

QUESITI

GIUSEPPE ALVARO - DAVIDE VIGNA

L'accesso indebito a dispositivi di comunicazione da parte del detenuto

Art. 391-ter c.p., pena simbolica, sussidiarietà tradita e diritto all'affettività intramuraria

Il saggio esamina l'art. 391-ter c.p. come incriminazione di confine tra disciplina penitenziaria, tutela dell'effettività della detenzione e diritto penale simbolico. Dopo avere ricostruito il contesto antecedente alla novella del 2020, ne analizza struttura, bene giuridico, oggetto materiale, clausole di riserva e rapporti con concorso, ricettazione e reati più gravi. La parte critica valuta la compatibilità della fattispecie con sussidiarietà e proporzionalità, alla luce della giurisprudenza costituzionale sulla misura della pena e della sentenza n. 10 del 2024 sul diritto all'affettività dei detenuti.

Unauthorized Access to Communication Devices by Inmates - Article 391-ter of the Italian Criminal Code, Symbolic Punishment, Betrayed Subsidiarity, and the Right to Affective Relations in Detention

The essay examines Article 391-ter of the Italian Criminal Code as a boundary offence situated at the intersection of prison law, the safeguarding of custodial effectiveness, and symbolic criminal legislation. After reconstructing the legal landscape preceding the 2020 reform, the article analyses the provision's structure, protected legal interest, material object, reservation clauses, and its relationship with complicity, receiving stolen goods, and more serious offences. The critical section assesses the compatibility of the offence with the principles of subsidiarity and proportionality, considering the Constitutional Court's case law on the proportionality of criminal sanctions and of judgment no. 10 of 2024 on the right of detainees to affective relationships.

SOMMARIO: 1. Prologo: il telefono come oggetto teologico-politico - 2. Prima dell'art. 391-ter: regolamento d'istituto, art. 650 c.p. e amministrazione della pena - 3. La norma: condotte, soggetti, clausole, collocazione sistematica - 4. Oggetto materiale e divieto di analogia: la scheda SIM non è il telefono - 5. Il detenuto come autore proprio: ricezione, utilizzo e concorso dell'interlocutore - 6. Il rapporto con la ricettazione e con i delitti più gravi - 7. Sussidiarietà esterna: il penale come scorciatoia dell'organizzazione - 8. Sussidiarietà interna e proporzione: una cornice editale ipertrofica - 9. Affettività, art. 8 C.E.D.U. e Corte cost. n. 10 del 2024 - 10. Tecnica normativa: l'avverbio "indebitamente" e la legalità amministrata - 11. Comparazione e prevenzione: ciò che il codice non sa fare - 12. Conclusione: una norma da restringere, non da celebrare.

1. *Prologo: il telefono come oggetto teologico-politico.* Ogni stagione penale ha il suo feticcio. In quella presente, sovraccarica di decreti d'urgenza, comunicati trionfali e lessico securitario, il feticcio è un parallelepipedo nero, spesso più piccolo di un pacchetto di sigarette: microtelefono, smartphone, dispositivo idoneo alla comunicazione. Nel carcere esso diventa, per virtù di legge, quasi un talismano demoniaco. Se entra oltre il muro, la pena si raddoppia moralmente; se squilla, l'ordine giudiziario trema; se contiene una scheda, la tentazione analogica mostra subito il muso. Così nasce l'art. 391-ter c.p.: norma giovane, ma già carica di vecchiezze, perché ripete il più antico dei ri-

flessi legislativi italiani, quello di trasformare un problema amministrativo, trattamentale, tecnologico e penitenziario in una incriminazione.

La fenomenologia non va banalizzata. Telefoni introdotti mediante pacchi, vivande, cavità corporee, palloni lanciati oltre la cinta, droni, complicità interne; utenze intestate a terzi o straniere; apparecchi condivisi; comunicazioni rivolte talvolta alla prosecuzione di traffici illeciti, talaltra (secondo casistica giudiziaria, nella maggioranza dei casi) a una telefonata domestica, a una voce di figlio, a un coniuge, a un frammento di vita rimasto fuori. Il fatto materiale è lo stesso; il mondo assiologico che lo circonda no. L'errore della norma consiste appunto nel fingere che il dato tecnico – comunicare indebitamente – sia sempre identico a sé stesso, come se il diritto penale fosse un apparecchio ottico capace solo di vedere sagome, non persone.

Il problema giuridico, dunque, non è se l'amministrazione penitenziaria debba poter impedire l'uso clandestino di telefoni. Certo che deve. Sarebbe puerile negarlo: la custodia cautelare può avere funzione recisoria rispetto a circuiti criminali; la pena può richiedere controllo su flussi comunicativi; il 41-*bis* vive, per definizione, di interdizione dei canali relazionali illeciti. Il problema è un altro, e più radicale: se il passaggio dalla regola penitenziaria al delitto codicistico soddisfi i canoni di legalità, offensività, sussidiarietà e proporzione, o se invece rappresenti un ennesimo episodio della mania di governare i fenomeni sociali mediante *criminalia iudicia*.

La risposta esige una ricostruzione in quattro movimenti. Primo: il contesto *ante* 2020, nel quale il divieto abitava i regolamenti d'istituto e l'art. 650 c.p. veniva invocato come stampella impropria. Secondo: la struttura dell'art. 391-*ter*, con le sue clausole di riserva, l'avverbio "indebitamente", il rapporto con l'art. 391-*bis* e la natura del reato del detenuto. Terzo: la giurisprudenza formata dopo l'introduzione della norma, ancora scarsa ma già significativa, soprattutto sui limiti dell'analogia, sull'oggetto materiale e sul concorso dell'*extraneus*. Quarto: la questione costituzionale, oggi mutata dalla sentenza n. 10 del 2024 sull'affettività dei detenuti e dalla più recente giurisprudenza costituzionale sulla proporzione della pena. In questo percorso il telefono non è più una cosa: è un indice. Misura la distanza tra carcere legale e carcere reale.

