

Telefoni in carcere e reazione penale: un binomio in linea con il principio di sussidiarietà?

di Marco Cerfeda

magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Napoli

Per contrastare l'introduzione clandestina, la detenzione e l'uso abusivi dei cellulari in carcere, il legislatore, nonostante l'ordinamento già preveda per il detenuto conseguenze piuttosto afflittive sul piano disciplinare e su quello dei benefici penitenziari, ha introdotto, con D.L. n. 130/2020 – non ancora convertito in legge –, l'art. 391 *ter* c.p. che punisce «l'accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di detenuti», recependo sostanzialmente un divieto già contenuto nei regolamenti interni d'istituto. Il contributo, muovendo dalla premessa per cui i reati introdotti dalla novella costituiscono nuova incriminazione, giacché è da escludersi la configurabilità dell'art. 650 c.p., ne analizza i tratti salienti e si interroga sulla coerenza dell'intervento normativo con il principio di sussidiarietà sia esterna sia interna, promuovendo soluzioni meno invasive dell'opzione penale e contestando la sproporzione per eccesso della cornice edittale comminata dall'art. 391 *ter* c.p.

1. L'introduzione dell'art. 391 *ter* c.p. per fronteggiare l'indebita disponibilità di cellulari in carcere. / **2.** *Ante* D.L. n. 130/2020. Il ruolo dell'amministrazione penitenziaria nel determinare il contenuto della pena detentiva: il regolamento dell'istituto e il divieto di introdurre e detenere telefoni cellulari in carcere. / **3.** *Segue.* Il reato d'inosservanza dei *provvedimenti* dell'Autorità e la natura del regolamento interno d'istituto. / **4.** L'avvento del reato di «Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti»: prime annotazioni a margine. / **4.1.** Profili descrittivi / **4.2.** Il detenuto quale soggetto attivo esclusivo della condotta di cui al comma 3 / **4.3.** Le clausole, di riserva e di illiceità espressa, dell'art. 391 *ter* c.p. / **5.** L'art. 391 *ter* c.p. e «la mania di tutto governare col mezzo dei criminali giudizi».

1. L'introduzione dell'art. 391 *ter* c.p. per fronteggiare l'indebita disponibilità di cellulari in carcere.

Sono stati recentemente registrati numerosi casi in cui la polizia penitenziaria, a seguito di perquisizioni personali e locali, ha rinvenuto in carcere, nonostante sia vietato, *smartphone* e micro-telefoni introdotti clandestinamente anche con i più ingegnosi e insidiosi stratagemmi.

Il Ministero della giustizia, mediante il proprio canale di informazione *online*, ha divulgato i relativi dati statistici e, solamente nell'arco del 2020 e fino al 30 settembre, sono stati trovati ben 1761 telefoni, che, invece, nel corso del 2019 ammontavano complessivamente a 1209. La polizia penitenziaria in alcuni casi è riuscita a intercettare telefoni occultati in palloni lanciati durante la notte all'interno della cinta muraria dell'istituto, altre volte nascosti in vettovaglie e persino in un drone atterrato in carcere¹. Spesso un unico cellulare è utilizzato da più detenuti che si avvalgono di un'utenza rilasciata da un operatore straniero, rendendo anche complicato risalire alla effettiva titolarità del bene.

Si tratta di un dato piuttosto allarmante, giacché l'apparecchio consente ai detenuti di comunicare con l'esterno. È vero che la pandemia da COVID-19 ha indotto l'amministrazione penitenziaria a limitare i colloqui in presenza ma sarebbe ingenuo pensare che i detenuti si servano dei cellulari soltanto per coltivare clandestinamente il proprio diritto all'affettività, compensando le attuali restrizioni, e avere contatto con i propri cari, perché sono intuibili i rischi che conseguono dalla abusiva disponibilità di cellulari in termini di sicurezza sociale: chi è in carcere potrebbe continuare a gestire i propri traffici illeciti; verrebbe meno anche l'utilità della custodia cautelare quando motivata sull'esigenza di recidere i legami con il contesto criminale – non necessariamente mafioso – di appartenenza.

Per contrastare l'introduzione, la detenzione e l'uso illegittimo del cellulare in carcere, alcuni Uffici di Procura, unitamente all'amministrazione penitenziaria, si sono interrogati sulla rilevanza penale della condotta e sulla possibilità di sussumerla nel reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità *ex art.* 650 c.p.

¹ Cfr. <https://www.gnewsonline.it/dl-sicurezza-diventa-reato-introdurre-cellulari-in-carcere/> e <https://www.gnewsonline.it/dai-droni-alle-pentole-nel-2020-quasi-1800-cellulari-in-carcere/>.

Avvalersi del diritto penale potrebbe apparire utile sotto due profili, uno più teorico, l'altro strettamente pragmatico. Per un verso, nonostante l'ordinamento già preveda per il detenuto conseguenze piuttosto afflittive sul piano disciplinare e su quello dell'accesso ai benefici penitenziari, se la condotta avesse rilevanza penale si potrebbe confidare in una flessione al ribasso del fenomeno, in virtù dell'effetto deterrente generato dalla funzione general-preventiva negativa della pena. Per altro verso, configurare il reato consentirebbe il sequestro del cellulare, sottraendolo così alla disponibilità del detenuto, *recte* – più spesso – di più detenuti. Giova osservare che non attribuire rilevanza penale a tale tipologia di condotte genera un inconveniente pratico di non poco momento, quasi paradossale, giacché i cellulari già sequestrati vanno dissequestrati e restituiti.

Il legislatore, considerando questi elementi, nonché la preoccupante recrudescenza del fenomeno e la problematica configurabilità dell'art. 650 c.p., ha optato per la "soluzione alessandrina" e ha introdotto nel codice penale, con l'articolo 9, comma 1, del D.L. n. 130/2020 – in attesa di conversione in legge –, una fattispecie di reato *ad hoc*, rubricata «Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti».

Il presente contributo si propone di delineare il contesto del diritto vivente in cui si inserisce la norma, analizzare i tratti salienti dei nuovi reati con essa introdotti e, poi, valutare, con spirito critico, la scelta del legislatore di ricorrere al diritto penale.

