui la condotta dell'intermediario è essenziale per la realizzazione della comunicazione.

L'articolo 391-*bis* c.p. non specifica nulla riguardo al contenuto del messaggio; l'assenza di specifiche indicazioni nel testo normativo suggerisce che la condotta potrebbe comprendere sia messaggi diretti all'esterno o ad altri soggetti all'interno della struttura penitenziaria; così come la consegna di messaggi di altre persone destinati al detenuto in regime speciale: la sanzione penale pertanto comprende entrambi i flussi comunicativi del detenuto. La normativa, inoltre, non fornisce indicazioni dettagliate sulle modalità della comunicazione, in particolare sui mezzi utilizzabili, che possono comprendere una vasta gamma: comunicazioni verbali, telefoniche, informatiche, digitali, scritte su supporti cartacei, e anche attraverso gesti espliciti.

La formulazione estremamente ampia della norma appare meritevole di qualche approfondimento; essa potrebbe essere interpretata come una scelta precisa da parte del legislatore di utilizzare un linguaggio generico consentendo agli interpreti di includere tutte le diverse situazioni concrete all'interno della norma.

Questa scelta potrebbe essere giustificata dal fatto che i reati riguardanti le comunicazioni sono influenzati da un rapido e incessante progresso tecnologico; una definizione precisa dei termini e delle modalità pratiche avrebbe potuto rapidamente rendere obsoleta la normativa, permettendo di eluderla tramite l'adozione di nuovi strumenti tecnologici.

Il reato *de quo* è da qualificarsi come plurisoggettivo improprio, nel senso che la condotta tipica richiede che essa venga posta in essere ad opera del solo intermediario, il quale è l'unico che soggiace alla sanzione penale perché unico destinatario della condotta punita. Sarà altresì punito il detenuto in regime speciale che comunica con altri in violazione delle disposizioni carcerarie impartite.

Non appare, quindi, possibile parlare di agevolazione in termini di concorso di reato, in quanto la condotta agevolatrice della comunicazione dell'intermediario che trasporta o permette la comunicazione non è concepita come attività agevolatrice sussidiaria e

Interventi

complementare alla condotta tipica del detenuto, quanto una figura autonoma di reato che prevede la responsabilità penale del solo intermediario, mentre il detenuto che ha ricevuto o comunicato il messaggio non sarà sottoposto ad alcuna sanzione penale (a meno che non sia in regime di carcere speciale).

Prima dell'adozione della normativa del 2009, la giurisprudenza classificava la condotta descritta dall'articolo *de quo* come una tipologia di collaborazione esterna ad un'associazione mafiosa. A tal riguardo, la Corte di Cassazione si trovò ad esaminare il comportamento di un avvocato difensore, il quale agiva come canale di comunicazione tra il suo assistito e l'esterno. Durante i colloqui in carcere, riceveva comunicazioni e messaggi cifrati da parte del detenuto e li trasmetteva all'esterno. I giudici qualificarono questa condotta come collaborazione esterna, ritenendo che essa avesse contribuito significativamente alla continuazione delle attività criminali del gruppo, permettendo la gestione, l'amministrazione e il coordinamento del vasto patrimonio finanziario del sodalizio criminoso nonostante i capi fossero detenuti in regime di speciale custodia²⁸.

In altri due casi, la Corte di Cassazione ha ritenuto configurata la collaborazione esterna in situazioni dove i familiari di un detenuto affiliato a un gruppo criminale (non sottoposto al regime carcerario speciale) hanno agito come portatori di messaggi del detenuto verso altri membri del gruppo al di fuori dell'istituto²⁹. In questo caso la collaborazione esterna è stata individuata nel comportamento di colui che ha agito come intermediario tra un membro latitante dell'organizzazione criminale e gli altri soggetti in libertà³⁰.

Dopo l'introduzione della modifica normativa del 2009, seppure richiamando un caso verificatosi precedentemente, l'attività di agevolazione o di facilitazione delle comunicazioni tra detenuti e membri in libertà di un'organizzazione criminale è stata qualificata non come semplice collaborazione esterna, ma come effettiva partecipazione diretta alla stessa organizzazione. Questa qualificazione è stata evidentemente basata sull'idea che tale condotta abbia contribuito in modo essenziale al funzionamento, all'operatività e all'esistenza dell'organizzazione criminale³¹.

Dai richiami giurisprudenziali, quantunque sintetici, emerge che prima della riforma del 2009 e dell'introduzione del reato di cui all'art. 391-*bis* c.p., la prassi tendeva a qualificare queste attività di agevolazione o di comunicazione come concorso esterno o come favoreggiamento aggravato, con una preferenza da parte dei magistrati per quest'ultima qualificazione³². Infatti, la sussunzione nella figura giuridica del concorso esterno comportava un più incisivo intervento sanzionatorio alla luce del maggiore disvalore sociale della condotta, poiché l'imputato veniva considerato partecipe effettivo dell'organizzazione criminale (anche se in modo indiretto), mentre il favoreggiamento

²⁸ Cfr. Cass., Sez. V, 12 febbraio 2003, Graviano e altri, n. 20072, in *Dir. e giust.*, 2003, 21, p. 31.

²⁹ Cfr. Cass., Sez. I, 22 novembre 2006, Alfano e altri, n. 1073, in *Mass. Uff.*, n. 235855.

³⁰ Cfr. Cass., sez. I, 2 gennaio 2009, Sarracino, n. 54, in *Riv. Pol.*, 2009, p. 779.

³¹ Cfr. Cass., sez. II, 28 febbraio 2013, Bonaddio, n. 13506, in *Mass. Uff.*, n. 255731.

³² Cfr. A. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziale e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1997, p. 55.

rappresentava una fattispecie di minore gravità, suggerendo una natura episodica e occasionale del contributo, che la partecipazione esterna certamente non possiede.

Le condotte precedenti potevano, inoltre, essere ricondotte alla figura del favoreggiamento aggravato dalla circostanza prevista dal comma 1 dell'articolo 41-*bis*, ossia con l'intento di agevolare l'attività delle organizzazioni criminali o terroristiche, secondo la connotazione soggettiva delineata dalle Sezioni Unite della Cassazione. Questo richiede il dolo specifico dell'agente, che agisce con l'obiettivo preciso di facilitare l'operatività e il funzionamento del sodalizio criminale³³.

3.4.- La locuzione "elusione delle prescrizioni"

L'impiego del termine "elusione" nelle disposizioni amministrative relative al detenuto solleva alcune perplessità. Sarebbe stato più appropriato utilizzare il termine "violazione", dal momento che consentire al detenuto di comunicare aggirando il divieto imposto costituisce chiaramente una violazione e non un'elusione. Tuttavia, è possibile che il legislatore abbia voluto includere nella condotta tipica anche il comportamento di coloro che, pur consentendo al detenuto di esercitare attività permesse, in realtà permettono a quest'ultimo di eludere i divieti imposti e di perseguire comunque lo scopo proibito della comunicazione.

In altri termini l'utilizzo del termine "elusione" e non di quello di "violazione" sarebbe manifestazione della volontà legislativa di prevedere una ampia condotta punibile, e di estendere il novero dei comportamenti ritenuti *contra legem*.

Pertanto il termine "elusione", che tipicamente riflette una violazione indiretta della norma a mezzo di condotte o comportamenti formalmente leciti potrebbe comportare la configurabilità penale di condotte di per sé lecite e legittime da parte degli operatori penitenziari, ma dalla cui attuazione deriva il fatto giuridico sanzionato dalla norma penale, cioè l'indebita comunicazione esterna o il possesso/utilizzo del mezzo comunicativo da parte del detenuto.

Qualora si aderisca all'impostazione teorica che qualifica l'elusione quale *species* del più ampio *genus* dell'abuso del diritto – inteso, quest'ultimo, come l'esercizio di una posizione soggettiva, ovvero di poteri di matrice pubblica o privata, idonei a incidere sulla sfera giuridica altrui – ne consegue che l'utilizzo del lemma "elusione", da parte del legislatore penale all'interno dell'art. 391-*bis* c.p., assume la precipua funzione di ampliare l'ambito delle condotte suscettibili di rilevanza penale, ricomprendendovi non soltanto le manifestazioni tipiche dell'abuso, ma anche quelle che, pur formalmente lecite, si traducono in un aggiramento surrettizio della norma³⁴.

³³ Cfr. G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica. Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del p.g. Francesco Iacoviello nel processo Dell'Utri*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 253

³⁴ Cfr. A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 300.

Interventi

Invero, avuto riguardo all'ampiezza e alla marcata indeterminatezza della fattispecie delineata dall'art. 391-*bis* c.p., appare verosimile ritenere che il legislatore abbia impiegato il termine "violazione" non soltanto quale sinonimo di "elusione", ma altresì con l'intento di evidenziare come le condotte dei soggetti ivi contemplati possano realizzarsi anche attraverso forme di abuso del diritto. Tale figura, qualificata dalla dottrina iberica³⁵ quale illecito atipico, si sostanzia precipuamente nella trasgressione di principi generali dell'ordinamento piuttosto che nella violazione di norme specifiche. Giova, al riguardo, rammentare la definizione di abuso del diritto che si era ipotizzato di introdurre nel progetto di riforma del codice civile, secondo cui «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con la finalità per la quale esso è stato attribuito». Trasposta in sede penalistica, tale nozione consente di qualificare l'elusione come una peculiare forma di frode alla legge, realizzantesi allorché il titolare di una posizione giuridica soggettiva o di un potere agisca in modo difforme dalla ratio che il legislatore aveva inteso perseguire con la sua previsione originaria³⁶.

In ambito penalistico, l'elusione potrebbe configurarsi allorché i soggetti contemplati dall'art. 391-*bis* c.p., pur operando nell'esercizio delle proprie prerogative, funzioni o doveri di natura professionale o istituzionale, consentano al detenuto sottoposto a regime speciale di conseguire il fine espressamente precluso dalla norma, senza che ciò comporti, almeno formalmente, una violazione dei compiti, delle attribuzioni o delle facoltà loro conferite dall'ordinamento.

Una simile lettura si innesta nell'alveo della c.d. *interest theory*, la quale muove dal presupposto generale secondo cui diritti e poteri non vengono riconosciuti in chiave autoreferenziale al loro titolare, bensì in funzione della salvaguardia di determinati interessi considerati dall'ordinamento meritevoli di tutela. Ne discende, dunque, una concezione squisitamente strumentale della norma attributiva di poteri e diritti, la cui legittima esplicazione deve necessariamente conformarsi alla finalità sostanziale che ne giustifica l'attribuzione³⁷. In effetti, la condotta vietata non si limita a violare le prescrizioni imposte al detenuto, ma include anche il consentire al detenuto di usufruire dei suoi diritti e delle sue facoltà in modo tale da raggiungere il fine proibito dalla legge senza necessariamente violarla in maniera esplicita. Se infatti l'obiettivo della fattispecie incriminatrice è prevenire la violazione delle prescrizioni per il detenuto (come il numero e la durata dei colloqui, la loro frequenza, il luogo e i soggetti interlocutori, le modalità di esecuzione, etc.), tale condotta potrebbe essere attribuita esclusivamente alla direzione dell'istituto detentivo, mentre, gli altri soggetti (agenti, avvocati, familiari, educatori, ecc.) non potrebbero alterare le prescrizioni amministrative. Questi ultimi potrebbero al

³⁵ Cfr. M. ATIENZA, J.R. MANERO, *Illicitos atípicos*, Madrid, 2000, tradotto in italiano in M. TARUFFO (a cura di), ATIENZA, J.R. MANERO, *Illeciti atipici*, Bologna, 2004.