2. *Prima dell'art. 391-ter: regolamento d'istituto, art. 650 c.p. e amministrazione della pena.* Prima del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modi-

ficazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173, la disciplina del telefono in carcere non viveva nel codice penale. Viveva, più umilmente e più propriamente, nell'ordinamento penitenziario, nel regolamento di esecuzione, nei regolamenti interni degli istituti, nelle circolari, nelle prassi. L'art. 16 ord. pen. affida al regolamento interno la disciplina delle modalità trattamentali; l'art. 36 d.P.R. 230/2000 ne descrive la funzione; l'art. 14 d.P.R. 230/2000 consente di regolare ricezione, acquisto e possesso di oggetti, tenendo conto delle nuove strumentazioni tecnologiche. Il divieto di introdurre e detenere telefoni cellulari era dunque già presente, ma come regola dell'istituzione totale, non come figura criminosa autonoma^{1 2}.

Qui emerge un dato spesso rimosso: il Codice penale nomina l'ergastolo, la reclusione, l'arresto, ma non descrive davvero la vita carceraria. Dice quanto dura la privazione, non come si vive dentro la privazione. Il contenuto concreto della pena è prodotto da una stratificazione amministrativa. La decisione giudiziale consegna il corpo all'istituzione; l'istituzione decide, giorno per giorno, lo spazio, il tempo, l'oggetto consentito, il colloquio, la telefonata, la fila, il pacco, la luce. In questo punto la riserva di legge dell'art. 13 Cost. mostra la sua fragilità materiale: formalmente è il giudice a privare della libertà; sostanzialmente è l'amministrazione a modularne gli effetti.

Da qui il tentativo, prima della novella, di ricondurre la violazione del divieto regolamentare all'art. 650 c.p. L'operazione era seducente per ragioni pratiche. Se il possesso del telefono diventa reato, il sequestro probatorio trova appiglio; l'apparecchio non va restituito; l'indagine può aprirsi; il circuito repressivo può funzionare. Ma il diritto penale non è un magazzino di utensili amministrativi. L'art. 650 c.p. punisce l'inosservanza di provvedimenti legalmente dati dall'autorità per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene; presuppone un ordine specifico, rivolto a destinatari determinati o determinabili, legato a una situazione concreta. Non basta una regola generale, astratta, stabile, destinata a una platea indeterminata³.

¹ Per la disciplina del regolamento interno d'istituto: art. 16 L. 26 luglio 1975, n. 354; artt. 14 e 36 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

² L'art. 391-ter c.p. è stato introdotto dall'art. 9 del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173.

³ Sulla struttura dell'art. 650 c.p. come norma sussidiaria e sulla necessità di un provvedimento specifico, cfr. Cass., Sez. I, 30 maggio 1995, n. 7452; Cass., Sez. VI, 9 aprile 2013, n. 39217; Cass., Sez. I, 8 gennaio 2020, n. 2968.

Il regolamento d'istituto non è, in questo senso, un "provvedimento" ai fini dell'art. 650 c.p. È atto normativo secondario o, comunque, atto generale dotato di generalità strutturale. Non si consuma in una vicenda; non individua un destinatario; non nasce per regolare un episodio. Disciplina una microsocietà coercitiva. Sussumere la sua violazione nell'art. 650 avrebbe significato trasformare una norma penale in bianco, già elastica, in una norma penale nebbiosa, nella quale qualunque regola interna dell'istituto, purché colorata di sicurezza, avrebbe potuto diventare precetto penale. È una prospettiva incompatibile con il principio di legalità, e più precisamente con quel suo segmento meno declamato ma più essenziale: la prevedibilità non retorica del comando punitivo.

L'art. 391-ter nasce dunque anche come correzione di questa insufficienza. Non interpreta il passato: crea un nuovo reato. La nuova incriminazione non è prosecuzione dell'art. 650, ma sua sostituzione politica. Il legislatore, trovato impervio il sentiero della contravvenzione, apre una strada maestra nel codice. Il punto, però, è che una nuova incriminazione non si giustifica perché la precedente scorciatoia era impraticabile. Si giustifica solo se il bene tutelato reclama davvero pena criminale, e se gli strumenti già disponibili – disciplina interna, sanzioni penitenziarie, limitazioni trattamentali, sequestri amministrativi, controlli tecnologici, misure organizzative – risultano inadeguati secondo un giudizio non impressionistico. Qui comincia il sospetto⁴.

3. *La norma: condotte, soggetti, clausole, collocazione sistematica.* L'art. 391-ter c.p. è collocato nel titolo dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, capo dedicato ai delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie. La collocazione è significativa e, insieme, artificiosa. Significativa, perché il legislatore vuole presentare l'uso clandestino di strumenti comunicativi come lesione dell'effettività della custodia o della pena; artificiosa, perché il divieto immediatamente violato non è contenuto nella decisione giudiziaria, bensì in un reticolo amministrativo-penitenziario. La sentenza che dispone la custodia o infligge la pena non dice: «non avrai un telefono». Lo dice l'istituzione che riceve il detenuto. Il codice finge una mediazione: la regola dell'amministrazione diventa contenuto implicito della decisione giudiziaria.