2. Ante D.L. n. 130/2020. Il ruolo dell'amministrazione penitenziaria nel determinare il contenuto della pena detentiva: il regolamento dell'istituto e il divieto di introdurre e detenere telefoni cellulari in carcere.

È piuttosto singolare osservare che l'art. 391 *ter* c.p., nonostante sia una norma di parte speciale, ha conseguenze anche sulla pena in generale, giacché disciplina indirettamente un aspetto del contenuto della detenzione in carcere, recependo sostanzialmente quanto già disposto dai regolamenti interni d'istituto. È la prima e probabilmente l'unica norma del codice penale che definisce, in parte, il contenuto delle restrizioni di cui si compone la pena detentiva in forma carceraria.

Infatti, il codice si limita a menzionare tra le pene principali l'ergastolo, la reclusione e l'arresto, fissando esclusivamente i relativi termini temporali.

È la legge sull'ordinamento penitenziario che si occupa di chiarire l'effettivo contenuto di tale modalità sanzionatoria, seppur in forme che possono apparire lasche e programmatiche: «si trovano molte definizioni in positivo, piuttosto che in negativo, che tranquillizzano e rassicurano»².

La normativa è attraversata da una sequela di norme contenenti propositi encomiabili, che, tuttavia, nella realtà dei fatti, sono sistematicamente disattesi.

Sono paradigmatici in tal senso gli artt. 5 e 6 o.p.

L'art. 5 o.p. dispone che «gli edifici penitenziari devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati». Ai sensi dell'art. 6 o.p., «i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; areati, riscaldati per il tempo in cui le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decente e di tipo razionale. I locali devono essere tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia».

Non occorre invocare le denunce del garante dei detenuti, della dottrina e delle associazioni *no profit*, gli appelli – negli ultimi anni piuttosto ricorrenti – delle istituzioni, le sentenze – che iniziano ad essere numerose – della Corte EDU, per realizzare che la realtà dei fatti è diametralmente opposta al tenore delle norme, perché i numeri forniti dal Ministero della Giustizia sono eloquenti³.

La natura delle norme sull'ordinamento penitenziario, unitamente alla scarsità delle risorse per attuarne gli intenti, lascia un vuoto che è colmato dalla prassi e da fonti di rango secondario.

Pertanto, nonostante la restrizione della libertà personale soggiaccia ad una riserva di legge rafforzata ai sensi dell'art. 13 Cost., si deve prendere atto che è ancora attuale l'antica massima di Franz Von Listz, il quale

² T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, pp. 18 e ss.

³ Cfr. E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena carceraria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2) 2018, pp. 393 e ss. Si confrontino anche i dati forniti nel IV report annuale intitolato *L'universo dimenticato. Popolazione carceraria e condizione detentiva* promosso dal Forum nazionale giovani e disponibile al sito web <https://www.giurisprudenzapenale.com/2019/09/27/luniverso-dimenticato-popolazione-carceraria-condizione-detentiva/>.

sosteneva che «è non già il giudice bensì l'amministrazione penitenziaria a determinare il significato e il contenuto della decisione giudiziale» che infligge una pena detentiva in forma carceraria.

La vasta e penetrante discrezionalità amministrativa nella definizione del contenuto sanzionatorio della pena carceraria è esercitata anche attraverso lo strumento giuridico del regolamento interno dell'istituto, riconosciuto e disciplinato a cascata da più fonti normative di rango diverso.

Infatti, l'art. 16 co. 2 della L. n. 354/1975 dispone che le modalità del trattamento da seguire in ciascun istituto vanno disciplinate con regolamento interno, con cui vanno previste anche le condizioni di accesso ed uscita, a qualsiasi titolo, dall'istituto (co.3), indicando nel contempo l'organo competente alla sua predisposizione e modifica. Tale compito è demandato ad una commissione collegiale territoriale composta dal magistrato di sorveglianza, che la presiede, dal direttore dell'istituto penitenziario, dal medico competente, dal cappellano, dal preposto alle attività lavorative, da un educatore e da un assistente sociale. La norma intende favorire il ruolo di organi decentrati per adeguare quanto più è possibile il regolamento interno alle esigenze e alla realtà penitenziaria locale che disciplina, massimizzando le conoscenze e l'esperienza maturata da chi opera in loco. L'approvazione dei regolamenti interni d'istituto resta, ai sensi dell'art. 16 co. 4, appannaggio del Direttore generale dell'amministrazione penitenziaria⁴, ma, secondo la logica che tende a favorire il decentramento amministrativo, si ritiene opportuno, come è stato evidenziato con circolare n. 3505/5955 emanata in data 13.08.1999 dal Ministero della giustizia, che un esame preliminare degli schemi redatti dalla commissione territoriale transiti anche nelle mani dei Provveditori regionali per l'amministrazione penitenziaria⁵.

Il regolamento attuativo della legge sull'ordinamento penitenziario, ovvero il D.P.R. n. 230/2000, specifica, all'art. 36, rubricato «regolamento interno», che l'amministrazione penitenziaria «impartisce le direttive» per realizzare la diversificazione delle modalità trattamentali seguendo i criteri di assegnazione e distribuzione previsti dall'art. 14 della L. n. 354/1975.

Inoltre, ai sensi dell'art. 36 co. 2, il regolamento interno è chiamato a disciplinare praticamente tutti gli aspetti della vita carceraria e, pertanto, – evidentemente in ragione della sua importanza cruciale – deve essere portato a conoscenza dei detenuti e degli internati (art. 36 co. 5).

Tra le materie oggetto di disciplina del regolamento d'istituto figura anche la ricezione, l'acquisto e il possesso di oggetti o generi alimentari. Più in particolare, con regolamento interno si stabilisce, nei confronti di tutti i detenuti e/o internati dell'istituto, quali sono gli oggetti di cui è consentito il possesso, tenendo «anche conto delle nuove strumentazioni tecnologiche» (cfr. art. 14 D.P.R. citato).