³⁶ Cfr. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1958, pp. 18 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. di dir. civ.*, 1965, pp. 252 ss.; M. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.

³⁷ Cfr. M. VIETTI, G. TASCA, *Abuso di diritto e abuso di potere*, Giappichelli, Torino, 2012.

massimo agire come intermediari o veicoli di comunicazione tra il detenuto e l'esterno. In un colloquio autorizzato e legittimo, infatti, il detenuto ha il diritto di comunicare messaggi all'interlocutore destinati all'esterno; in questo contesto, il rispetto formale delle prescrizioni non impedisce la reale comunicazione di messaggi all'esterno da parte del detenuto. Pertanto, dall'uso del termine "elusione", discenderebbe che il legislatore abbia voluto riferirsi a tutti quei comportamenti che, pur rispettando formalmente la legge o le prescrizioni amministrative, consentono al detenuto di svolgere attività che gli sono vietate.

Per quanto riguarda le "prescrizioni" che potrebbero essere violate da questa condotta, data la generica formulazione della norma parte della dottrina, per evitare l'insorgenza di possibili problemi di compatibilità con il principio di legalità, ha suggerito che tali prescrizioni dovrebbero essere individuate nella normativa contemplata dall'articolo 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario in modo che il soggetto agente sia consapevole della possibile illiceità della sua condotta³⁸. Altra dottrina invece, sostiene la possibilità di conformarsi all'articolo 25 della Costituzione includendo nel concetto di prescrizioni non solo le norme stabilite dall'articolo 41-*bis*, ma anche tutti i decreti amministrativi relativi al trattamento penitenziario del singolo detenuto³⁹.

3.5.- *L'art. 391 - bis c.p.: come reato di pericolo*

La fattispecie incriminatrice descritta nell'art. 391-*bis* c.p. non si limita a sanzionare la semplice condotta, ma richiede l'effettiva realizzazione di un evento tipico, ossia la comunicazione tra il detenuto e il destinatario. Pertanto, il reato si configura e si consuma quando avviene tale comunicazione tra i due soggetti; l'art. 391-*bis* c.p. impone, quindi, che la comunicazione effettivamente avvenga⁴⁰.

La ratio sottesa alla previsione incriminatrice è quella di precludere che il detenuto sottoposto a regime penitenziario speciale possa instaurare o mantenere contatti comunicativi, tanto con altri detenuti quanto con soggetti esterni, idonei a veicolare messaggi verso la pregressa organizzazione criminale di appartenenza, verso quella eventualmente ancora operante ovvero verso sodalizi criminali antagonisti o contrapposti. La fattispecie in esame si configura quale reato di pericolo e non di evento, atteso che l'intervento sanzionatorio colpisce la mera condotta di agevolazione della comunicazione del detenuto, indipendentemente dalla concreta lesività o dall'effettiva pericolosità sociale del contenuto trasmesso.

In tal senso, il legislatore ha operato una valutazione *ex ante* di pericolosità sociale, ritenendo che qualsivoglia forma di facilitazione delle comunicazioni dei detenuti

³⁸ Cfr. A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, cit., pp. 462-463.

³⁹ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, cit., pp. 312 ss.

⁴⁰ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 441.

Interventi

sottoposti a regime speciale sia, di per sé, suscettibile di incidere sugli interessi tutelati dall'ordinamento e, pertanto, meritevole di sanzione penale, a prescindere sia dal destinatario sia dal contenuto della comunicazione stessa⁴¹.

Tale fattispecie risulta compatibile anche con le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale⁴², la quale ha ammesso la legittimità costituzionale dei reati di pericolo astratto.

I giudici costituzionali hanno, infatti, ammesso che possa essere punita anche solo una potenziale e possibile messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma penale, benché la condotta appaia in concreto in grado di tale lesione secondo le regole comuni di esperienza e di conoscenza. Ne consegue che la riconosciuta pericolosità sociale dei detenuti sottoposti a regime penitenziario speciale comporta che ogni comunicazione esterna non previamente autorizzata sia, in astratto, idonea a compromettere la finalità pubblicistica di isolamento e di recisione dei legami con i sodalizi criminali di riferimento, sicché tale comunicazione deve essere impedita ab origine.

Da ciò discende la configurazione di un reato di pericolo astratto, nel quale lo stato detentivo del soggetto ristretto viene ritenuto messo in pericolo da qualunque comunicazione non autorizzata con l'esterno; trattasi, tuttavia, di una fattispecie a condotta con evento, nel senso che è pur sempre necessario che l'azione agevolatrice consenta in concreto l'instaurazione di un flusso comunicativo, indipendentemente dal mezzo utilizzato.

Deve altresì precisarsi che rientra nel perimetro applicativo della fattispecie ogni forma di comunicazione del detenuto con terzi, ricomprendendosi pertanto non soltanto le comunicazioni verso l'esterno dell'istituto penitenziario, ma anche quelle intramurarie, qualora indebite e realizzate mediante condotte agevolatrici.

Si osservi, inoltre, che la fattispecie incriminatrice in esame non contempla alcuna circostanza attenuante nel caso in cui la condotta agevolatrice sia posta in essere da un prossimo congiunto del detenuto. Tale attenuante, infatti, è prevista esclusivamente con riferimento a reati che tutelano lo stato di soggezione carceraria del detenuto e, dunque, la dimensione afflittiva della pena in quanto tale.

L'art. 391-*bis* c.p., per contro, persegue una diversa ratio, essendo funzionalizzato a impedire il mantenimento e il funzionamento dei sodalizi criminali, mediante la radicale interruzione dei canali comunicativi tra i rispettivi appartenenti. Di tal guisa, l'introduzione di una siffatta attenuante risulterebbe incompatibile con la struttura e le finalità della norma, atteso che anche il prossimo congiunto, attraverso la condotta

⁴¹ Cfr. P. ROFITI, *L'introduzione del nuovo delitto di agevolazione ai detenuti sottoposti al regime carcerario dell'art. 41-bis l. 354/1975*, in M. GIUNTA (a cura di), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, 2010, p. 286.

⁴² Cfr. Corte cost., sentenza n. 139 del 10 luglio 2023, in <https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2023/139>.

agevolatrice, verrebbe a favorire in modo oggettivo l'operatività dell'organizzazione criminale.

La denunciata illegittimità costituzionale derivante dall'assenza di tale circostanza attenuante è stata, pertanto, ritenuta manifestamente infondata dalla Corte di Cassazione⁴³.

Da ultimo, giova rilevare come l'impiego del termine "detenuto" da parte del legislatore delimiti in modo puntuale l'ambito soggettivo di applicazione della fattispecie incriminatrice, circoscrivendone l'operatività ai soli soggetti sottoposti a regime carcerario in senso stretto. Ne consegue che le condotte agevolatrici eventualmente poste in essere in favore di soggetti internati presso strutture diverse dall'istituto penitenziario ordinario – quali le colonie di lavoro o le colonie agricole – restano estranee alla tipicità della norma.

Tale esclusione trova giustificazione nella differente posizione giuridica degli internati, i quali vengono sottoposti a misure di sicurezza detentive successivamente all'espiazione della pena principale, con la conseguenza che il disvalore e la pericolosità sociale di eventuali comunicazioni con l'esterno risultano strutturalmente attenuati rispetto a quelli propri dei detenuti in regime carcerario.

Il reato si consuma nel momento e nel luogo in cui il destinatario riceve il messaggio del detenuto o quando avviene la situazione inversa. Ad esempio, se il soggetto intermediario (unico autore del reato) riceve il messaggio ma non lo trasmette al destinatario previsto, o se il detenuto affida un messaggio all'intermediario senza specificare il destinatario, si configura un tentativo di reato.

Vi è la possibilità che destinatario e agevolatore/intermediario coincidano nella stessa persona: il soggetto destinatario della comunicazione si impegna affinché il detenuto possa effettivamente comunicare con lui. In questo caso, il reato si consuma nel momento in cui il destinatario/agevolatore/intermediario riceve la comunicazione. Non appare di immediata chiarezza la portata applicativa della disposizione, la quale sembrerebbe configurare un reato a consumazione anticipata, atteso che il momento perfezionativo della fattispecie si individua nell'istante in cui l'intermediario – in qualità di agevolatore e, al contempo, destinatario finale della comunicazione – riceve ed acquisisce conoscenza del contenuto trasmesso.

In una simile prospettiva, l'intermediario verrebbe a costituire l'unico soggetto passibile di sanzione penale, posto che la condotta tipica non risulta materialmente imputabile al detenuto sottoposto a regime detentivo speciale, la cui partecipazione non integra gli estremi dell'azione penalmente rilevante.

3.6.- *L'elemento psicologico*

⁴³ Cfr. Corte Cass., sez. II, sentenza n. 55948/2018, in *Ced cass.* n. 276281.

Interventi

Per quanto riguarda l'elemento psicologico del reato, la configurabilità della fattispecie criminosa richiede il dolo generico, che consiste nella consapevolezza dello *status* di detenuto sottoposto a regime speciale e della violazione delle prescrizioni impartite dalla magistratura o dall'autorità amministrativa riguardo alla comunicazione.

3.7.- I rapporti con gli altri reati

La *ratio legis* di tale incriminazione è stata esplicitata in una sentenza della Corte di Cassazione⁴⁴ nella quale i giudici negano la fondatezza della questione di legittimità costituzionale di tale articolo. La questione era stata sollevata in base alla differente disciplina dell'art. 391-*bis* c.p. in riferimento agli articoli 386, 390 e 391 c.p., in quanto nel primo non era prevista una diminuzione di pena se l'autore del reato fosse stato un congiunto o familiare del detenuto. I giudici della Corte di Cassazione, tuttavia, ritengono che la mancata diminuzione di pena dell'articolo 391-*bis* c.p. sia coerente con il bene giuridico protetto: tale articolo difatti mira ad impedire che determinate categorie di detenuti (ossia quelle soggette a trattamento carcerario speciale) possano comunicare in qualsiasi modo con terze persone, sia esse in stato di detenzione o in libertà. Il tutto per impedire al detenuto una eventuale partecipazione indiretta dal carcere all'attività criminale dell'organizzazione, che palesemente renderebbe inutile il regime carcerario imposto.