⁴ Sulla premessa della nuova incriminazione e sulla problematica riconducibilità della condotta all'art. 650 c.p., si veda CERFEDA, *Telefoni in carcere e reazione penale: un binomio in linea con il principio di sussidiarietà?* in www.questionegiustizia.it, 14 gennaio 2021.

Il primo comma punisce chiunque, fuori dai casi dell'art. 391-*bis*, indebitamente procura a un detenuto un apparecchio telefonico o altro dispositivo idoneo a effettuare comunicazioni, o comunque consente l'uso indebito dei predetti strumenti, o introduce in un istituto penitenziario uno di essi al fine di renderlo disponibile a una persona detenuta. È reato comune, a condotte alternative. Le prime due ipotesi richiedono l'avvenuta messa a disposizione o il consenso all'uso; la terza anticipa la soglia di tutela all'introduzione finalisticamente orientata. Il dolo specifico, in quest'ultima figura, tenta di compensare l'anticipazione dell'offesa: non ogni introduzione è punita, ma quella diretta a rendere disponibile lo strumento al detenuto⁵.

Il secondo comma aggrava la pena quando il fatto sia commesso da pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio o avvocato. L'inclusione dell'esercente la professione forense è rivelatrice. Il legislatore, memore della diffidenza verso i canali difensivi, equipara in un'unica cornice chi tradisce una funzione pubblica e chi esercita una professione essenziale alla giurisdizione. Naturalmente l'aggravante non punisce l'avvocato in quanto tale, ma l'abuso della sua posizione di accesso. Tuttavia, il segnale simbolico resta: nel teatro del sospetto penitenziario, il difensore è sempre vicino alla soglia della complicità. È una scelta che meriterebbe maggiore cautela sistematica, perché la difesa non è un favore del sistema, ma una sua condizione di legittimità.

Il terzo comma punisce il detenuto che indebitamente riceve o utilizza l'apparecchio telefonico o altro dispositivo idoneo a effettuare comunicazioni, salvo che il fatto costituisca più grave reato. Qui la norma diventa propria. Soggetto attivo è il detenuto; il fatto, per chi non sia detenuto, sarebbe lecito o penalmente irrilevante. Si tratta di reato di mera condotta: ricevere e utilizzare sono verbi distinti, e la ricezione basta. La ratio è trasparente: impedire la disponibilità clandestina prima ancora che il canale comunicativo sia attivato.

⁵ Per i commenti specifici sull'art. 391-*ter* c.p.: DELLA BELLA, *Art. 391-ter. Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Gatta, Milano, 2021, 1900 ss.; MONTICELLI, *Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti*, in *Diritto penale*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Milano, 2022, 2963 ss.; PIFFER, *sub art. 391-ter*, in *Commentario breve al Codice penale*, a cura di Forti-Riondato-Seminara, Padova, 2024, 1446; CANTONE, *sub art. 391-ter*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da Lattanzi-Lupo, Milano, 2022, 256 ss.; FALCONE, *L'utilizzo indebito di dispositivi di comunicazione da parte della persona detenuta e il ruolo dell'interlocutore*, in *Sist. Pen.*, 2026, 3.

Ma proprio questa anticipazione dilata il disvalore: l'oggetto posseduto viene trattato come comunicazione in potenza, e la potenza come evento.

Due clausole reggono l'intero edificio. La prima è la riserva: «fuori dai casi previsti dall'art. 391-bis» al comma 1; «salvo che il fatto costituisca più grave reato» al comma 3. La seconda è l'avverbio "indebitamente". Non è ornamento. È il punto di sutura tra precetto penale e disciplina extra-penale. Il telefono non è vietato in sé; è vietato l'accesso non consentito. Le comunicazioni del detenuto sono ammesse entro procedure, autorizzazioni, controlli e limiti. L'indebito rinvia dunque alle regole dell'ord. penit. e alle autorizzazioni amministrative. Senza tale rinvio, la norma sarebbe cieca; con esso, rischia di diventare dipendente da fonti sublegislative, e quindi di trasferire parte della tipicità nella macchina amministrativa.

L'art. 391-ter non protegge un bene semplice. Non protegge il telefono, né l'astratta obbedienza al regolamento, né una metafisica intangibilità del muro. Protegge, se letto nel modo più costituzionalmente generoso, l'effettività della detenzione come regime giuridico controllato: la possibilità dello Stato di conoscere, regolare e, quando necessario, impedire comunicazioni incompatibili con il titolo restrittivo. Ma questa formulazione alta non deve ingannare. Sotto di essa si agitano casi radicalmente diversi: il detenuto che coordina estorsioni; il ristretto in cautelare che contatta complici; il condannato che parla con la figlia; il soggetto abbandonato che cerca l'unico contatto affettivo. La tipicità li accomuna; la colpevolezza concreta e la proporzione dovrebbero separarli. La norma, invece, parte già con una cornice severa⁶.

4. *Oggetto materiale e divieto di analogia: la scheda SIM non è il telefono.* La prima linea interpretativa davvero significativa riguarda l'oggetto materiale. L'art. 391-ter parla di apparecchio telefonico o altro dispositivo idoneo a effettuare comunicazioni. La formula è larga, ma non illimitata. Comprende lo smartphone, il microtelefono, il tablet con funzioni comunicative, forse ogni apparato che, per struttura e funzionamento, consenta comunicazioni interpersonali. Non comprende, secondo l'orientamento di legittimità formatosi

⁶ Sulla valorizzazione del bene giuridico e sulla lettura dell'art. 391-ter c.p. come tutela dell'effettività della pena detentiva e della custodia cautelare, cfr. Cass., Sez. VI, 9 luglio 2025 (ud. 19 marzo 2025), n. 25194, Rv. 288468.

sulla questione⁷, la sola scheda SIM, quando separata da un dispositivo capace di utilizzarla⁸.