3. Segue. Il reato d'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità e la natura del regolamento interno d'istituto.

Attualmente molti regolamenti interni di istituto, tra cui quello della casa circondariale di Poggioreale a Napoli⁶, vietano l'introduzione di telefoni cellulari. È per questo motivo che, prima dell'avvento del reato di cui all'art. 391 *ter* c.p., come anticipato, si è ragionato sulla configurabilità del reato di cui all'art. 650 c.p. per la condotta del detenuto trovato in possesso di telefono cellulare.

Per ricostruire le posizioni interpretative maturate intorno a tale questione possono essere utili due interessanti pronunce della giurisprudenza di merito tra loro di segno opposto. In un caso, il Tribunale di Napoli, con sentenza n. 4723 del 28 luglio 2020 (data del deposito), ha ritenuto integrato il reato di cui

⁴ La norma prevede che «Il regolamento interno e le sue modificazioni sono approvati dal Ministro per la grazia e giustizia».

⁵ Tale precisazione si è resa necessaria a seguito della L. 15 dicembre 1990, n. 395, che ha introdotto i provveditorati regionali dell'amministrazione penitenziaria. La Circolare dispone che «le Commissioni di cui all'art. 16 Ord. Pen. presiedute dal Magistrato di sorveglianza competente sono pregate di voler inviare, dandone notizia a questo Dipartimento, gli schemi dei regolamenti interni e delle eventuali modifiche ai Signori Provveditori regionali dell'Amministrazione penitenziaria, i quali vorranno, quindi, provvedere, nei tempi più rapidi, all'esame preliminare di tali schemi ai fini della successiva approvazione, restituendoli con osservazioni alle Commissioni stesse, per la loro riformulazione, qualora riscontrino difformità dalle vigenti disposizioni, a causa delle quali ritengano che non sia possibile inoltrarli a questo Ministero per l'approvazione. Qualora, invece, i Signori Provveditori regionali non abbiano nulla da rilevare, vorranno trasmettere gli schemi in questione a questo Dipartimento - Ufficio VI, per l'approvazione, ognuno vistato e timbrato in ciascuna pagina e corredato del verbale della Commissione, con una succinta relazione attestante che il testo è in possesso dei requisiti minimi occorrenti, per cui nulla osta, per quanto di competenza, alla formale approvazione e concreta applicazione del regolamento interno.»

⁶ L'art. 4 co. 3 del regolamento interno della Casa circondariale "Salvia" recita: «è vietata l'introduzione in Istituto di telefoni cellulari, scanner ed apparecchiature similari, fatta eccezione per i Magistrati in attività di servizio».

all'art. 650 c.p.; invece, con la precedente sentenza n. 25197/2019, resa ai sensi dell'art. 129 c.p.p., l'Ufficio GIP di Napoli, a fronte della richiesta di decreto penale di condanna, ha escluso la configurabilità della contravvenzione.

Per rappresentare adeguatamente le contrapposte argomentazioni svolte nelle due sentenze dal Tribunale di Napoli conviene illustrare, sia pur fuggacemente e rapsodicamente, i tratti salienti della contravvenzione punita ai sensi dell'art. 650 c.p., che di recente ha guadagnato una rinnovata attenzione della dottrina per il peculiare impiego che il legislatore ne ha fatto per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19.

La contravvenzione prevista dall'art. 650 c.p. costituisce una norma sussidiaria con la quale è sanzionata l'inosservanza dei provvedimenti legalmente impartiti dall'autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o di ordine pubblico o di igiene⁷.

La particolare tecnica normativa con cui è formulata la norma ha reso l'art. 650 c.p. esempio scolastico di norma penale in bianco, con cui si affida a fonti di rango secondario l'individuazione del contenuto del precetto⁸.

La struttura della norma e l'ambito applicativo ad essa riconosciuto, prettamente residuale, sono coerenti con la dimensione particolaristica del bene giuridico tutelato che è «l'ordine pubblico – inteso come buon assetto e regolare andamento della vita civile – nei confronti dell'inosservanza individuale dei provvedimenti emessi dalla pubblica Autorità»⁹.

L'inosservanza sanzionata, pertanto, deve aver per oggetto uno specifico provvedimento con cui l'Autorità possa imporre o vietare una certa condotta per ragioni di giustizia, di ordine pubblico o di igiene. «Ne consegue l'esigenza di specificità del provvedimento della pubblica autorità anche nel senso che una delle suddette ragioni deve immediatamente risultare dal suo testo il quale pertanto deve contenere l'indicazione, sia pur in forma sommaria, della concreta “ragione” che l'ha determinato, al fine di consentire al destinatario una sufficiente cognizione della “legalità” anche sostanziale dell'ordine e di correlarne il dovere di ossequio»¹⁰.

Pertanto, l'art. 650 c.p. si riferisce esclusivamente al provvedimento amministrativo in senso tecnico, ovvero un atto giuridicamente vincolante emanato per una circostanza specifica, non previsto in relazione ad una generalità di casi. Infatti, se è vero che tutti i provvedimenti sono atti amministrativi non è altrettanto vero il contrario, giacché gli atti amministrativi possono avere anche carattere generale.

Giova precisare che tra questi si distingue ulteriormente tra atti amministrativi che, pur presentandosi come generali, sono privi di carattere normativo ed i regolamenti, che, pur essendo atti formalmente amministrativi, sono sostanzialmente normativi, giacché innovano l'ordinamento giuridico con prescrizioni generali e astratte. L'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 9/2012, ha precisato che per distinguere l'atto amministrativo generale dal regolamento bisogna valorizzare il requisito della indeterminabilità dei destinatari (cd. generalità): mentre nel regolamento essi sono indeterminabili sia *a priori* sia *a posteriori*, nell'atto amministrativo generale sono indeterminabili *a priori* ma determinabili *a posteriori*, perché quest'ultimo non è destinato a regolare una serie indeterminata di casi ma una particolare vicenda e ne cessano gli effetti quando quest'ultima sarà esaurita.