La *ratio legis* dell'articolo 391-*bis* c.p. ha, dunque, l'obiettivo di reprimere non solo il comportamento del singolo detenuto, impedendogli di partecipare alle attività criminali che proseguono all'esterno, ma anche di sanzionare il sodalizio criminale stesso.

Diversamente, gli articoli 386, 390 e 391 c.p. hanno come *ratio legis* la punizione di coloro che agevolano un individuo a sottrarsi alla detenzione, alla pena o alla cattura, e si applicano a tutti i tipi di detenuti o ricercati, non solo a quelli sottoposti al regime carcerario speciale⁴⁵. Inoltre, nei reati menzionati, la condotta agevolativa favorisce esclusivamente il detenuto, condannato o ricercato, senza apportare alcun beneficio diretto ai sodalizi criminali di appartenenza, i quali non sono neppure menzionati nelle relative norme e potrebbero trarre vantaggio solo in modo indiretto dalla mancata carcerazione o cattura di un loro membro.

Pertanto, il reato *ex* articolo 391-*bis* del codice penale richiede come elemento costitutivo fondamentale l'assoggettamento del detenuto comunicatore al regime speciale delle restrizioni, previste dall'articolo 41-*bis* della l.n. 354/1975, poiché solo in tale contesto la condotta può considerarsi tipica. Qualora, invece, l'agevolazione o la comunicazione interpersonale tra detenuto e terzo esterno o altro carcerato coinvolga detenuti in regime ordinario, si configurerebbero diverse figure di reato: l'articolo 650 c.p. (in caso di

⁴⁴ Cfr. Cass., sez. II pen., 20 luglio 2018, n. 55948, in Italgire, *ove si ribadisce la natura tipica della condotta solo in presenza di una violazione penalmente qualificata e non meramente regolamentare*.

⁴⁵ Cfr. A. MANGIONE, *La "contiguità" alla mafia fra prevenzione e repressione: tecniche normative e categorie dogmatiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 716.

violazione di atti amministrativi), il favoreggiamento (aggravato), oppure il reato di cui all'articolo 389 c.p. (trasgressione a divieti e limiti imposti da una pena accessoria), con imputabilità limitata al solo detenuto destinatario della misura accessoria.

L'art. 391-*bis* c.p. integra e specifica comportamenti di agevolazione e collaborazione con organizzazioni criminali mafiose, mirati proprio a contrastare condotte funzionali alle attività di persone e gruppi mafiosi, la cui pericolosità sociale richiede un regime carcerario particolarmente rigido⁴⁶.

Il particolare ruolo coperto dal nuovo articolo – finalizzato al contrasto dell'operatività dei sodalizi criminali mafiosi – è stato chiaramente individuato dalla dottrina già nella fase di primo commento della novella⁴⁷. È stato, infatti, osservato come tale articolo fosse una conseguenza inevitabile, poiché il pacchetto sicurezza contenuto nella l.n. 94/2009 prevedeva anche un restringimento delle libertà dei detenuti in regime speciale⁴⁸. Questa misura si basava sulla constatazione che la normativa vigente non riusciva a interrompere i contatti con il mondo esterno e con il sodalizio di appartenenza; al contrario, si era notato che i centri decisionali delle organizzazioni criminali rimanevano pienamente operativi nonostante lo stato detentivo.

La rigorosa stretta operata sulle associazioni criminose doveva comportare, conseguentemente, delle ricadute anche sulle condizioni del regime speciale carcerario; l'intervento sanzionatorio doveva, quindi, estendersi a tutti coloro che si adoperavano per mantenere attivi i centri decisionali criminali all'interno del carcere⁴⁹. Il fatto che in sede di trattazione in Commissione Giustizia di Camera e Senato sia stata proposta l'introduzione dell'articolo 391-*bis* del codice penale e la riforma dell'articolo 41-*bis* in senso più rigoroso, rappresenta la manifestazione della volontà del legislatore di imprimere una svolta nella lotta alla criminalità organizzata e nel trattamento dei suoi appartenenti⁵⁰. In pratica il legislatore era pervenuto alla conclusione della necessità di intervenire sulla situazione, anche dedotta da Relazioni degli organi competenti⁵¹, che il

⁴⁶ Peraltro, la stessa dottrina ha stigmatizzato le modalità di approvazione di tale legge, la quale è stata fatta oggetto di una questione di fiducia, che ha impedito un approfondito dibattito in Parlamento circa il suo contenuto, reiterando l'abitudine di non predisporre una normativa organica e riorganizzata della materia, ma procedendo con provvedimenti di emergenza e settoriali, stratificando ulteriormente la normativa esistente. Cfr. E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Introduzione*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009.

⁴⁷ Cfr. M. F. CORTESI, *L'inasprimento del trattamento sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1075 ss.

⁴⁸ Cfr. M. PAVARINI, *Processi di ri-carcerizzazione e "nuove" teorie giustificative della pena*, in *Rass. penit. crim.*, 2000, p. 118.

⁴⁹ Cfr. L. BRESCIANI, *Commento art. 2, comma 25, L. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Commentario al "pacchetto sicurezza"*, L. 15 luglio 2009, n. 94, a cura di DE FRANCESCO, GARGANI, MANZIONE, Torino, 2011, pp. 278 ss.

⁵⁰ Cfr. A. PECCIOLI, L. SCOPINARO, *Trattato di Diritto Penale. Parte speciale*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 460.

⁵¹ Il problema della comunicazione dei detenuti sottoposti a tale regime era già ampiamente riconosciuto nella pratica, tanto che la giurisprudenza era intervenuta con l'adozione di specifiche qualificazioni (come illustrato dalla giurisprudenza precedentemente citata). Inoltre, se l'inasprimento del regime carcerario richiedeva la previsione di ulteriori fattispecie penali, ciò dimostrava che tale inasprimento non era

Interventi

prospettato isolamento dell'affiliato mafioso o terrorista dal sodalizio non avveniva con efficacia, stante la possibilità del medesimo di comunicare con l'esterno durante la fase di socialità, l'ora di aria e mediante la condotta di agenti corrotti o intimiditi, parenti e congiunti, legali compiacenti o collaboranti e anche mediante la attività di altri detenuti incarcerati che ben potevano costituire intermediari utili⁵².

3.8.- *La difficile applicazione dell'articolo 391-bis*

La problematica delle comunicazioni in carcere e dei collegamenti non autorizzati con l'esterno da parte dei detenuti non è stata evidentemente risolta in quanto la norma se da un lato conteneva elementi troppo generici, come la descrizione della condotta, dall'altro, presentava troppe limitazioni e restrizioni che ne hanno sancito la sostanziale inutilizzabilità processuale⁵³, come testimoniato, del resto, dalla limitata applicazione giurisprudenziale. I limiti soggettivi, che si riferivano esclusivamente ai detenuti in regime speciale, e il presupposto di violare prescrizioni legali o amministrative del Ministero, ne hanno ostacolato il raggio di azione. La 'particolare' struttura della condotta punibile comportava delle non irrilevanti ricadute sull'accertamento processuale. Da altro punto di vista va segnalato che i dati forniti dalle autorità penitenziarie hanno mostrato un significativo aumento dei casi di rinvenimento di telefoni cellulari all'interno delle strutture carcerarie. Nel solo periodo gennaio-settembre 2020, il numero di telefonini sequestrati dalla polizia penitenziaria ammontava a 1761, mentre nell'intero anno precedente il numero era stato di 1209.

L'indagine fenomenologica pone in evidenza una preoccupante anche se lenta progressione: nel 2022 sono stati rinvenuti 1.084 telefoni e sim card, diventati 1.595 nel 2023 e 2.252 nel 2024; si tratta di un fenomeno, in crescita, che induce a interrogarsi sulle azioni da intraprendere per contrastare il fenomeno. Alcune Procure della Repubblica hanno suggerito di qualificare la condotta di introduzione o fornitura di telefonini ai detenuti come contravvenzione ai sensi dell'art. 650 c.p., e non come reato *ex* articolo 391-bis c.p., proprio per la maggiore difficoltà applicativa del secondo rispetto al primo. Non sono mancate voci che (in particolare determinati settori della giurisprudenza di merito e l'amministrazione penitenziaria) erano decisamente favorevoli a una articolazione penale della condotta di introduzione di telefoni cellulari. La considerazione che la strutturazione di tale condotta come illecito disciplinare (comportante notevoli sanzioni disciplinari e perdita dei benefici penitenziari) non sembrava sortire alcun effetto deflattivo sul fenomeno, ha spinto a preferire l'opzione penale. Inoltre, la previsione come

sufficiente né idoneo ad assolvere la funzione di isolamento prevista. Cfr. T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, 33, p. 17.

⁵² Cfr. R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Punito chi fa comunicare i detenuti al 41-bis*, cit., p. 66; A. DELLA BELLA, *La riforma dell'art. 41-bis ord. penit. nella legge n. 94 del 2009*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di BELLANTONI, VIGONI, CORSO, ZANETTI, PERONI, vol. III, Piacenza, 2010, p. 27.

⁵³ Cfr. F. SIRACUSANO, *L'art. 391-bis c.p. e la contiguità alla mafia*, cit., p. 20.

reato permetteva di legittimare il sequestro il cellulare oggetto del reato, mentre la mera conformazione come illecito disciplinare consentiva al detenuto di conservarne la disponibilità.

Il legislatore ha scelto, così, di procedere con un nuovo intervento, introducendo con l'articolo 9, comma 1 del d.l. 130/2020 l'articolo 391-ter c.p.

3.9.- (segue) con i regolamenti penitenziari e con l'art. 650 c.p.

La particolarità di tale disposizione legislativa è data dal fatto che essa recepisce il contenuto già previsto e sanzionato da molti regolamenti interni al sistema carcerario.

Va, infatti, precisato che nel nostro ordinamento penitenziario viene attribuita a ciascun istituto la facoltà di redigere un proprio regolamento riguardante la vita all'interno dell'istituto stesso, soggetto a controllo ed approvazione del Direttore Generale dell'Amministrazione Penitenziaria. Questo potere autonomo di regolamentazione è giustificato dalla volontà di adeguare la normativa alla specifica situazione di ciascun istituto⁵⁴.

Ogni istituto penitenziario gode di una notevole libertà discrezionale nella predisposizione delle regole interne. Tale autonomia, caratterizzata da un decentramento amministrativo, è ulteriormente evidenziata nella Circolare del Ministero della Giustizia, che raccomanda la valutazione di questi regolamenti interni anche ai Provveditori Regionali dell'Amministrazione Penitenziaria⁵⁵. Ne consegue, che, in numerosi istituti penitenziari, l'introduzione di telefoni cellulari era vietata e la violazione di tale divieto configurava un illecito disciplinare. Il detenuto in possesso di tali dispositivi, così come l'agente di polizia penitenziaria responsabile della loro introduzione, erano soggetti a sanzioni disciplinari⁵⁶.