La soluzione è corretta. La SIM è componente, non dispositivo comunicativo autosufficiente. Può essere necessaria, ma non basta. Punire la detenzione della sola scheda come detenzione del dispositivo significherebbe non interpretare estensivamente, ma analogizzare *in malam partem*. È qui che la norma, pur figlia di un impulso repressivo, incontra il suo limite più classico: *nulum crimen sine lege stricta*. Il giudice non può completare l'oggetto materiale secondo una logica funzionalistica spinta, dicendo che la SIM è destinata a comunicare perché normalmente entra in un telefono. Anche il caricabatterie, l'auricolare, il codice PIN scritto su carta, la rubrica dei numeri sono destinati, in senso mediato, alla comunicazione; ma non per questo diventano "dispositivi idonei".

La distinzione è tutt'altro che capziosa. Nei reati a oggetto tecnologico l'estensione semantica è una tentazione permanente. L'evoluzione dei mezzi spinge l'interprete a includere; il principio di legalità gli impone di arrestarsi. «Altro dispositivo idoneo» è clausola aperta all'innovazione tecnica, non licenza di punire qualunque cosa entri nella filiera comunicativa. Deve trattarsi di uno strumento che, per propria configurazione, consenta la comunicazione o possa consentirla mediante operazioni ordinarie, non di un frammento inerte. L'idoneità va predicata dell'oggetto tipico, non dell'assemblaggio immaginato dall'accusa.

Questa giurisprudenza ha il merito di sottrarre l'art. 391-ter alla deriva della sostanza punitiva indifferenziata. Se il legislatore voleva punire anche l'introduzione di componenti, accessori, schede, credenziali, avrebbe potuto dirlo. Non l'ha detto. In diritto penale il silenzio non è un invito a completare; è una barriera. Il carcere non sospende la grammatica della legalità. Anzi, proprio lì essa dovrebbe essere più severa, perché il destinatario della norma

⁷ Cfr. sul punto Cass., Sez. VI, 25 novembre 2024, n. 42941, nonché Cass., Sez. VI, 14 luglio 2025, n. 25746.

⁸ Sull'oggetto materiale dell'art. 391-ter c.p. e sulla non riconducibilità della sola scheda SIM, cfr. Cass., Sez. VI, 25 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024), n. 42941, Pres. De Amicis, Rel. Tripiccion, in Dir. & Giust., 2024, 26 novembre 2024; 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 Sist. pen., 6 dicembre 2024, in www.sistemapenale.it; 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 c.p., in *Arch. pen. web*, 2025, 1.

vive già in una condizione di minorata capacità di difesa materiale contro l'amministrazione.

5. *Il detenuto come autore proprio: ricezione, utilizzo e concorso dell'interlocutore.* Il comma 3 pone un problema più sottile: il rapporto tra reato proprio del detenuto e concorso dell'*extraneus*. Che il detenuto risponda quando riceve o usa il dispositivo è testuale. Che risponda chi glielo procura o gliene consente l'uso è previsto dal comma 1. Ma che cosa accade all'interlocutore esterno che non ha procurato il telefono, non lo ha introdotto, non ha materialmente consentito l'accesso, e tuttavia riceve la chiamata, parla, alimenta il circuito comunicativo, magari concorda orari e cautele?

La giurisprudenza più recente ha valorizzato il concorso morale dell'*extraneus* nel reato del detenuto⁹, quando l'interlocutore esterno non si limiti a ricevere passivamente una comunicazione inattesa, ma partecipi consapevolmente e volontariamente alla prosecuzione dell'utilizzo illecito, rafforzando il proposito del detenuto o cooperando alla stabilizzazione del canale. La soluzione è tecnicamente possibile: il reato proprio non esclude, di per sé, il concorso del non qualificato, salvo che sia reato di mano propria in senso assoluto e che la struttura della fattispecie esiga l'esecuzione personale non surrogabile. Qui l'utilizzo materiale resta del detenuto; l'apporto dell'interlocutore è morale o agevolatore¹⁰.

Tuttavia, occorre una delimitazione rigorosa. Non ogni conversazione con un detenuto da telefono clandestino trasforma l'interlocutore in concorrente. Il concorso richiede coscienza dell'indebito e contributo causale, quantomeno morale, non mera presenza comunicativa. La madre che risponde al figlio dopo mesi di silenzio, sorpresa e turbata, non è automaticamente concorrente. Il complice che programma contatti, fornisce numerazioni, suggerisce cautele, alimenta messaggi cifrati, lo è. La differenza non può essere divorata dal moralismo probatorio. Il diritto penale non punisce la contiguità emotiva; punisce il contributo tipico o atipico causalmente rilevante e soggettivamente sorretto.

⁹ Cfr. sul punto Cass., Sez. I, 17 febbraio 2026 n. 6307, nonché Cass., Sez. I, 5 dicembre 2025 n. 39446.

¹⁰ Sul concorso morale dell'interlocutore esterno nel reato del detenuto ex art. 391-ter, co. 3, c.p., cfr. Cass., Sez. I, 31 ottobre 2025, n. 39446; Cass., Sez. I, 17 ottobre 2025, n. 1787/26; Cass., Sez. I, 17 febbraio 2026, n. 6307.