In ogni caso, giacché entrambi sono dotati di generalità, sono estromessi dal fuoco dell'art. 650 c.p.

Del resto, che l'art. 650 c.p. sia, per costante giurisprudenza, applicabile soltanto agli atti amministrativi destinati a soggetti previamente individuati o individuabili è circostanza emersa anche nel recente dibattito

⁷ L. C. VOLINO, sub 650, in (a cura di T. PADOVANI) *Codice penale*, VI ed., II, 2014, pp. 3827 e ss. La sussidiarietà di questa disposizione è riconosciuta non soltanto rispetto alle norme che prevedono sanzioni più gravi, ma va intesa in senso più ampio: l'art. 650 c.p. è applicabile «solo quando il fatto non sia previsto come reato da una specifica disposizione, ovvero allorché il provvedimento dell'autorità non sia munito di un proprio, specifico sistema di rimedi a tutela degli interessi coinvolti», che non necessariamente deve essere di natura penale, potendo essere anche di carattere amministrativo o processuale (Cassazione penale sez. 1, 27/11/2017, n. 44957; in termini analoghi, Cassazione penale, sez. III, 15/02/2019, n. 25322).

⁸ Più precisamente, in questo caso, la norma assegna rilievo penale alla condotta che disattende il comando contenuto nel provvedimento, a meno che quest'ultimo non contenga direttamente un precetto negativo, ovvero un ordine di non fare.

⁹ M. SINISCALCO, voce *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, *Enciclopedia del diritto*, XXII, pp. 665.

¹⁰ Cassazione penale sez. 1, 30/05/1995, n. 7452. Più recentemente, nello stesso senso, Cassazione penale sez. VI, 09/04/2013, (ud. 09/04/2013, dep. 23/09/2013), n. 39217, in cui si precisa che «per provvedimento dell'autorità, ai fini dell'art. 650 c.p., deve intendersi, infatti, 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 collettivi (id est pubblici) afferenti a scopi di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene» con la conseguenza che, fra tali atti, non rientrano quelli tipici della funzione giurisdizionale (così Cassazione penale sez. 1, 08/01/2020, n.2968).

dottrinale intorno alle misure varate dal governo per contrastare l'emergenza epidemica da COVID-19. Come è noto, infatti, l'art. 3 co. 4 del D.L. n. 6/2020 disponeva che «il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'art. 650 c.p.», innescando un fervido dibattito. Secondo autorevole dottrina, tale richiamo all'art. 650 c.p. doveva intendersi esclusivamente *quoad poenam*, cioè ai soli fini dell'individuazione della sanzione, e la nuova norma sanzionatoria considerarsi una figura di reato autonoma, giacché la disposizione, contenendo un rinvio mobile a tutte le prescrizioni e misure adottate dalle autorità competenti con atti amministrativi di natura normativa (DPCM, DM e ordinanze regionali), osteggiava la configurabilità dell'art. 650 c.p.¹¹. La norma è stata poi comunque abrogata con il successivo D.L. n. 19/2020, che ha introdotto una sanzione amministrativa a presidio della condotta inosservante delle misure anti-contagio.

Ebbene, il Tribunale di Napoli, con sentenza n. 25197/2019, ha ritenuto che i regolamenti interni di istituto non abbiano la natura di provvedimento quanto piuttosto di atti sostanzialmente normativi, pronunciando sentenza di non doversi procedere – perché il fatto non è previsto dalla legge come reato – nei confronti di una madre che aveva occultato nella propria cavità vaginale due apparecchi cellulari da consegnare al figlio, recluso in Poggioreale, in occasione del colloquio. Più in particolare, la specifica disciplina che si occupa di regolamento di istituto dimostra che esso è «uno strumento fondamentale per dare concreta attuazione ai principi dell'ordinamento penitenziario in relazione alle particolari ed irripetibili condizioni esistenti in ciascun istituto carcerario». Anche il tenore letterale e il contenuto del regolamento del carcere di Poggioreale, secondo il GIP napoletano, dimostrerebbero la natura normativa del regolamento interno, giacché, nonostante la terminologia probabilmente fuorviante (“interno”), esso non disciplina solo aspetti meramente organizzativi, privi di forza innovatrice, ma contiene anche precetti «destinati ad incidere sulla sfera giuridica dei detenuti e delle altre persone che, per ragioni diverse, facciano ingresso nell'istituto», rendendo «evidente l'attitudine ad innovare l'ordinamento giuridico».

Di segno diametralmente opposto è la sentenza n. 4723 del 28 luglio 2020, con cui il Tribunale di Napoli ha condannato un detenuto del carcere di Poggioreale che era stato trovato in possesso di un microtelefono cellulare, risolvendo affrettatamente la questione preliminare della natura del regolamento d'istituto. Il giudice ripercorre pregevolmente le condizioni di applicabilità dell'art. 650 c.p., individuandole nei seguenti elementi: inosservanza di un ordine specifico impartito ad un soggetto determinato; inosservanza che attinga un provvedimento adottato in relazione a situazioni non prefigurate da alcuna previsione normativa che comporti una specifica ed autonoma sanzione; che il provvedimento emesso per ragioni di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene sia adottato nell'interesse della collettività. Nonostante abbia posto tali corrette premesse, in linea con la giurisprudenza e la dottrina dominanti, il giudice conclude scrivendo che «il regolamento interno della casa circondariale ben si configura come “provvedimento” per “ragioni di sicurezza”, intendendosi per tali tutti i provvedimenti ovvero gli ordini amministrativi autorizzati da una norma giuridica a tutela della sicurezza collettiva, intesa come preventiva eliminazione di situazioni pericolose per i consociati».

Quindi, le motivazioni delle due sentenze si appuntano su aspetti sensibilmente diversi dell'art. 650 c.p. La sentenza del GIP si interroga sulla natura provvedimentale del regolamento interno d'istituto, risolvendo in senso negativo il quesito; invece, la sentenza del 28 luglio, *bypassando* sostanzialmente tale questione, affronta direttamente il problema relativo alla sussistenza degli interessi pubblici rilevanti ai sensi dell'art. 650 c.p., configurando il regolamento interno come provvedimento adottato per ragioni di sicurezza pubblica.