Nel caso di altri soggetti, come educatori, sacerdoti o fornitori, la violazione avrebbe potuto comportare sanzioni disciplinari da parte della direzione del carcere, come la sospensione dell'accesso all'istituto.

La previsione di un divieto regolamentare aveva ispirato l'idea che la condotta di introduzione e detenzione di telefoni cellulari potesse essere inquadrata nella contravvenzione di cui all'art. 650 c.p.

Tuttavia, la giurisprudenza non aveva raggiunto un orientamento consolidato in materia, pervenendo a statuizioni contrastanti riguardo a tale condotta⁵⁷.

⁵⁴ Cfr. E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena carceraria*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2018, pp. 393 ss.

⁵⁵ Cfr. Circolare n. 3505/5955 del Ministero di Giustizia del 13 agosto 1999.

⁵⁶ Cfr. G. CARLIZZI, *Successione di norme e illecito amministrativo punitivo. Riflessioni a partire dai decreti-legge per far fronte alla fase 1 dell'emergenza Covid-19*, in *Sistema penale*, 4 giugno 2020.

⁵⁷ Cfr. Trib. Napoli, 28 luglio 2020, n. 4723, in *Italggiure*, che riconduce la condotta all'alveo della contravvenzione di cui all'art. 650 c.p.; contra, GIP Napoli, 2019, n. 25197, in *Italggiure*, che ne esclude la configurabilità in ragione della natura non provvedimentale delle prescrizioni violate.

Interventi

Nel caso della pronuncia dell'Ufficio GIP di Napoli, ad esempio, l'assenza di qualificazione della condotta di una madre che aveva occultato due cellulari con l'intento di consegnarli clandestinamente al figlio durante i colloqui, derivava dalla caratterizzazione giuridica del regolamento interno del carcere non come atto amministrativo ma come atto normativo, qualificazione che esclude l'applicabilità dell'articolo 650 c.p. Il GIP di Napoli aveva, infatti, classificato il regolamento interno dell'istituto come atto normativo, in quanto contenente disposizioni effettive capaci di influenzare la sfera legale e la condizione individuale dei detenuti, inclusa la disposizione di sanzioni. A supporto di tale argomentazione deponeva anche la Circolare n. 3505/5955 della Amministrazione Penitenziaria, la quale esplicitamente qualificava il regolamento interno come un "vero e proprio atto normativo".

In senso diverso, il Tribunale di Napoli aveva adottato una valutazione contraria in ordine alla qualificazione giuridica di tale regolamento.

La difficoltà nell'applicare l'art.650 c.p. alla condotta di introduzione e detenzione di cellulari in carcere era fondamentalmente dovuta al fatto che anche ritenendo il regolamento interno come atto amministrativo, a questo doveva essere riconosciuta portata generale. Ciò significa che i soggetti destinatari del regolamento non erano identificabili a priori né a posteriori dell'applicazione, poiché la direzione del carcere non era in grado di conoscere l'identità dei futuri visitatori della struttura, inclusi non solo i familiari ma anche semplici amici del detenuto.

4.- L'introduzione dell'art. 391 ter c.p.: i presupposti

Per meglio fronteggiare i casi di illeciti contatti con l'esterno e, dunque, assicurare l'effettività della sanzione penale in uno all'esigenza di contrastare il mantenimento dei rapporti criminali, il legislatore, anche alla luce delle difficoltà applicative della normativa in vigore succintamente richiamate in precedenza, ha ritenuto opportuno intervenire nuovamente sul settore introducendo, con l'art. 9, comma 1, del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173, la fattispecie delittuosa di cui all'art. 391-ter c.p.

La collocazione del reato nel codice penale, nel Titolo III ("Reati contro l'amministrazione della giustizia") e nel Capo II ("Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie"), ha suscitato delle critiche in dottrina analoghe a quelle sollevate in riferimento all'art. 391-bis c.p.

La nuova figura criminosa finisce per sanzionare – ma sul punto torneremo più avanti – quei comportamenti già colpiti dai regolamenti interni, che a sua volta incidono sul provvedimento giurisdizionale del giudice, ovvero la sentenza che ha determinato modalità e luoghi in cui il condannato deve espiare la sanzione penale. Se il regolamento interno stabilisce il divieto di detenere cellulari in tali luoghi, la violazione di queste

disposizioni interne costituisce un'indiretta violazione della sentenza del giudice, riducendone l'effetto sanzionatorio.⁵⁸.

4.1.- *La struttura*

In relazione al bene giuridico tutelato, le osservazioni sinora svolte fanno sì che non possa essere accolta l'impostazione che individua nella mera inosservanza del regolamento interno del carcere il bene giuridico leso. Più coerente con la volontà del legislatore il bene giuridico protetto dev'essere individuato nell'efficacia della pena e della sanzione penale stessa. Questa efficacia verrebbe compromessa qualora i detenuti potessero usufruire all'interno del carcere del normale andamento della vita al di fuori della struttura senza subire, pertanto, le consentanee limitazioni della pena limitativa delle libertà con tutti i corollari in termini di prevenzione speciale e generale. A venire in rilievo sono anche esigenze legate all'effetto general-preventivo della sanzione che verrebbe significativamente ridotto.

La figura di reato delineata dall'art. 391-*ter*, comma 1, c.p. si configura in tre distinti scenari:

1. nel primo caso, si tratta di un reato comune che consiste nell'azione di procurare al detenuto un cellulare o consentirgli di utilizzarlo e detenerlo;
2. nel secondo caso, il reato si verifica quando si introduce un cellulare all'interno del carcere con l'intenzione specifica di fornirlo al detenuto.

Per entrambe le fattispecie, la consumazione del reato avviene solo quando il detenuto effettivamente dispone del cellulare, utilizzandolo o detenendolo. Sul punto, occorre evidenziare la differenza strutturale rispetto alla fattispecie di cui all'art. 391-*bis* c.p., atteso che, ai fini della tipicità della condotta, non è richiesto che il detenuto faccia un uso effettivo e concreto dell'apparato di telefonia mobile né che realizzi una comunicazione non autorizzata. La norma configura, pertanto, un reato di pericolo astratto (con tutti i possibili contrasti con il principio di offensività del reato) a tutela anticipata, in cui la soglia di rilevanza penale è anticipata alla mera idoneità della condotta a consentire la comunicazione, risultando del tutto irrilevante la verifica dell'effettivo instaurarsi di un contatto comunicativo da parte del detenuto;

3. nella terza ipotesi, invece, il reato si consuma nel momento in cui il cellulare viene introdotto in carcere, anche se il detenuto non ne prende immediatamente possesso, purché ci sia l'intenzione specifica di fornirlo successivamente a chi non ne ha diritto. Tuttavia, è evidente che questa terza tipologia di reato potrebbe sollevare questioni in merito al principio di offensività, poiché la semplice introduzione di un cellulare in carcere senza che venga utilizzato dal detenuto non comporta un danno effettivo

⁵⁸ Cfr. M. CERFEDA, *Telefoni in carcere e reazione penale: un binomio in linea con il principio di sussidiarietà?*, in *Questione Giustizia*, reperibile in <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2763/telefoni-in-carcere-e-reazione-penale.pdf>.

Interventi

all'efficacia della pena detentiva. Per questo motivo, il legislatore ha stabilito la punibilità di tale condotta solo se essa è compiuta con la precisa volontà di consegnare successivamente il cellulare al detenuto.

In tale prospettiva, la fattispecie in esame si configura quale reato di pericolo e non di danno, posto che la mera introduzione dell'apparecchio telefonico all'interno dell'istituto penitenziario non determina ex se una lesione attuale e concreta del bene giuridico tutelato, come in precedenza individuato.

Più precisamente, si tratta di un reato di pericolo presunto, atteso che non si richiede l'accertamento di una compromissione effettiva del bene giuridico, ma si presume, con ragionevole verosimiglianza, che l'introduzione del dispositivo sia funzionale alla sua consegna o al suo utilizzo da parte della popolazione carceraria, ovvero che tale sia comunque la finalità intrinseca della condotta. Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito come anche la mera affiliazione di un soggetto ad un'associazione criminale integri un reato di pericolo presunto: la sola adesione al sodalizio, con la conseguente messa a disposizione del proprio apporto, è già idonea a costituire fonte di rischio per il bene giuridico protetto, poiché implica la potenziale realizzazione di ulteriori condotte criminose⁵⁹.

La Corte costituzionale ha, in più occasioni, riconosciuto la compatibilità con la Carta fondamentale di siffatte figure criminose, qualificandole espressione della discrezionalità normativa spettante al legislatore parlamentare. Ciò nondimeno, l'organo di giustizia costituzionale ha costantemente ribadito che tali previsioni incriminatrici devono pur sempre conformarsi al parametro della ragionevolezza, nonché ai principi cardine dell'ordinamento penale di matrice costituzionale⁶⁰.

Va peraltro evidenziato che l'anticipazione della tutela penale, operata dal terzo comma mediante la mera introduzione di un apparecchio telefonico all'interno dell'istituto penitenziario, risulta temperata dalla necessaria sussistenza del dolo specifico, ossia dalla volontà dell'agente di destinarlo alla consegna in favore di un detenuto⁶¹.

4.2.- *La condotta*

La condotta materiale e l'agente attivo del reato previsto dall'articolo 391 *ter*, comma 1 c.p. sono distintamente delineati. La norma punisce chiunque (dunque reato comune) procura al detenuto la materiale disponibilità di «un apparecchio telefonico o altro dispositivo idoneo ad effettuare comunicazioni» consentendogli di utilizzarlo e detenerlo anche temporaneamente. Ad esempio, si pensi al caso di un familiare che nasconde il cellulare e lo consegna al detenuto per un uso temporaneo durante un colloquio,

⁵⁹ Cfr. Cass., sez. I pen., 2019, n. 27672, in Italgire, *in tema di struttura del reato associativo e rilevanza della partecipazione funzionale ai fini della tipicità*.

⁶⁰ Cfr. Corte cost., 5 luglio 1991, n. 333, *in tema di principio di legalità e di divieto di estensione analogica in malam partem della norma penale*.

⁶¹ Per ulteriori considerazioni sull'anticipazione della tutela attraverso la valorizzazione del pericolo astratto/presunto v. *infra* § 4.3.

recuperandolo successivamente al termine della telefonata del detenuto. Allo stesso modo, rientra in questa fattispecie anche il caso di un addetto alle pulizie del carcere che nasconde il cellulare per consegnarlo al detenuto durante il suo turno di lavoro, permettendogli di effettuare telefonate, e poi lo recupera al termine del servizio o delle chiamate del detenuto.

4.3.- *L'elemento soggettivo*

L'elemento soggettivo del reato contemplato dall'articolo 391 *ter*, comma 1 c.p. richiede un approfondimento in relazione alle due diverse fattispecie di condotta previste. In entrambi i casi, il requisito del dolo è specifico, il che significa che l'agente deve essere consapevole nel fornire un cellulare al detenuto, nonostante sia vietato dal regolamento interno o dalla normativa penitenziaria, e sapendo che il detenuto non ha il diritto di averlo in sua disponibilità. Parimenti, la fattispecie si caratterizza per la configurabilità del dolo specifico anche nella condotta di colui che, pur consapevole dell'illiceità della comunicazione, ne agevoli o consenta l'effettuazione da parte del detenuto.