Il punto ha ricadute investigative. Le captazioni, i tabulati, i contatti memorizzati, le chat, i soprannomi, le ricorrenze delle chiamate possono dimostrare un canale stabile. Ma la stabilità non basta se manca la prova che l'*extraneus* conoscesse la condizione detentiva, la clandestinità dello strumento e l'illiceità del contatto, e che abbia inteso rafforzare o agevolare l'utilizzo. L'evento comunicativo, per sua natura relazionale, non deve trasformarsi in un concorso automatico a struttura bilaterale necessaria. Il legislatore ha punito il detenuto che usa e chi procura o consente; l'interlocutore va attratto solo quando il suo ruolo superi la soglia della ricezione.

In questa materia il rischio è quello di un diritto penale per *alone*: si punisce chi sta vicino al telefono, chi parla col detenuto, chi gli vuole bene, chi non chiude la chiamata. Ma l'*alone* non è fatto tipico. La responsabilità penale, per non ridursi a contagio, esige un nucleo individualizzato.

6. *Il rapporto con la ricettazione e con i delitti più gravi.* La clausola del comma 3 – salvo che il fatto costituisca più grave reato – ha generato un ulteriore problema: il rapporto con la ricettazione. L'ipotesi è frequente. Il dispositivo rinvenuto in cella proviene da furto, smarrimento appropriato, traffici interni; il detenuto lo riceve e lo utilizza. Il fatto è accesso indebito; può essere anche ricettazione se sussistono provenienza delittuosa, consapevolezza e finalità di profitto. La clausola di riserva opera solo quando il fatto più grave copra lo stesso nucleo offensivo o quando l'ordinamento, per scelta di specialità o sussidiarietà, imponga assorbimento. Diversamente vi è concorso¹¹.

Non convince una lettura che faccia dell'art. 391-ter una norma omnivora. L'accesso indebito tutela l'effettività del regime detentivo e il controllo delle comunicazioni; la ricettazione tutela il patrimonio e l'ordine della circolazione dei beni provenienti da delitto. I beni giuridici divergono. Se il telefono rubato entra in carcere, il detenuto offende due sfere: riceve cosa di provenienza delittuosa e viola il regime comunicativo. L'assorbimento sarebbe possibile solo quando il disvalore patrimoniale risulti meramente apparente o non provato nei suoi elementi costitutivi. Altrimenti, concorso.

Ancora più chiaro è il rapporto con i reati commessi mediante la comunicazione. Se il detenuto, usando il telefono, ordina un'estorsione, minaccia un testimone, dirige un traffico di stupefacenti, partecipa a un'associazione, l'art.

¹¹ Sul rapporto tra art. 391-ter e ricettazione, cfr. Cass., Sez. II, 14 gennaio 2025, n. 4189.

391-ter non assorbe nulla. Diventa reato mezzo, o condotta accessoria, salvo verifiche sul concorso apparente. La clausola «più grave reato» non cancella la pluralità dei beni offesi quando la telefonata è veicolo di un delitto autonomo. Essa impedisce piuttosto che il possesso/utilizzo venga punito quando l'intero fatto sia già integralmente catturato da una figura più grave posta a presidio del medesimo interesse. Il che, nella pratica, sarà ipotesi meno frequente di quanto l'eleganza della clausola lasci credere.

La vera funzione della clausola è rassicurante: il legislatore mostra di sapere che il telefono può essere mezzo di delitti ulteriori. Ma l'effetto sistematico è modesto. La parte decisiva resta affidata ai criteri ordinari di specialità, sussidiarietà e consunzione. Siamo ancora una volta davanti a una norma che proclama molto e risolve poco.

7. *Sussidiarietà esterna: il penale come scorciatoia dell'organizzazione.* L'art. 391-ter va giudicato anzitutto alla luce della sussidiarietà esterna. Il diritto penale dovrebbe intervenire quando gli strumenti non penali risultino inadeguati a proteggere il bene in misura sufficiente. Qui l'ordinamento disponeva già di una gamma di reazioni: divieti regolamentari; perquisizioni; sequestri amministrativi o disciplinari; responsabilità disciplinare del detenuto; incidenza sulla valutazione trattamentale; limitazioni o revoche di benefici; controlli sui pacchi e sui colloqui; schermature tecnologiche; tracciamento degli accessi; responsabilità disciplinare e penale per pubblici agenti corrotti; strumenti investigativi per i delitti effettivamente commessi attraverso il telefono¹².

Si dirà: non bastavano. Ma l'affermazione non può essere fideistica. Il legislatore del 2020 ha agito in un clima di emergenza percettiva: aumento dei rinvenimenti, allarme mediatico, difficoltà di sequestro, pandemia, colloqui ridotti, istituti sovraffollati. La risposta è stata la più semplice: costruire un delitto. E tuttavia l'aumento dei rinvenimenti non prova l'efficacia della pena, né la sua necessità; prova, semmai, un fenomeno organizzativo e tecnologico. Se i telefoni entrano con droni, corruzione, falle nei controlli, connivenze o pac-

¹² Per un inquadramento generale, cfr.: PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014; PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 2, 48 ss.; DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen.*, 7 settembre 2020, in www.sistemapenale.it; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2024; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2023; BARTOLI-PELISSERO-SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2024.

chi, la pena al detenuto che li riceve colpisce l'ultimo anello della catena, spesso il più visibile e il meno utile da colpire.

Il diritto penale qui funziona come deodorante istituzionale. Copre l'odore del fallimento organizzativo. Se l'amministrazione non riesce a impedire l'ingresso degli apparecchi, la norma consente di dire che lo Stato ha reagito. Il legiscommalatore trasforma la propria impotenza logistica in potenza simbolica. Ma la simbolica punitiva ha un costo: produce procedimenti, carichi giudiziari, cumuli sanzionatori, ostacoli trattamentali, stigmi; e non necessariamente riduce il fenomeno. Anzi, può renderlo più opaco, più costoso, più controllato dalle economie clandestine interne.