Una attenta analisi non può che giungere alle stesse conclusioni rassegnate dal primo giudice napoletano con sentenza n. 25197/2019, che sono assolutamente condivisibili, nonché corroborate dalla circolare 13/08/1999, n. 3505/5955 diramata dal Ministero di grazia e giustizia, in cui si scrive espressamente che «regolamento interno è uno strumento normativo vero e proprio, previsto dall'Ordinamento penitenziario e dal relativo Regolamento di esecuzione, nonché da altre norme».

¹¹ C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sistema penale*, (3) 2020, pp. 231 e ss.; G. L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel D.L. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 26 marzo 2020; in particolare sulla successione cd. impropria di leggi penali ed amministrative punitive nel tempo, verificatasi a seguito dell'avvento del D.L. 19/2020, si veda 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.

Ciò che non può essere revocato in dubbio è la natura generale dei precetti contenuti nel regolamento interno d'istituto, che non si concilia con l'art. 650 c.p. Infatti, i destinatari delle relative disposizioni non sono determinabili *a priori* né si può affermare che il regolamento interno punti a disciplinare una determinata vicenda destinata ad esaurirsi. Si potrebbe, non senza qualche forzatura, sostenere la natura di atto amministrativo generale muovendo dall'osservazione per cui i destinatari non sono determinabili *a priori*, ma lo sono *a posteriori*. Eppure si tratterebbe di un assunto fallace dal quale muovere, giacché nemmeno *ex post* è possibile determinare i destinatari del regolamento d'istituto, che si rivolge ad una platea vasta ed eterogenea di categorie professionali e, in generale, di persone. Basti semplicemente osservare che il regolamento di Poggioreale contempla la possibilità di colloqui con persone diverse da familiari e conviventi (cfr. la rubrica dell'art. 17).

4. L'avvento del reato di «Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti»: prime annotazioni a margine

4.1 Profili descrittivi

Quanto sinora esposto rileva esclusivamente ai fini di un corretto inquadramento diacronico della novella che ha introdotto il reato di cui all'art. 391 *ter* c.p. La forza persuasiva delle argomentazioni articolate dal GIP di Napoli, che ha negato la configurabilità dell'art. 650 c.p., è tale che con tranquillità si può escludere la successione di leggi penali nel tempo, versandosi in un limpido caso di nuova incriminazione.

Con D.L., cd. Decreto sicurezza *bis*, in vigore a partire dal 22 ottobre 2020 ed intitolato "Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-*bis*, 391-*bis*, 391-*ter* e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale", il legislatore ha introdotto l'art. 391 *ter* c.p., di cui si riporta il testo per comodità espositiva:

1. Fuori dai casi previsti dall'articolo 391-*bis*, chiunque indebitamente procura a un detenuto un apparecchio telefonico o altro dispositivo idoneo ad effettuare comunicazioni o comunque consente a costui l'uso indebito dei predetti strumenti o introduce in un istituto penitenziario uno dei predetti strumenti al fine renderlo disponibile a una persona detenuta è punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni.
2. Si applica la pena della reclusione da due a cinque 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.
3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, la pena prevista dal primo comma si applica anche al detenuto che indebitamente riceve o utilizza un apparecchio telefonico o altro dispositivo idoneo ad effettuare comunicazioni.

La nuova norma è collocata a chiusura del capo II, dedicato ai «Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziari», del titolo III «Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia».

L'amministrazione della giustizia può essere intesa sia in senso oggettivo, come funzione giurisdizionale, sia in senso soggettivo, come entità investite della relativa funzione. Secondo alcuni la nozione comprenderebbe non soltanto la giurisdizione propriamente intesa (quale attività di *ius dicere*) ma anche le attività e le figure professionali strumentali ad essa. L'interesse tutelato in particolare dal capo II è la corretta e puntuale esecuzione delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari.

Pertanto, la scelta sistematica del legislatore, come è già accaduto per l'art. 391 *bis* c.p.¹², sembrerebbe dettata dalla "familiarità" della condotta alla materia più che dalla effettiva violazione delle decisioni giudiziarie, giacché il divieto oggetto di nuova incriminazione discende da una fonte amministrativa (il regolamento interno di istituto) e non da un provvedimento giudiziario. Tuttavia, poiché il codice penale ha inglobato il

¹² P. DI STEFANO, sub 391 *bis*, in *Codice penale commentato*, disponibile al sito web https://dejure.it/#/ricerca/commentato_documento2?idDatabank=47&idDocMaster=5060378&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&docIdx=0&semantica=1&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false, che osserva: «La collocazione nel capo dedicato al rispetto delle decisioni giudiziarie è solo per "familiarità" non trattandosi evidentemente di decisioni giudiziarie (la disposizione sul "carcere duro" ha natura amministrativa) ed essendo, peraltro, lo scopo della norma, più che il rispetto formale della Autorità, la prevenzione sostanziale delle condotte criminali dall'interno del carcere. Vi sono quindi riserve critiche in dottrina ma investono questioni, invero, solo formali. Difatti tale collocazione non pone ragioni di dubbio sulla corretta interpretazione.».

divieto di indebito accesso dei detenuti ad apparecchi telefonici e per la prima volta disciplina un aspetto contenutistico della detenzione, si può oggi ritenere che è il provvedimento del giudice che ordina una pena detentiva o la custodia cautelare in carcere a essere disatteso se si commette il reato in commento, rendendo maggiormente coerente la collocazione sistematica.

Tali riflessioni sono probabilmente anche di ausilio per l'individuazione del bene giuridico tutelato, che non può essere identificato nel formale rispetto del provvedimento giurisdizionale ma impone un approccio sostanzialista. Con il reato di cui all'art. 391 *ter* c.p. è tutelata l'effettività della sanzione detentiva e della custodia cautelare in carcere, che implica la possibilità di esercitare un controllo sulle libertà del detenuto funzionali all'adeguato perseguimento delle finalità sottese al relativo titolo detentivo.