Come già evidenziato, le fattispecie in esame si configurano quali reati di pericolo astratto a tutela anticipata, per la cui integrazione non è richiesta la realizzazione di una comunicazione effettiva da parte del detenuto.

Ne deriva che tali previsioni normative costituiscono un'ulteriore manifestazione della progressiva tendenza legislativa a superare la c.d. teoria realistica del reato, secondo cui la concreta messa in pericolo ovvero la lesione effettiva del bene giuridico tutelato rappresentano elementi costitutivi imprescindibili della fattispecie penale.

La sempre più diffusa introduzione di reati di pericolo, tanto astratto quanto concreto, evidenzia, infatti, l'orientamento del legislatore volto ad anticipare le soglie di intervento punitivo, spostando il baricentro della tutela penale su una dimensione preventiva, in funzione di una più incisiva protezione degli interessi ritenuti di particolare rilevanza per l'ordinamento⁶². Si tratta, quindi, di un tendenziale superamento della tesi dottrinale della necessaria offensività concreta della condotta ai fini penali che si era diffusa a partire dagli anni Sessanta.

Come la dottrina⁶³ ha avuto modo di precisare la previsione di reati di pericolo concreto ed astratto sembra essere la risposta normativa alla crescente tecnicizzazione e digitalizzazione della società e della vita umana, che comporta rischi sempre maggiori. Si tratta di reati che, secondo comuni regole di esperienza e di conoscenza, sono idonei a porre in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma penale.

⁶² Cfr. lo sottolinea G. P. DEMURO, *Il pericolo e la sua pena. Tra proporzionalità e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2023, pp. 901 ss.; M. DONINI, *Perché il codice penale. La riforma del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *Sist. pen.*, 21 settembre 2020.

⁶³ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012.

Interventi

Stante che il bene giuridico tutelato dall'articolo 391-*ter* c.p. è l'effettività della sanzione penale e dell'afflittività carceraria (e non l'operatività dei sodalizi criminali), si intende punire a titolo astratto semplici condotte che di per sé rappresentano e costituiscono astratto pericolo per tale bene giuridico.

A prescindere dall'effettiva comunicazione esterna del detenuto o dell'utilizzo dell'apparecchio comunicativo, si puniscono condotte che in astratto sono in grado di ledere il bene giuridico dell'afflittività penale carceraria, cioè l'impossibilità per i detenuti di detenere ed intrattenere comunicazioni esterne.

La dottrina⁶⁴ quindi qualifica tali condotte come reati a pericolo astratto, di cui il pericolo non è desumibile o accertabile con certezza in base alle comuni regole scientifiche, tecnologiche, ma viene presunto in maniera assoluta dal legislatore, che ritiene la condotta di per sé costitutiva e creatrice di un pericolo per il bene giuridico.

A differenza del pericolo concreto, non sarà quindi il giudice con giudizio *ex post* in sede processuale a valutare se la condotta ha posto in concreto e reale pericolo il bene giuridico o se essa era inidonea o impossibile a farlo.

La semplice condotta *ex art.* 391-*ter* è del tutto idonea a porre in pericolo il bene giuridico; Si osservi che l'ammissibilità di una siffatta fattispecie penale trova fondamento nel costante orientamento della Corte costituzionale, la quale ha ritenuto compatibile con i principi costituzionali la previsione di presunzioni assolute di pericolosità – e non meramente relative – purché esse risultino sorrette da elementi e concatenazioni logiche ragionevoli, tali da consentire, allo stato delle conoscenze scientifiche ed empiriche, una plausibile inferenza circa l'idoneità della condotta a porre in pericolo il bene giuridico tutelato.

In tale prospettiva, la legittimità della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 391-*ter* c.p. appare pienamente giustificata alla luce dei parametri tracciati dalla giurisprudenza costituzionale, la quale ha chiarito che, anche nell'ambito dei reati di pericolo astratto, al giudice è comunque demandata la verifica della sussistenza, in concreto, di una sia pur minima potenzialità offensiva della condotta rispetto all'interesse protetto dall'ordinamento⁶⁵. Si tratta, quindi, di una fattispecie di reato astratto a tutela anticipata, con evento naturalistico e non giuridico, perché non è richiesta l'effettiva lesione del bene giuridico o la concreta messa in pericolo del bene stesso con valutazione *ex post* processuale della concreta idoneità lesiva della condotta.

4.4.- *La figura delittuosa di cui al comma 3 dell'articolo 391 - ter*

⁶⁴ Cfr. R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2025, spec. in tema di struttura delle fattispecie di pericolo e di delimitazione dell'area del penalmente rilevante.

⁶⁵ Cfr. Corte cost. n. 139/2023; inoltre, Corte cost. n. 141/2019; Corte cost. n. 109/2016; Corte cost. n. 225/2008; Corte cost. n. 265/2005; Corte cost. n. 354/2002; Corte cost. n. 519/2000; Corte cost. n. 263/2000.

Il terzo comma dell'art. 391-ter c.p. presenta, rispetto ai commi precedenti, una diversa configurazione del reato, ancorata al comportamento del detenuto che riceve o utilizza un cellulare. L'uso della disgiuntiva "o" nel testo di legge permette di distinguere due modalità di commissione del reato: da un lato, il detenuto può essere ritenuto penalmente responsabile se effettivamente utilizza il cellulare per comunicazioni non consentite; d'altro canto, può configurarsi il reato anche solo per la detenzione del dispositivo, anche se non utilizzato attivamente per comunicazioni. La natura esclusiva di questo reato implica che non può esserci coinvolgimento di altri soggetti ai sensi dell'art. 110 c.p., poiché solo il detenuto, detenendo o utilizzando il cellulare, può commettere il reato. Nel caso in cui un terzo soggetto libero faciliti o favorisca il detenuto affinché possa avere disponibilità o utilizzo del cellulare, questo terzo non partecipa al reato descritto nel terzo comma dell'articolo 391-ter del codice penale. In tal caso, il terzo soggetto potrebbe eventualmente realizzare il reato contemplato nel primo comma dell'articolo 391-ter, quale un reato comune che può essere commesso da qualsiasi soggetto. La qualificazione di questo reato come "reato di mera condotta" non è chiaramente stabilita, soprattutto considerando che nel caso di utilizzo effettivo del cellulare deve verificarsi l'evento della comunicazione telefonica⁶⁶. D'altro canto, nel caso di mera detenzione del dispositivo, il reato può configurarsi solamente come reato di condotta senza che si verifichi necessariamente un evento di comunicazione⁶⁷.

4.5.- I rapporti tra articolo 391-bis c.p. e articolo 391-ter c.p.

Il rapporto tra l'articolo 391-bis e l'articolo 391-ter del codice penale si caratterizza per un regime di specialità reciproca dove ciascuna disposizione punisce condotte specifiche. L'articolo 391-bis c.p. è finalizzato a sanzionare l'agevolazione ai detenuti in regime carcerario speciale, conforme alla disciplina dell'articolo 41-bis della l.n. 354/1975. Questo implica che l'azione di facilitazione deve essere diretta esclusivamente verso questa categoria di detenuti, anche se comprende forniture di dispositivi cellulari, con l'opzione di applicare sanzioni più severe. D'altra parte, l'articolo 391-ter c.p. è specifico rispetto all'articolo 391-bis perché richiede condotte peculiari e definite in modo chiaro rispetto all'agevolazione generica prevista dalla seconda norma.

Ne consegue che la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 391-bis c.p. assume valenza di *lex specialis* rispetto all'art. 391-ter c.p., ogniqualvolta il detenuto sottoposto al regime differenziato di cui all'art. 41-bis della l. n. 354/1975 ponga in essere comunicazioni non autorizzate mediante dispositivi o apparecchi di telefonia mobile. Ciò in quanto l'art. 391-ter si apre con l'esplicita clausola di sussidiarietà "fuori dai casi previsti dall'articolo 391-bis", riservando in via esclusiva a quest'ultima disposizione la repressione delle condotte comunicative poste in essere da detenuti soggetti al particolare regime detentivo.

⁶⁶ Cfr. M. CERFEDA, *Telefoni in carcere e reazione penale*, cit.

⁶⁷ Cfr. G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1998, pp. 845 ss.

Interventi

In riferimento al concetto di apparecchio o dispositivo idoneo ad effettuare comunicazioni, si ritiene che la definizione comprenda non solo i cellulari, ma tutti gli apparecchi che permettono comunicazioni con l'esterno (quindi anche ricetrasmittenti, computer, apparecchio radiotrasmittenti).

La formulazione estremamente ampia adottata dal legislatore finisce per ricomprendere tutti gli strumenti e dispositivi capaci di facilitare la comunicazione con altri individui, inclusa, ad esempio, una chiavetta USB. Questa interpretazione sembra essere avvalorata dal fatto che permettere ai detenuti di possedere e utilizzare dispositivi capaci di comunicare anche in modo indiretto (come, ad esempio, una chiavetta USB contenente file audio, documenti o immagini da consegnare a un familiare durante un colloquio) potrebbe portare all'elusione dell'obiettivo fondamentale della norma: vale a dire il divieto di comunicazione esterna ai detenuti. Deve segnalarsi, infine, che l'eventuale questione della convergenza di due fattispecie a protezione del medesimo bene giuridico va risolta attraverso i normali criteri previsti dall'art. 15 c.p. in tema di concorso apparente di norme.

Una considerazione ulteriore riguarda la tipicità della condotta prevista nel terzo comma dell'articolo 391-ter c.p. Questa disposizione specifica che il soggetto deve trovarsi in detenzione all'interno dell'istituto penitenziario e deve "ricevere" o "utilizzare" un dispositivo idoneo alle comunicazioni.

Il reato si configura semplicemente con l'accettazione del dispositivo da parte del detenuto. Inoltre, il reato si estende anche al caso in cui il detenuto riceve e detiene il dispositivo quindi se viene scoperto con il dispositivo nella sua cella durante un'ispezione degli agenti, si applica il terzo comma dell'articolo 391-ter. Risulterebbe al di fuori della tipicità della fattispecie incriminatrice, infatti, applicare il terzo comma alla condotta di un detenuto che riceve un cellulare per un uso rapido e immediato, per poi restituirlo al proprietario, mentre non punirebbe colui che riceve il cellulare e lo nasconde nella sua cella per un uso continuo futuro.

Nel caso ipotetico di un detenuto che ruba fraudolentemente un dispositivo durante le fasi di registrazione e lo tiene nella sua cella, si configurerebbe sicuramente il reato di furto e in caso di utilizzo, potrebbe configurarsi un concorso di reati tra furto ed indebita introduzione di dispositivo.