Una politica razionale avrebbe distinto. Per i detenuti sottoposti a regimi speciali o per comunicazioni dirette a finalità criminali, il sistema già conosce fattispecie severe e strumenti investigativi robusti. Per il detenuto comune, la risposta primaria avrebbe dovuto restare amministrativa e trattamentale, con eventuale illecito amministrativo punitivo calibrato, non una reclusione da uno a quattro anni. La sussidiarietà non è un ornamento da manuale; è la regola che impedisce al Codice penale di diventare regolamento condominiale dell'istituzione totale.

L'argomento acquista forza dopo Corte cost. n. 10 del 2024. Se l'ordinamento deve riconoscere al detenuto spazi effettivi di affettività, compresi colloqui intimi senza controllo visivo quando non ostino ragioni di sicurezza, allora la comunicazione clandestina non può essere letta solo come aggressione. È anche sintomo. Dove la legalità affettiva è povera, la clandestinità relazionale prolifera. Punire il telefono senza curare il deserto comunicativo significa scambiare la febbre per il morbo.

8. *Sussidiarietà interna e proporzione: una cornice edittale ipertrofica.* La sussidiarietà interna interroga la misura della pena prescelta. L'art. 391-ter prevede, per il co. 1 e per il co. 3, la reclusione da uno a quattro anni; da due a cinque anni in caso di soggetti qualificati. Si tratta di cornici non lievi. Esse avvicinano l'accesso indebito a dispositivi comunicativi a delitti ben più densi di offesa personale o patrimoniale, e superano nettamente la soglia di una risposta meramente disciplinare. Il minimo di un anno, soprattutto per il detenuto che riceve o usa un telefono senza ulteriori finalità criminose, appare sproporzionato.

Il raffronto con le fattispecie limitrofe è impietoso. L'evasione ex art. 385 c.p. punisce la sottrazione fisica al vincolo custodiale; la procurata evasione ex art. 386 c.p. colpisce l'aiuto a eludere la custodia; l'inosservanza di pene accessorie o misure ha logiche diverse; l'art. 391-*bis* riguarda il 41-*bis*, cioè il regime più rigoroso, costruito per impedire collegamenti con organizzazioni criminali. L'art. 391-*ter*, invece, si applica anche al detenuto comune, anche alla comunicazione domestica, anche alla ricezione non seguita da uso, anche alla disponibilità momentanea. Un anno di minimo edittale per questo spettro di casi rivela l'ipertrofia.

La Corte costituzionale, negli ultimi anni, ha progressivamente raffinato il sindacato sulla proporzionalità della pena. Non serve più, sempre e comunque, il *tertium comparationis* rigido; la manifesta sproporzione può emergere anche dall'intrinseca irragionevolezza della cornice, dalla frattura tra gravità del fatto e risposta sanzionatoria, dall'assenza di plausibile giustificazione dell'innalzamento punitivo. La sentenza n. 46 del 2024, sul minimo dell'appropriazione indebita, è emblematica: il legislatore non può innalzare drasticamente la pena minima senza ragioni verificabili, perché la pena minima è quella che più incide sulla possibilità del giudice di individualizzare la risposta^{13 14}.

Applicato all'art. 391-*ter*, il principio diventa tagliente. La norma accomuna casi di disvalore massimo e minimo. Per i primi, i delitti ulteriori e le aggravanti già consentono severità. Per i secondi, il minimo di un anno impedisce una risposta proporzionata. L'art. 131-*bis* c.p. può talvolta operare, ma non risolve il vizio della cornice; le pene sostitutive, dopo la riforma Cartabia, possono attenuare l'effetto carcerogeno, ma non sanano l'eccesso edittale. Un sistema costituzionale non dovrebbe confidare nella benevolenza correttiva del giudice per rendere tollerabile una norma mal calibrata.

Il punto non è indulgenza. È aritmetica costituzionale. Se un detenuto riceve un microtelefono e lo usa per parlare con la compagna, senza minacce, senza traffici, senza inquinamento probatorio, senza collegamenti criminali, l'offesa consiste nell'elusione del controllo penitenziario. Essa merita reazione; ma

¹³ Corte cost. n. 46 del 2024 ha dichiarato illegittimo il minimo edittale di due anni per l'appropriazione indebita, introdotto dalla L. n. 3 del 2019, valorizzando l'assenza di plausibile giustificazione dell'innalzamento sanzionatorio.

¹⁴ Sul sindacato costituzionale di proporzionalità della pena, cfr. Corte cost. nn. 236/2016, 222/2018, 40/2019, 88/2019, 95/2022, 46/2024, 86/2024, 83/2025 e 139/2025.

una reclusione da uno a quattro anni è pena che parla il linguaggio dell'esemplarità, non quello della proporzione. L'esemplarità, quando non misurata, diventa vendetta amministrativa codificata.

Perciò una questione di legittimità costituzionale sull'art. 391-ter, specie nella parte in cui prevede il minimo edittale di un anno per il detenuto che riceve o utilizza il dispositivo in assenza di finalità delittuose ulteriori, non appare peregrina. I parametri sarebbero gli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., anche in relazione all'art. 117 Cost. e all'art. 8 C.E.D.U. quando la comunicazione abbia contenuto familiare o affettivo. Il *petitum* potrebbe essere ablativo del minimo, sul modello della sentenza n. 46 del 2024, lasciando il massimo e consentendo al giudice una modulazione reale.