L'art. 391 *ter* c.p. contiene due reati diversi, uno previsto al comma 1, l'altro al comma 3. La disposizione del comma 2 è circostanza aggravante del comma 1.

Procedendo con ordine, il comma 1 presenta la classica struttura della norma a più fattispecie, giacché si punisce con la pena della reclusione da 1 a 4 anni tre condotte tra loro alternative e, più precisamente, chi (reato comune): indebitamente procura o, comunque, consente l'uso indebito al detenuto di un apparecchio telefonico o di altro dispositivo idoneo ad effettuare comunicazioni, nonché chi introduce nel penitenziario tali strumenti al fine di renderli disponibili a persona detenuta.

La terza fattispecie anticipa la soglia del penalmente rilevante, ponendosi in rapporto di progressione criminosa con le altre due ipotesi previste dal comma 1. Infatti, non si richiede che il detenuto entri nella effettiva disponibilità del cellulare ma è sufficiente che l'autore del reato introduca in carcere il dispositivo. L'anticipazione (esasperata) dell'offesa oggettiva è, tuttavia, bilanciata dalla esaltazione del momento volitivo con la previsione del dolo specifico di ulteriore offesa costituito dall'intenzione di consegnare il cellulare al detenuto. Si ricomponne così la frattura con il principio di offensività, giacché il dolo specifico di ulteriore offesa subordina la tipicità del fatto allo scopo che l'agente si prefigge, con funzione restrittiva del penalmente rilevante¹³.

Nelle altre due fattispecie si contemplanò sia le ipotesi in cui il detenuto venga nella stabile disponibilità dell'apparecchio grazie all'azione dell'agente, sorretta da dolo generico, sia le ipotesi – che fungono da chiusura, giacché ad ampio spettro – in cui l'agente ne consenta *comunque* l'utilizzo, sia pur temporaneo (si pensi al familiare che cede il proprio cellulare, occultato ai controlli, al detenuto per la durata del colloquio).

Il comma 3 punisce, con la stessa pena prevista per il co. 1, il detenuto che indebitamente riceve o utilizza il telefono, con la conseguenza che, in virtù della disgiuntiva «o», non è necessario che il dispositivo sia utilizzato in senso funzionale ai suoi scopi ma che l'agente (qualificato) sia in possesso di esso per configurare il reato. Si tratta di un reato di mera condotta e, a differenza del co. 1, proprio, giacché la qualità dell'agente preesiste alla norma.

4.2 Il detenuto quale soggetto attivo esclusivo della condotta di cui al comma 3

La natura propria del reato previsto dal comma 3 merita particolare attenzione, sia perché è l'occasione per interrogarsi sull'essenza di tale categoria, tema «assente o abbandonato» dalla dottrina¹⁴, sia per specificare i risvolti pratici che essa implica.

L'essenza dei reati propri, anche definiti «a soggettività ristretta», è individuabile nella limitazione soggettiva della punibilità, riferita ad una delimitata classe di persone (cd. criterio della fattispecie propria o *Sondertatbestand*); nella necessità di attribuire a determinati soggetti particolari doveri (cd. criterio della norma o *Sondernorm/ Sonderpflicht*); nella particolare natura del bene giuridico tutelato, offendibile solo dal soggetto qualificato (criterio del bene giuridico o *Sonderrechtsgut*)¹⁵.

Come è noto tra di essi si distinguono i reati propri ed esclusivi, caratterizzati da fatti che, senza la qualifica soggettiva, sarebbero inoffensivi e giuridicamente leciti, con la conseguenza che si configurano quali cd. reati di mano propria o ad attuazione personale, ovvero quelli che non possono essere commessi per interposta persona.

¹³ Nella manualistica si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, VIII ed., 2013, pp. 220 e 221; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2014, pp. 384 e 385.

¹⁴ Così G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3)1998, pp. 845 e ss.

¹⁵ G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3)1998, pp. 845 e ss.

La rilevanza pratica di questa categoria si proietta, pertanto, sul terreno del concorso di persone, giacché la partecipazione *dell'extraneus* è possibile purché la condotta tipica materiale sia compiuta dall'*intraneus*.

Non è semplice determinare se una figura di reato è di attuazione personale o meno, né la giurisprudenza ha fornito criteri univoci e certi e, pertanto, l'interprete non può che riflettere su come si declina nel reato da esaminare l'essenza dei reati propri¹⁶. A tal fine, si può ritenere utile 1) verificare se l'interesse tutelato è offendibile esclusivamente dal solo soggetto qualificato che deve agire di persona, essendo altrimenti il comportamento privo di disvalore e lecito per l'ordinamento; 2) se il legislatore ha inteso ordinare o vietare che proprio quel soggetto tenga quel comportamento; 3) se la norma ha inteso escludere l'intervento fisico, corporeo, personale, del concorrente *extraneus* nella condotta vietata od ordinata.

Poste tali premesse, è ragionevole ritenere che il comma 3 dell'art. 391 *ter* c.p. sia un reato proprio esclusivo e di mano propria, con i relativi risvolti in punto di concorso di persone, perché ricevere e/o utilizzare un telefono cellulare se non si è detenuti è assolutamente lecito e privo di disvalore, perché la volontà del legislatore era proprio quella di vietare che fosse direttamente il detenuto ad utilizzare il telefono per comunicare. Del resto, il reato di cui al comma 1 copre l'ampio ventaglio delle condotte agevolatrici che sarebbero potute rientrare nel fuoco della clausola estensiva dell'art. 110 c.p.

Non si pongono analoghi problemi rispetto al concorso di persone per quanto riguarda l'art. 391 *ter* co. 1 c.p., giacché trattasi di reato comune, ma va comunque rilevato che, considerata la notevole anticipazione della soglia di tutela, l'art. 110 c.p. ha maggiori *chances* di essere applicato in funzione di disciplina che in funzione estensiva.