4.6.- Oggetto materiale del reato e confini dell'interpretazione penale nell'art. 391-ter c.p.

L'art. 391-ter c.p. rappresenta uno snodo particolarmente sensibile nel rapporto tra diritto penale e sistema penitenziario, poiché colloca l'intervento repressivo in un'area nella quale le esigenze di sicurezza e di controllo delle comunicazioni dei detenuti si confrontano direttamente con i principi strutturali della legalità penale. La scelta legislativa di tipizzare un autonomo delitto incentrato sull'accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione impone, infatti, di interrogarsi non soltanto sull'ambito di

applicazione della norma, ma soprattutto sui limiti entro cui l'interpretazione può legittimamente estendersi senza alterare la funzione di garanzia propria della fattispecie incriminatrice.

In tale prospettiva, l'individuazione dell'oggetto materiale del reato assume un ruolo centrale, divenendo il luogo privilegiato in cui si misura la tenuta del principio di tassatività e il corretto bilanciamento tra tipicità e offensività. Il problema non attiene alla legittimità dell'obiettivo di prevenire comunicazioni illecite in ambito detentivo, bensì al modo in cui tale obiettivo viene tradotto in norma penale e applicato dall'interprete, specie in un contesto segnato da rapide evoluzioni tecnologiche e da condotte elusive che sollecitano risposte sempre più anticipate.

Da un punto di vista metodologico appare corretto procedere, da un lato, alla delimitazione della tipicità e dell'offensività del reato e, dall'altro, alle implicazioni sistemiche che derivano da una lettura rigorosa del principio di legalità, inteso non come limite all'efficienza repressiva, ma come presidio irrinunciabile anche nel diritto penitenziario contemporaneo.

La giurisprudenza di legittimità affronta in modo diretto la questione dell'individuazione dell'oggetto materiale del delitto di cui all'art. 391-ter c.p., con specifico riferimento alla configurabilità del reato nell'ipotesi di introduzione in ambito penitenziario di una sola scheda SIM, priva di un dispositivo terminale idoneo alla comunicazione⁶⁸.

Il problema interpretativo investe il nucleo stesso della fattispecie incriminatrice, ponendo in tensione le esigenze di prevenzione delle comunicazioni illecite con il rispetto dei principi di legalità, tassatività e offensività.

Muovendo da una ricostruzione sistematica della norma e collocata tra i delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie, la Corte individua il bene giuridico tutelato nell'effettività della custodia detentiva e nella salvaguardia delle modalità di esecuzione della pena o della misura cautelare, intese come proiezioni dirette della decisione giudiziaria restrittiva della libertà personale⁶⁹.

In tale prospettiva, la rilevanza penale non si esaurisce nella violazione del regolamento penitenziario, ma si collega alla messa in pericolo dell'autorità e dell'efficacia della decisione giudiziale.

Con riferimento all'oggetto materiale, la Corte adotta una lettura rigorosa delle locuzioni "apparecchio telefonico" e "altro dispositivo idoneo ad effettuare comunicazioni", interpretandole in senso unitario e funzionale⁷⁰. Tali espressioni vengono riferite

⁶⁸ Cfr. Cass., sez. VI pen., 25 novembre 2024, n. 42941, in Italgire; *per un primo e puntuale inquadramento critico della decisione*, v. M. TELESCA, *La fattispecie di "accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione" (art. 391-ter c.p.) al vaglio della Corte di legittimità*, in Cass. pen., 2025, n. 3, p. 828 ss.

⁶⁹ Cfr. Cass., sez. VI pen., 25 novembre 2024, n. 42941, in Italgire, *con specifico riferimento alla ricostruzione della tipicità oggettiva della condotta*; nonché art. 391-ter c.p.; d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. in l. 18 dicembre 2020, n. 173.

⁷⁰ Cass., Sez. VI, n. 42941/2024, cit., p. 826.

Interventi

esclusivamente a strumenti completi, autonomi e immediatamente idonei a instaurare un flusso comunicativo con l'esterno. La scheda SIM, considerata isolatamente, viene qualificata come mero accessorio, privo di autonoma capacità comunicativa, e dunque inidoneo a integrare l'oggetto materiale del reato⁷¹.

La conclusione è sorretta da argomenti letterali e sistematici. Da un lato, il significato semantico dei termini utilizzati dal legislatore presuppone un apparato dotato di una propria funzione, e non una semplice componente; dall'altro, viene valorizzato il dato comparativo, osservando come, laddove il legislatore ha inteso estendere la rilevanza penale anche alle parti di determinati beni, lo ha fatto in modo espresso, come avviene nella disciplina penale delle armi (l.n. 2 ottobre 1967, n. 895, artt. 1 e 2). L'assenza di un analogo riferimento nell'art. 391-ter c.p. esclude la possibilità di un'estensione interpretativa alle componenti del dispositivo, pena una violazione del divieto di analogia in malam partem.

4.7.- (segue) *Offensività, consumazione istantanea e prospettive di intervento normativo*

La soluzione adottata dalla Corte di cassazione trova ulteriore fondamento nella natura istantanea del reato.

L'offesa tipica si realizza nel momento in cui il dispositivo entra nella disponibilità del detenuto o viene introdotto nell'istituto penitenziario con finalità di utilizzo, sicché, al momento della consumazione, l'oggetto materiale deve essere già di per sé idoneo a consentire la comunicazione⁷². In tale prospettiva, l'introduzione di una scheda SIM isolata non determina alcuna concreta messa in pericolo del bene giuridico tutelato, difettando il requisito minimo di offensività richiesto dalla fattispecie.

Questa impostazione consente di preservare una netta distinzione tra illecito penale e illecito disciplinare o amministrativo, evitando un'indebita anticipazione della soglia di punibilità e confermando che l'intervento penale non può essere utilizzato come strumento di supplenza rispetto a carenze o rigidità del sistema normativo. La decisione si colloca, così, nel solco della giurisprudenza costituzionale che, pur ammettendo tecniche di formulazione elastica delle fattispecie, esige che l'interprete non travalichi il significato possibile del testo legislativo e non supplisca a scelte riservate al legislatore⁷³. Al tempo stesso, l'impostazione rigorosa accolta dalla Corte rende evidente una tensione sul piano politico-criminale. La delimitazione dell'oggetto materiale del reato, pur coerente con i principi fondamentali del diritto penale, lascia prive di rilevanza penale condotte potenzialmente idonee a eludere il divieto di comunicazione, quali il frazionamento funzionale dei dispositivi o l'introduzione differita delle loro

⁷¹ Ivi

⁷² Cfr. Cass., sez. VI pen., 25 novembre 2024, n. 42941, in Italgiure, *in relazione al divieto di interpretazioni estensive della nozione di "dispositivo idoneo alla comunicazione"*.

⁷³ Corte cost., sent. n. 98/2021.

componenti⁷⁴. Tale criticità, tuttavia, non può essere risolta in via interpretativa senza alterare l'equilibrio tra potere punitivo e garanzie, ma segnala l'eventuale necessità di un intervento legislativo espresso, capace di ridefinire in modo chiaro e tassativo l'oggetto materiale della fattispecie incriminatrice.

In questa prospettiva, la pronuncia della Cassazione assume una funzione sistemica di delimitazione: non indica la soluzione repressiva, ma traccia il confine invalicabile entro cui ogni futura riforma dovrà collocarsi, riaffermando che anche nel contesto penitenziario l'efficienza non può mai tradursi in una compressione surrettizia del principio di legalità (art. 25, comma 2, Cost.; art. 1 c.p.).

5.- L'attività d'indagine: il ruolo della polizia giudiziaria e della magistratura

In relazione alle indagini concernenti la commissione di tali reati, si osserva che per quanto concerne l'art. 391-*bis* c.p. l'incarico delle indagini è affidato al NIC (Nucleo Investigativo Centrale), il quale ha il compito istituzionale di sorvegliare e investigare in ambito penitenziario in materia di terrorismo o criminalità organizzata. Ciò deriva dal fatto che il comportamento previsto dalla norma è perpetrato da individui sottoposti a specifici regimi detentivi, rendendo pertinente l'azione investigativa di tale organismo che si struttura attraverso undici articolazioni territoriali collocate presso i Provveditorati Regionali dell'Amministrazione Penitenziaria. Per quanto riguarda le condotte contemplate dalla figura di reato di cui all'articolo 391-*ter* del codice penale, queste sono invece oggetto di indagine da parte dei reparti di polizia penitenziaria presenti all'interno dei singoli istituti detentivi.

La limitata applicazione giurisprudenziale di tali tipologie di reato disciplinate dagli artt. 391-*bis* e -*ter* mette in luce le difficoltà sul piano concreto poiché individuare la trasmissione o la consegna di messaggi da parte dei detenuti sotto regime speciale a soggetti esterni non è un compito agevole. Di contro, risulta relativamente più semplice reprimere il reato di introduzione, consegna o detenzione di cellulari all'interno delle strutture carcerarie, grazie alla frequente scoperta di tali illeciti attraverso perquisizioni e ispezioni a sorpresa condotte all'interno degli istituti penitenziari.

6.- Le prime applicazioni giurisprudenziali

Al fine di valutare l'impatto delle innovazioni legislative appare opportuno soffermarsi sulle prime pronunce giurisprudenziali che hanno dato attuazione alla nuova disposizione di cui all'art. 391-*ter* c.p. Può essere richiamata in proposito una decisione della Corte di Cassazione del 2025, che rappresenta uno dei primi e più significativi arresti interpretativi in materia⁷⁵.

La pronuncia in esame ha disposto l'annullamento di una decisione di secondo grado, a sua volta confermativa della sentenza di condanna resa dal giudice di prime cure nei

⁷⁴M. TELESCA, *La fattispecie di "accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione"*, cit., p. 828 ss.

⁷⁵ Cfr. Cass., sez. VI pen., 14 luglio 2025, n. 25746, in Italgiure.

Interventi

confronti di un soggetto detenuto, imputato per la detenzione di un apparecchio telefonico all'interno dell'istituto penitenziario

Il ricorrente aveva dedotto innanzi alla Suprema Corte l'erroneità della qualificazione giuridica della condotta operata dai giudici di merito, i quali avevano trascurato di attribuire rilievo al dato obiettivo secondo cui l'apparecchio sequestrato risultava privo di scheda SIM, di batteria e di dispositivo di ricarica, elementi indispensabili per il suo funzionamento.

I giudici di legittimità hanno ritenuto fondate le censure, annullando la sentenza di condanna. L'iter motivazionale della pronuncia si incentra sull'interpretazione del termine «apparecchio o dispositivo telefonico», da intendersi – secondo la Cassazione – come riferimento a strumenti concretamente idonei a consentire lo svolgimento di comunicazioni telefoniche. Ne discende che la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 391-ter c.p. si realizza soltanto quando l'oggetto introdotto all'interno dell'istituto penitenziario sia, di per sé, in grado di permettere una comunicazione autonoma e immediata. La mancanza di SIM, di batteria e di un sistema di ricarica, impedendo l'ordinario utilizzo del telefono cellulare, esclude la configurabilità del reato, giacché la condotta non assume alcuna effettiva potenzialità lesiva del bene giuridico tutelato, individuato nella prevenzione delle comunicazioni non autorizzate tra detenuti e l'esterno.