9. *Affettività, art. 8 C.E.D.U. e Corte cost. n. 10 del 2024.* La sentenza costituzionale n. 10 del 2024 ha mutato il paesaggio. Dichiarando l'illegittimità dell'art. 18 ord. penit. nella parte in cui non prevedeva che il detenuto potesse essere ammesso, nei termini di cui in motivazione, a svolgere colloqui con coniuge, parte dell'unione civile o convivente stabile senza controllo a vista del personale di custodia, quando non ostino ragioni di sicurezza, esigenze di ordine e disciplina o ragioni giudiziarie, la Corte ha riconosciuto che l'affettività non è premio, non è lusso, non è concessione paternalistica. È dimensione della persona, anche ristretta¹⁵.

La pronuncia lavora su più piani. L'art. 2 Cost. protegge le formazioni sociali e le relazioni affettive; l'art. 3 impedisce compressioni irragionevoli e discriminazioni derivanti dalla condizione detentiva oltre il necessario; l'art. 27, co. 3, impone che la pena non mortifichi la dignità e tenda alla rieducazione; l'art. 117 Cost. apre all'art. 8 C.E.D.U., che tutela vita privata e familiare. La Corte non nega il carcere, né dissolve il controllo. Chiede, più modestamente e più radicalmente, che la restrizione sia giustificata, proporzionata, individualizzata. Il divieto assoluto è incostituzionale perché tratta ogni detenuto come pericolo identico e ogni relazione come rischio.

L'art. 391-ter deve essere riletto in questa luce. La comunicazione non autorizzata resta illecita; ma il giudizio politico-criminale sulla sua gravità non può

¹⁵ Corte cost., sent. n. 10 del 2024, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 ord. penit. nella parte in cui non prevede, nei termini indicati in motivazione, colloqui del detenuto con coniuge, parte dell'unione civile o convivente stabile senza controllo a vista, quando non ostino ragioni di sicurezza, ordine, disciplina o giudiziarie.

ignorare che l'ordinamento ha per decenni negato spazi adeguati di intimità e ha spesso ridotto i contatti familiari a rituali sorvegliati, compressi, umilianti. La clandestinità comunicativa non è giustificata automaticamente dalla povertà affettiva del carcere; tuttavia, ne è spesso prodotta. E una norma penale che punisce severamente il sintomo, senza che lo Stato garantisca canali legali effettivi, rischia di rovesciare la colpa dell'istituzione sul detenuto.

La giurisprudenza europea non impone un diritto illimitato al telefono, né vieta restrizioni alle comunicazioni dei detenuti. Impone però che le restrizioni alla vita privata e familiare siano previste dalla legge, perseguano fini legittimi e siano necessarie in una società democratica. Necessità significa proporzione, controllo individuale, assenza di automatismi ciechi. Le pronunce su corrispondenza, visite familiari, ergastolo, sovraffollamento e dignità detentiva convergono in un principio: il carcere non estingue la persona. La sicurezza non è formula sacramentale capace di assorbire ogni diritto¹⁶.

Ne deriva un criterio interpretativo e uno politico-criminale. Interpretativamente, l'avverbio "indebitamente" deve essere letto alla luce dei canali legali esistenti: l'errore scusabile su autorizzazioni, l'affidamento generato da prassi, le comunicazioni consentite in forme particolari, le situazioni di urgenza familiare, possono incidere su tipicità soggettiva, antiggiuridicità o colpevolezza. Politicamente, la pena deve arretrare quando il fatto sia mera supplenza clandestina di bisogni affettivi non pericolosi. Un ordinamento che riconosce colloqui intimi non può trattare ogni telefonata familiare clandestina come un attentato all'autorità giudiziaria.

10. *Tecnica normativa: l'avverbio "indebitamente" e la legalità amministrata.* La parola decisiva è "indebitamente". Essa ha funzione selettiva: distingue l'accesso vietato da quello consentito. Ma, come spesso accade alle clausole di illiceità speciale, apre una porta laterale alla normazione extrapenale. L'indebito deriva da regole penitenziarie, autorizzazioni, circolari, ordini interni, prassi organizzative. La tipicità penale dipende così da un ecosistema amministrativo mobile. Ciò non rende automaticamente incostituzionale la fattispecie, ma esige un controllo severo sulla conoscibilità e sulla determinazione del divieto concretamente violato.

¹⁶ Sull'art. 8 C.E.D.U. in materia penitenziaria: Corte EDU, A.B. c. Paesi Bassi, 29 gennaio 2002; Davison c. Regno Unito, 2 marzo 2010; Nusret Kaya e altri c. Turchia, 22 aprile 2014; Khoroshenko c. Russia [GC], 30 giugno 2015; Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013.

Il detenuto deve sapere che cosa è vietato, quale strumento è vietato, quali comunicazioni sono consentite, quali autorizzazioni occorrono. L'amministrazione deve portare le regole a conoscenza effettiva; non basta il mito burocratico dell'affissione. Nel carcere l'informazione giuridica è asimmetrica: chi decide il regime possiede le fonti; chi lo subisce ne conosce frammenti. Perciò l'indebito non può essere presunto dalla mera contrarietà a un ordine non conoscibile o a una prassi opaca.