4.3 Le clausole, di riserva e di illiceità espressa, dell'art. 391 *ter* c.p.

Oltre al bene giuridico tutelato, ciò che accomuna in parte i due reati previsti al co. 1 e al co. 3 è la tecnica di formulazione legislativa utilizzata per delinearne il perimetro applicativo: entrambi presentano in apertura una clausola di riserva e contengono la medesima clausola di illiceità o antiggiuridicità speciale, ovvero «indebito»/«indebitamente»¹⁷.

Infatti, il co. 1 prevede una clausola di sussidiarietà espressa *cd. determinata*, giacché si afferma in positivo l'applicabilità specificamente «fuori dei casi previsti dall'art. 391 *bis*», che punisce chi agevola o comunque consente a un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis* di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni imposte. Le due norme sono in rapporto di specialità reciproca (come si desume da un rapido raffronto strutturale delle due fattispecie¹⁸) e il legislatore sceglie di assegnare prevalenza all'art. 391 *bis* c.p. nel caso in cui sia un detenuto in regime di 41 *bis* ad accedere indebitamente ad un telefono cellulare, ma lascia aperte le questioni riguardanti la potenziale concorrenza con altri reati.

Diversamente, la clausola di sussidiarietà del co. 3 è relativamente determinata, individuando come prevalente l'intera categoria dei reati «più gravi»¹⁹. La giurisprudenza, in disaccordo con parte della dottrina, ritiene che una clausola di tal tipo presupponga che il reato più grave sia posto a tutela del medesimo interesse protetto dal reato meno grave da assorbire²⁰. Pertanto, il reato *de quo* dovrebbe, ad esempio,

¹⁶ La Corte di cassazione, a Sezioni Unite, con sentenza n. 29541/2020 [con nota di S. BERNARDI, *Le Sezioni unite sui contorni applicativi del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni mediante violenza alle persone in tema di rapporti con l'estorsione e concorso dell'extraneus: una pronuncia risolutiva?*, in *Sistema penale*, 11 novembre 2020; F.G. CAPITANI, *La scienza e coscienza di (malamente) tutelare un proprio diritto distingue l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni dall'estorsione*, in *Diritto&Giustizia*, (205) 2020, pp. 8 e ss.], ha recentemente affrontato la questione riguardante la natura di reato proprio esclusivo e di mano propria dei reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. La Corte risolve affermando che «l'orientamento che considera i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni come reati propri esclusivi, o di mano propria, non può essere condiviso», ma non coglie l'occasione per fornire all'interprete un *vedemecum* sul tema in generale, focalizzandosi specificamente sui reati di ragioni fattasi (peraltro con argomentazioni esclusivamente negative e piuttosto scarse rispetto all'intero impianto motivazionale).

¹⁷ Altri reati contengono la stessa clausola, tra gli altri: l'art. 316 *ter*, l'art. 453, l'art. 615 *bis*, l'art. 615 *ter* c.p..

¹⁸ Infatti, a differenza dell'art. 391 *ter* c.p., presupposto dell'art. 391 *bis* c.p. è la situazione qualificata in cui versa il detenuto, che è sottoposto ad un regime detentivo speciale. D'altro canto, il nuovo delitto si connota per specialità rispetto all'altro per le modalità della condotta, giacché l'agente consente la comunicazione per mezzo di dispositivi o apparecchi telefonici e non mediante un aiuto qualsiasi.

¹⁹ Per costante giurisprudenza (*ex multis* Cass., sez. 2, sent. n. 36365 del 07/05/2013 e Cass. sez. 2, n. 25363/2015), «la maggiore o minore gravità dei reati che vengono in rilievo va accertata avendo riguardo alla pena in concreto irrogabile, tenuto anche conto delle circostanze ritenute e dell'esito dell'eventuale bilanciamento tra esse».

²⁰ *Ex multis* si veda Cass. sez. 2, n. 25363/2015 che afferma: «su questa premessa, appare evidente come il reato di ricettazione non possa ritenersi assorbito in quello previsto dall'art. 615 *bis* c.p., comma 2 (in astratto, sarebbe stato semmai possibile ritenere l'esatto contrario, ma il giudicato formatosi sul reato di cui all'art. 615 *bis* c.p., comma 2 impedisce un'operazione in tal senso), dovendosi altresì osservare come non sussista il concorso apparente di norme

concorrere con l'omicidio nel caso in cui il detenuto ne ordini l'esecuzione con una telefonata dal carcere, diventandone il mandante.

Il necessario presupposto affinché si configurino i reati previsti dal co. 1 e dal co. 3 dell'art. 391 *ter* è che l'accesso al dispositivo tecnologico sia indebito, essendo stata inserita nelle norme una clausola di anti giuridicità (o illiceità) espressa speciale²¹.

Questo tipo di clausole, definite dalla Corte costituzionale «valvole di sicurezza del meccanismo repressivo»²², destano numerosi interrogativi circa la tipicità della fattispecie nonché serie preoccupazioni sulla loro conciliabilità con il principio di precisione, giacché «consistono in un rinvio all'interprete al quale è delegato il compito di una loro disambiguazione in funzione di parametri variabili»²³.

Nel caso dell'art. 391 *ter* c.p. i dubbi concernenti un potenziale dissidio con il principio di tassatività-determinatezza-precisione sono fugati dallo stesso tenore della formula, giacché «indebitamente» è una clausola di anti giuridicità espressa *reale* e non *apparente*: la norma richiede tra i requisiti del fatto tipico elementi che implicano di per sé una situazione di illiceità fondata su una norma diversa, preesistente ed extra-penale, con funzione ulteriormente sanzionatoria del diritto penale.

Certamente diverse sono le clausole di illiceità espressa che si limitano a ribadire la necessità dell'assenza di scriminanti (cd. clausole di anti giuridicità apparenti, come nel caso di «arbitrariamente» dell'art. 633 c.p.), fungendo – al più – come richiamo sintetico al giudice.

Sono altresì diverse dalle precedenti, nonché più problematiche, quelle clausole di illiceità che impongono al giudice un bilanciamento discrezionale degli interessi nuovo e autonomo che può rendere il fatto lecito oltre le ipotesi previste dalle scriminanti codificate (es. artt. 622 c.p. «senza giusta causa», 638 «senza necessità», 544 bis e *ter* c.p. «per crudeltà o senza necessità»).