La Suprema Corte, pertanto, ha adottato un'interpretazione restrittiva del concetto di “dispositivo telefonico”, ritenendo tale lettura preferibile onde evitare un'eccessiva estensione applicativa della norma penale e ribadendo la centralità dei principi di proporzionalità, tassatività e offensività. In questa prospettiva, la decisione si colloca nel solco di un garantismo rigoroso, fondato su una lettura letterale della disposizione incriminatrice. Tuttavia, non può non rilevarsi il carattere problematico della pronuncia sul piano teleologico e pratico-applicativo. Se, infatti, la ratio legis è quella di impedire qualsivoglia forma di comunicazione illecita proveniente dal carcere, appare discutibile escludere dal perimetro dell'incriminazione condotte che, pur non idonee in sé a realizzare immediatamente l'evento, costituiscono parte di un disegno criminoso progressivo. L'introduzione in istituto di un telefono privo di SIM e di batteria può essere letta come il primo segmento di una condotta destinata, attraverso l'approvvigionamento successivo dei componenti mancanti, a concretizzare l'illecita comunicazione con l'esterno.

In questa prospettiva, il mero possesso di un apparecchio potenzialmente idoneo, ancorché incompleto, non può essere considerato penalmente irrilevante, in quanto rivela già una chiara univocità degli atti e una direzione di volontà verso l'elusione del divieto comunicativo⁷⁶

⁷⁶ Cfr. N. GRANOCCHIA, *Divieto di analogia e interpretazione estensiva: la Cassazione esclude che la scheda SIM integri l'oggetto materiale del delitto di cui all'articolo 391 ter c.p.*, in *Arch. pen. web*, fasc. I, 30 gennaio 2025.

Una difficoltà ben presente anche alla dottrina⁷⁷: in effetti, nella sentenza della Corte di cassazione n. 42941 del 2024 si afferma che un'interpretazione letterale e sistematica della disposizione incriminatrice impone di ritenere penalmente tipica la sola introduzione di dispositivi integri, atteso che il legislatore, in tutte le ipotesi in cui ha inteso sanzionare anche la consegna, l'introduzione o il trasporto di parti di oggetti – come, ad esempio, nella disciplina in materia di armi – lo ha fatto mediante una previsione espressa ed inequivoca.

I giudici di legittimità precisano, tuttavia, che la rilevanza penale dell'introduzione di una scheda SIM potrebbe assumere rilievo allorché risulti accertato che il detenuto sia già in possesso di un telefono cellulare o di altro dispositivo idoneo a consentire comunicazioni esterne mediante l'utilizzo della scheda stessa, ovvero qualora emerga, sul piano investigativo, l'esistenza di accordi preventivi con prossimi congiunti o con operatori penitenziari finalizzati all'ottenimento della disponibilità di un apparato telefonico.

In tali ipotesi, secondo la Suprema Corte, l'introduzione della scheda SIM sarebbe idonea a integrare la fattispecie di cui all'art. 391-ter c.p., in quanto funzionalmente diretta a rendere possibile l'attività comunicativa vietata.

La dottrina, sul punto, ha tuttavia manifestato significative perplessità, evidenziando le difficoltà ermeneutiche connesse all'inclusione della scheda SIM nella nozione di “apparecchio o dispositivo” utilizzata dal legislatore.

Una possibile soluzione interpretativa, idonea a superare tali criticità, è stata individuata nel ricondurre l'introduzione della scheda SIM alla seconda ipotesi di reato prevista dalla norma, individuando la condotta penalmente rilevante non già nella introduzione del dispositivo in senso stretto, bensì nell'azione di chi consente al detenuto l'uso indebito di apparecchi o dispositivi di comunicazione.

In particolare, con riferimento all'introduzione della scheda SIM in favore di un detenuto già in possesso di un apparato ovvero che abbia già predisposto accordi per ottenerlo, la fornitura della scheda stessa si risolve, in termini sostanziali, nella concreta abilitazione all'utilizzo degli strumenti comunicativi nella disponibilità del detenuto, realizzando così la condotta tipica prevista dalla seconda fattispecie incriminatrice⁷⁸.

Diversamente opinando, si rischia di svuotare di effettività la portata applicativa dell'art. 391-ter c.p., riducendone sensibilmente la capacità preventiva e sanzionatoria. Ne deriva che, se da un lato la Cassazione ha dato attuazione a un formalismo interpretativo ineccepibile sotto il profilo delle garanzie del diritto penale, dall'altro lato essa sembra aver operato una delimitazione eccessivamente restrittiva delle condotte punibili, con l'effetto di depotenziare l'efficacia teleologica della norma incriminatrice.

⁷⁷ Cfr. S. PRANDI, *Del divieto di analogia in malam partem, preso sul serio: la Cassazione esclude la configurabilità dell'art. 391-ter c.p. in relazione all'introduzione in carcere di una scheda SIM*, in *Sistema penale*, 6 dicembre 2024, con osservazioni critiche sul perimetro applicativo della norma incriminatrice.

⁷⁸ Cfr. L. MONTINCELLI, *Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione*, cit., p. 2963.

Interventi

Un'ulteriore e significativa pronuncia del 2024⁷⁹ ha nuovamente affrontato la questione interpretativa dell'art. 391-ter c.p., nell'ambito del giudizio di legittimità avente ad oggetto la conferma, in sede di gravame, di una sentenza assolutoria resa nei confronti di una congiunta di un detenuto. La donna era stata sorpresa ad introdurre all'interno della casa circondariale una scheda SIM, occultata tra gli indumenti, destinata a essere consegnata al proprio compagno ristretto. Un'interpretazione letterale e sistematica impone di considerare penalmente tipica la sola introduzione di dispositivi interi, in quanto il legislatore in tutti i casi in cui (come nella disciplina sull'introduzione di armi) ha voluto punire anche la consegna, introduzione o trasporto di parti di oggetti lo ha espressamente previsto.

La Suprema Corte, coerentemente con precedenti orientamenti, ha adottato una lettura rigorosamente letterale della norma, escludendo che la sola scheda SIM possa essere qualificata quale "dispositivo" o "apparecchio telefonico" idoneo a consentire comunicazioni, siano esse di natura vocale ovvero digitale. Ne consegue l'impossibilità di ricorrere a un'applicazione analogica della disposizione incriminatrice, essendo rimessa esclusivamente al legislatore la scelta discrezionale di ampliare l'area del penalmente rilevante includendo anche componenti accessorie prive di autonoma funzionalità comunicativa.

La Corte, peraltro, non si limita a un approccio meramente esegetico, ma richiama anche considerazioni di ordine sistematico: viene infatti rilevato come il tenore letterale dell'articolo in esame precluda di estenderne l'applicazione a casi differenti, salvo esplicita previsione normativa. A titolo esemplificativo, i giudici osservano che, in altre ipotesi incriminatrici, il legislatore ha ritenuto di attribuire rilevanza penale anche a singole parti dell'oggetto tipico, come avviene in materia di armi da guerra, ove è punita non soltanto l'introduzione dell'arma nella sua interezza, ma anche delle sue parti essenziali. Ne discende che l'orientamento della Cassazione esclude una lettura estensiva dell'art. 391-ter c.p., negando che possano rientrare nella nozione di "dispositivo" elementi parziali che, considerati autonomamente, risultino del tutto idonei a consentire la comunicazione verso l'esterno.

Tale approccio ermeneutico è stato accolto con favore da una parte della dottrina, che già all'indomani della novella legislativa aveva manifestato perplessità in ordine alla compatibilità costituzionale della fattispecie, paventando un'eccessiva anticipazione della soglia di rilevanza penale: la norma, infatti, punisce la mera introduzione dell'apparecchio in carcere, indipendentemente dal suo concreto utilizzo per finalità comunicative⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. Cass., Sez. VI, 25 novembre 2024 n. 42941, reperibile in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1733246491_42941-11-2024.pdf.

⁸⁰ Cfr. S. PRANDI, *Del divieto di analogia in malam partem, preso sul serio: la Cassazione esclude la configurabilità dell'art. 391-ter c.p. in relazione all'introduzione in carcere di una scheda SIM*, in www.sistemapenale.it, 6 dicembre 2024; A. DELLA BELLA, *Art. 391-ter*, in DOLCINI-GATTA, *Codice penale commentato*, Milano, 2021, 1911; M. PELISSERO, *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, Torino,

Il diniego, da parte della Suprema Corte, di ricorrere a un'interpretazione analogica dell'art. 391-ter c.p. si colloca in piena coerenza con il più recente orientamento della Corte costituzionale, la quale, negli ultimi anni, ha ribadito con forza l'esigenza di ancorare l'esegesi delle disposizioni penali al dato letterale, in quanto presidio imprescindibile delle garanzie costituzionali e strumento di tutela delle libertà fondamentali del cittadino⁸¹.

Tale opzione ermeneutica sembra trovare fondamento anche quale reazione a talune derive giurisprudenziali che, in passato, hanno ampliato in modo eccessivo l'ambito dell'illecito penale, travalicando i confini segnati dal dato letterale della norma⁸². In contrapposizione a simili inclinazioni espansive, si è progressivamente affermata la tendenza a considerare il tenore testuale quale limite invalicabile dell'attività interpretativa del giudice, orientamento fatto proprio, in termini autorevoli e sistematici, anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸³.

Recente dottrina⁸⁴, sul punto, ha sottolineato come la peculiare funzione e natura del diritto penale – connotato da una intrinseca carica afflittiva idonea a incidere direttamente sui diritti fondamentali e sulle libertà personali dell'individuo – escluda in radice la possibilità di ricorrere all'analogia quale strumento di colmatura delle lacune normative o delle incertezze lessicali del legislatore. Ne discende che il principio di tassatività, quale corollario essenziale del più ampio principio di legalità, preclude l'estensione delle fattispecie incriminatrici a comportamenti o significati non ricavabili dal senso letterale comune delle espressioni legislative.

Il pericolo insito in un approccio analogico risiede, infatti, nell'eccessiva dilatazione della portata applicativa della norma penale, con l'ulteriore conseguenza di attribuire all'autorità giudiziaria un potere creativo in *malam partem*, suscettibile di compromettere la certezza del diritto, la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie e la conoscibilità delle prescrizioni da parte dei consociati. In tale prospettiva, il divieto di analogia si è rivelato determinante nel caso di specie, impedendo ai giudici di legittimità di ricondurre la scheda SIM alla nozione di dispositivo telefonico. Ed invero, posto che l'analogia consiste nell'estensione del significato normativo a fattispecie non contemplate, appare

2022, p. 757; M. CERFEDA, *Telefoni in carcere e reazione penale: un binomio in linea con il principio di sussidiarietà?*, in *Quest. giust.*, 14 gennaio 2021.