Vi è poi un secondo rischio: la trasformazione del regolamento in precetto penale per rinvio. Prima del 2020 si negava, correttamente, che il regolamento potesse fondare l'art. 650 c.p. Ora il Codice penale ha incorporato il divieto, ma l'ampiezza dell'indebito continua a dipendere dall'amministrazione. La differenza è reale, ma non totale. La legge individua l'oggetto e la condotta; l'amministrazione determina le condizioni di liceità. Questo modello è tollerabile solo se la legge conserva il nucleo essenziale della fattispecie e se le fonti sublegislative non ampliano surrettiziamente l'area del penalmente rilevante. In termini probatori, l'accusa deve dimostrare non solo la ricezione o l'uso del dispositivo, ma il carattere indebito dell'accesso. Nella normalità dei casi sarà agevole; ma non è un elemento superfluo. Dove esistano autorizzazioni, dispositivi forniti dall'amministrazione, telefoni di reparto, videochiamate, colloqui da remoto, permessi comunicativi, il confine va accertato. La pigrizia probatoria è nemica della legalità.

11. *Comparazione e prevenzione: ciò che il codice non sa fare.* La comparazione europea suggerisce una lezione semplice: il controllo dei telefoni in carcere si governa meglio con prevenzione tecnologica, canali legali accessibili, responsabilizzazione amministrativa e proporzione disciplinare che con l'inflazione delittuosa. In diversi sistemi la possibilità di comunicare con familiari tramite telefoni controllati, programmi di videochiamata, canali autorizzati e monitorati riduce il valore del mercato clandestino. Dove il contatto legale è raro, costoso, umiliante o arbitrario, l'illegale diventa merce.

Lo Stato dispone di strumenti più intelligenti del processo penale: telefoni di reparto con numerazioni autorizzate; piattaforme video controllate; ampliamento dei colloqui; schermature selettive compatibili con esigenze tecniche e di emergenza; controlli sugli accessi del personale; scanner; bonifiche; tracciabilità dei pacchi; formazione e rotazione degli operatori; repressione severa

della corruzione interna; differenziazione per circuiti detentivi. Questi strumenti colpiscono la causa. L'art. 391-ter colpisce spesso l'esito.

La pena criminale dovrebbe restare sullo sfondo per i casi in cui il dispositivo diventi veicolo di offese ulteriori o in cui l'introduzione sia professionalizzata, corrotta, organizzata. Per il resto, un sistema disciplinare forte ma proporzionato sarebbe più coerente con la natura del fenomeno. Il carcere, invece, tende a chiedere al codice ciò che dovrebbe chiedere a sé stesso: organizzazione, risorse, legalità interna, trattamento umano.

Il paradosso è evidente nei dati sul sovraffollamento e sui suicidi. L'istituzione lamenta i telefoni come minaccia alla sicurezza, ma spesso non garantisce spazi vitali, cure, lavoro, colloqui, intimità. Il detenuto vive in un ambiente nel quale la legalità costituzionale è intermittente; poi viene punito perché cerca una legalità affettiva clandestina. Non è assoluzione; è diagnosi. E senza diagnosi la pena diventa superstizione¹⁷.

12. *Conclusione: una norma da restringere, non da celebrare.* L'art. 391-ter c.p. è figlio di un bisogno reale e di una risposta sbagliata nella misura. Reale è il rischio che telefoni clandestini consentano prosecuzione di traffici, intimidazioni, contatti con organizzazioni, elusione della custodia cautelare. Sbagliata è l'idea che tale rischio giustifichi una incriminazione ampia, severa, applicabile anche ai casi minimi, capace di trasformare la relazione affettiva non autorizzata in delitto contro l'autorità delle decisioni giudiziarie.

La norma va interpretata restrittivamente. L'oggetto materiale non può includere componenti inerti come la sola SIM; l'indebito va provato; il concorso dell'interlocutore richiede contributo consapevole e non mera partecipazione emotiva; la clausola di riserva non deve generare duplicazioni punitive irragionevoli; l'art. 131-bis e le pene sostitutive devono essere usati, quando ne ricorrano i presupposti, per evitare che casi bagatellari diventino nuovo carcere sopra il carcere. Ma l'interpretazione non basta. Resta un problema di cornice edittale.

Il minimo di un anno per il detenuto comune che riceve o utilizza un dispositivo senza ulteriori fini delittuosi appare costituzionalmente vulnerabile. Dopo

¹⁷ Sui dati penitenziari più recenti richiamati nel dibattito pubblico: Associazione Antigone, Senza respiro. XXI Rapporto sulle condizioni di detenzione, Roma, 29 maggio 2025, in www.antigone.it; Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Report analitico osservatorio penitenziario dei decessi in carcere (anno 2025), Roma, 4 marzo 2026, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

Corte cost. n. 10 del 2024, la comunicazione affettiva non può essere espulsa dal campo dei diritti; dopo Corte cost. n. 46 del 2024, la proporzione del minimo edittale non può essere abbandonata alla discrezionalità legislativa nuda. Una questione di legittimità sull'art. 391-ter avrebbe dunque materia: non per negare la sicurezza, ma per impedirle di diventare parola magica.

Nel lessico della politica criminale contemporanea il carcere è spesso invocato come luogo da sigillare. Ma il carcere sigillato è un mito: entrano corpi, merci, paure, affetti, corruzioni, linguaggi, tecnologie. Il diritto può scegliere se governare questa permeabilità con intelligenza o con furore. L'art. 391-ter, così com'è, appartiene più al furore che all'intelligenza. È una norma da restringere, costituzionalizzare, riportare alla sua funzione minima: punire ciò che davvero offende la sicurezza e l'effettività della detenzione, non ciò che rivela la miseria relazionale dell'istituzione.

La civiltà penale si misura nei dettagli. Anche in un telefono nascosto. Anche in una voce che passa il muro.