⁸¹ Cfr. Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115 e Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, in www.cortecostituzionale.it.

⁸² Cfr. I. FINA, *La tipicità 'incerta' del reato di lottizzazione abusiva alla prova della svolta testualista della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. edil.*, 4/2023, p. 258.

⁸³ Cfr. Cass., Sez. un., 27 giugno 2024, n. 42124, in *Dejure e Onelegale*; Cass., Sez. un., 14 dicembre 2023, n. 12759, in *Foro it.* 4/2024, II, 189; Cass., Sez. un., 19 maggio 1999, n. 11, in *Cass. pen.* 1999, 3388.

⁸⁴ Cfr. V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, p. 78; M. DONINI, *Diritto penale, Parte generale*, Milano, 2024, p. 699; M. RONCO, E. AMBROSETTI, *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone*, Torino, 2016, p. 124; L. DE LIGUORI, *La legge penale. Problemi e prassi applicative*, Milano, 2008, p. 203; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2020, pp. 102 ss.

Interventi

evidente che soltanto attraverso tale strumento sarebbe stato possibile sussumere la SIM entro il concetto di “apparecchio” o “dispositivo telefonico”.

Diverso discorso varrebbe per l’interpretazione estensiva, che, pur restando ancorata al dato letterale, tende a valorizzare il significato della disposizione fino al suo limite semantico massimo, così da ricomprendere il maggior numero di ipotesi astrattamente riconducibili al tenore testuale della norma⁸⁵.

Nelle ipotesi connotate da margini di incertezza applicativa, parte della dottrina richiama l’esigenza di una vera e propria deontologia ermeneutica, in virtù della quale si impone di privilegiare, in ogni caso, un’interpretazione restrittiva della norma penale, così da circoscriverne l’ambito operativo al minimo indispensabile ed evitare indebite estensioni della sfera di rilevanza punitiva⁸⁶.

L’orientamento sviluppatosi in ordine all’applicazione dell’articolo 391 c.p. si colloca in evidente controtendenza rispetto alla prassi giurisprudenziale degli ultimi anni, la quale ha registrato una tendenza dei giudici di legittimità ad adottare interpretazioni estensive delle fattispecie penali. A titolo esemplificativo, si pensi alla qualificazione dei file informatici come “beni mobili” ai fini della configurabilità del reato di appropriazione indebita (art. 646 c.p.). Nel caso dei file informatici, tuttavia, non è ravvisabile la possibilità di una loro materiale apprensione da parte del soggetto agente, rendendo pertanto problematica l’attribuzione della qualifica di beni mobili. Sul punto, la Corte di Cassazione ha adottato un’interpretazione di natura teleologica della norma penale, valorizzando le finalità tutelative dei reati contro il patrimonio: se rapina e appropriazione indebita mirano a proteggere i beni economicamente rilevanti del soggetto passivo, nella fattispecie si è riconosciuta la rilevanza giuridica delle potenzialità economiche dei file informatici, anche in assenza di effettiva apprensione materiale dei medesimi⁸⁷.

I file informatici sono stati qualificati come “cose mobili” anche in assenza di un supporto materiale estraibile o trasportabile, quale ad esempio chiavette USB o servizi cloud. Tale lettura estensiva della norma, tuttavia, ha suscitato vivaci critiche in dottrina, soprattutto per la sua evidente amplificazione della portata applicativa del reato⁸⁸.

Analogamente, la Corte di Cassazione ha ritenuto integrata la fattispecie di furto nel caso del prelievo non autorizzato di ovociti dal corpo di una donna non consenziente, finalizzato al trapianto su altre donne nell’ambito di procedure di procreazione

⁸⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2020, p. 1262; R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale, Tra regole ermeneutiche, Giustiziabilità dell’analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *Sistema Penale*, 28 giugno 2022.

⁸⁶ Cfr. V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Cass. pen.*, 6/2018, p. 2229.

⁸⁷ Cfr. Cass., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959, in *Dir. pen. proc.*, 5/2020, 651.

⁸⁸ L. BARILE, *Appropriazione indebita di file informatici: tra interpretazione estensiva e divieto di analogia, Il diritto penale è cosa mobile*, in *Sistema Penale*, 19 marzo 2021; C. PAGELLA, *La Cassazione sulla riconducibilità dei file al concetto di “cosa mobile” oggetto di appropriazione indebita: un caso di analogia in malam partem?*, in www.sistemapenale.it, 4 marzo 2021.

medicalmente assistita⁸⁹. Anche in tale contesto la dottrina ha sottolineato come gli ovociti non possano essere considerati “cose” suscettibili di rilevanza economica, elemento tipico dei reati contro il patrimonio, evidenziando come l’interpretazione adottata dai giudici di legittimità presenti tratti chiaramente analogici⁹⁰.

Emergono con chiarezza le linee di tendenza della Corte di Cassazione, la quale sembra aver intrapreso un progressivo allineamento all’interpretazione letterale, così come più volte sollecitato dalla Corte Costituzionale. Ciò comporta un abbandono delle prassi interpretative di matrice causalistica, secondo le quali venivano ricondotti nell’alveo del lecitamente punibile tutti i comportamenti e le fattispecie potenzialmente idonei a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma penale. Nonostante ciò, tale orientamento non appare del tutto condiviso dalla dottrina⁹¹, la quale evidenzia come possano sussistere ipotesi di condotte lesive del bene protetto, anche se suscettibili di qualificazione solo attraverso strumenti interpretativi analogici o estensivi.

Nel caso di specie, la condotta della donna compagna del detenuto, sorpresa a introdurre nel carcere una SIM, potrebbe essere ricondotta alla fattispecie di chi “consente le comunicazioni dei detenuti”, intendendosi il termine “consente” non unicamente come semplice acconsentire, ma anche come “agevolare, rendere possibile o contribuire alla realizzazione” delle comunicazioni stesse.

I giudici di legittimità, nella richiamata pronuncia, hanno tuttavia precisato che la rilevanza penale dell’introduzione di una scheda SIM può assumere carattere dirimente allorché risulti accertato che il detenuto sia già nella disponibilità di un telefono cellulare o di altro apparato idoneo a consentire comunicazioni con l’esterno mediante l’utilizzo della scheda medesima, ovvero qualora emerga, sul piano investigativo, che lo stesso abbia previamente instaurato accordi con prossimi congiunti o con operatori dell’amministrazione penitenziaria finalizzati all’ottenimento di un dispositivo di comunicazione.

In tali evenienze, secondo l’orientamento espresso dalla Suprema Corte, l’introduzione della scheda SIM risulterebbe idonea a integrare la fattispecie incriminatrice di cui all’art. 391-ter c.p., in quanto funzionalmente orientata a rendere possibile l’instaurazione di comunicazioni vietate.

La dottrina, nondimeno, ha manifestato diffuse perplessità in ordine a tale ricostruzione, sottolineando come anche in siffatte ipotesi permangano rilevanti difficoltà interpretative nell’includere la scheda SIM nella nozione di “apparecchio o dispositivo” adottata dal legislatore.

⁸⁹ Cfr. Cass., Sez. II, 30 dicembre 2020, n. 37818, in *Studium juris*, 7-8/2021, p. 96.

⁹⁰ Cfr. M. FORMICA, *Un’inedita forma di rapina: la sottrazione violenta di cellule gametiche*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2021, p. 1507; M. T. RAVIDÀ, *La rilevanza penalistica della sottrazione violenta di ovociti*, in *www.penaledp.it*, 11 maggio 2021.

⁹¹ N. GRANOCCHIA, *Divieto di analogia e interpretazione estensiva: la Cassazione esclude che la scheda SIM integri l’oggetto materiale del delitto di cui all’art. 391-ter*, in *Arch. pen.*, 1/2025.

Interventi

Una soluzione ermeneutica alternativa, idonea a superare tali criticità, è stata individuata nel ricondurre l'introduzione della scheda SIM alla seconda ipotesi di reato prevista dalla disposizione, ravvisando la condotta penalmente rilevante non già nell'introduzione del dispositivo in senso stretto, bensì nell'azione di chi consenta al detenuto l'uso indebito di apparecchi o dispositivi di comunicazione.

In particolare, con riferimento all'introduzione della scheda SIM in favore di un detenuto già nella disponibilità di un apparato ovvero che abbia già predisposto accordi per ottenerlo, la fornitura della scheda stessa si risolve, in termini sostanziali, nell'abilitazione concreta all'utilizzo degli strumenti comunicativi di cui il detenuto dispone, integrando così la condotta tipica prevista dalla seconda fattispecie incriminatrice⁹².

Analogamente, nella pronuncia inizialmente esaminata, risulta arduo escludere dalla sfera delittuosa la detenzione da parte del detenuto di un apparecchio telefonico privo di SIM, batteria o alimentatore, tenuto conto del contenuto letterale del terzo comma dell'articolo 391-ter c.p. Del resto, anche nell'accezione linguistica comune, un dispositivo telefonico può essere identificato come tale anche se sprovvisto di componenti essenziali al funzionamento, come SIM, batteria o alimentatore.

7.- *Considerazioni de iure condendo*

Dubbi suscita il ricorso al diritto penale per risolvere la questione della diffusione non autorizzata di cellulari o di dispositivi idonei alla comunicazione nelle carceri. La normativa precedente già consentiva il sequestro generale di materiali e prodotti detenuti dai carcerati e non ammessi, con la possibilità di restituzione al termine della pena. L'applicazione giurisprudenziale di questo articolo non sembra essere molto diffusa per cui sarebbe stato possibile potenziare la sanzione disciplinare dell'introduzione e la detenzione di cellulari in carcere, evitando così una inutile proliferazione di fattispecie incriminatrici e, quindi, di procedimenti penali.

In altri paesi, come in Scozia è stato deciso di installare un telefono fisso in ogni cella per garantire il diritto alla comunicazione dei detenuti, seguito poi dal Ministero di Giustizia francese nel 2016. Questa scelta potrebbe non essere opportuna nel contesto dell'articolo 391-bis, considerando la pericolosità sociale elevata dei detenuti in regime speciale, ma potrebbe essere considerata per i detenuti ordinari. Un tale intervento si scontra con due difficoltà da un lato non risponde alla crescente tendenza dell'opinione pubblica verso una punizione più severa e retributiva, dall'altro, riduce l'efficacia della pena, già compromessa dall'inefficienza del sistema di giustizia penale.

Ai fini di una maggiore effettività non è priva di ragione l'implementazione di maggiori controlli (con aumento del numero degli addetti all'istituzione carceraria) e delle sanzioni disciplinari in luogo di un semplicistico incremento del numero dei reati, con conseguente

⁹² L. MONTICELLI, *Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione*, cit., p. 2963.

valorizzazione della pena in funzione meramente repressiva, soprattutto quando vengono assecondate istanze di populismo esasperatamente punitivo.