Giova osservare che non sempre c'è concordia sull'esatto inquadramento delle clausole di illiceità espressa e ne è riprova il dibattito dottrinale sorto intorno alla formula «indebitamente» – si noti, analoga a quella del 391 *ter* – contenuta nel reato di interferenze illecite nella vita privata²⁴.

stante l'indiscutibile difformità della fattispecie in esame coinvolgenti beni giuridici diversi. Invero, l'inciso «salvo che il fatto costituisca più grave reato» presuppone, perché operi in concreto il meccanismo dell'assorbimento, che il reato più grave sia posto a tutela del medesimo bene-interesse (Sez. 5, sent. n. 6250 del 21/01/2004, Rv. 228087): ipotesi che, certamente, non ricorre nel caso di specie, perché l'art. 615 *bis* c.p. è posto a tutela della riservatezza, mentre la ricettazione tutela il diverso bene-patrimonio.».

²¹ G. DELITALA, *Il fatto nella teoria del reato*, Padova, 1930, pp. 42 e ss.; D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, pp. 65 e ss.; G. MORGANTE, *Illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino 2002; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, pp.300 e ss.

²² Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 5/2004 (rel. G. M. Flick).

²³ Si veda sul punto D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in A. CASTALDO, V. DE FRANCESCO, M. V. DEL TUFO, S. MANACORDA, L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, p. 479, che continua il suo pensiero parafrasando quello di uno dei padri della logica moderna, Gottlob Frege: «le clausole generali, in quanto formulazioni linguistiche ellittiche e bisognose di concretizzazione, in funzione della loro vaghezza sembrano assimilabili a quei «tranelli che il linguaggio – in questo caso il linguaggio giuridico – dissemina sulla strada del pensiero», e che il giurista (come il logico) avrebbe il compito di mettere a nudo». Giova, tuttavia, precisare che per costante giurisprudenza costituzionale (Corte costituzionale n. 34/1995, n. 5/2004, n. 327/2008, n. 282/2010, n. 172/2014) il principio di precisione è salvaguardato quando «la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice [...] di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato», raccordando il singolo elemento della fattispecie agli altri elementi costitutivi della fattispecie e alla disciplina in cui questa si inserisce.

²⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Considerazioni in tema di tutela della riservatezza (a proposito del nuovo art. 615 bis c.p.)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1)1975, pp. 134 e 135, il quale ritiene che «l'avverbio «indebitamente» non aggiunge proprio nulla alla descrizione della condotta, che per sua stessa natura è suscettibile di essere indicata compiutamente in termini esclusivamente naturalistici, senza bisogno di ricorrere ad attributi normativi di cui rimane oscura la stessa fonte di qualificazione [...]. Si deve pertanto concludere che in questa come in altre norme del codice penale, il termine «indebitamente», od altro simile non ha altra funzione che quella di richiamare in modo particolare l'attenzione del giudice sulla eventuale presenza delle scriminanti generali previste dagli artt. 50 e ss. c.p.»; G. VERGA, sub art. 615 bis, in *Codice penale commentato*, disponibile al sito web https://dejure.it/#/ricerca/commentato_documento2?idDatabank=47&idDocMaster=5060625&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=0&semantica=1&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false, che espone i due contrapposti orientamenti dottrinali: «il procacciamento di notizie e immagini deve essere realizzato indebitamente. Parte della dottrina ritiene che si tratti di una nota di anti giuridicità speciale, rendendo non punibile, in particolare, le condotte che sembrano giustificate da un interesse superiore o uguale rispetto a quello leso; altri autori ritengono che tale espressione del riferimento alla necessità di accertare l'esistenza o meno di cause di giustificazione (in particolare il consenso dell'avente diritto, l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere)».

Eppure, decidere se all'uso di un significante linguistico corrisponda una clausola di illiceità reale o apparente non è attività interpretativa priva di risvolti pratici, giacché implica considerevoli conseguenze pratiche in tema di rilevanza dell'errore. Infatti, le clausole apparenti seguono il regime dell'errore sulle scriminanti di cui all'art. 59 co. 4 c.p., mentre per quanto riguarda le clausole reali è necessario riprendere la disputa dottrinale che si è accesa intorno all'errore sulla legge extrapenale che si converta in errore sugli elementi normativi della fattispecie penale. Per alcuni è necessario distinguere se la norma extrapenale integra o meno quella penale incriminatrice, con la conseguenza che nel primo caso si ha errore sul precetto (art. 5 c.p.), nel secondo caso errore sul fatto (art. 47 co. 3 c.p.)²⁵. Sembra, tuttavia, essersi consolidata l'idea che l'errore sulla legge extrapenale nelle ipotesi di antigiuridicità speciale reale dia luogo ad errore sul fatto, giacché il fatto di reato è costituito «non solo dal fatto materiale ma anche dal fatto materiale illegittimo, abusivo, arbitrario, [indebito] etc...» e «per la sussistenza del dolo occorre anche la coscienza della illiceità speciale extrapenale»²⁶.

Nel caso in esame, il legislatore, similmente a quanto accade per la formula «abusivamente», contenuta nei cd. ecoreati e nell'art. 348 c.p., allude all'accesso del detenuto a dispositivi di comunicazione non autorizzato dall'amministrazione penitenziaria in base alle leggi e ai regolamenti. Nel caso degli ecoreati, l'interpretazione che è data di «abusivamente» non è confinata all'assenza delle necessarie autorizzazioni, ma è estesa anche ai casi in cui esse siano scadute o (quanto meno manifestamente) illegittime o comunque non commisurate alla tipologia di attività richiesta, ovvero, ancora, siano violate le prescrizioni e/o i limiti delle autorizzazioni stesse così che l'attività non sia più giuridicamente riconducibile al titolo abilitativo rilasciato dalla competente Autorità amministrativa²⁷.

È difficile immaginare che la medesima logica possa essere estesa anche all'Amministrazione penitenziaria che mette a disposizione un telefono per i detenuti secondo regole prestabilite, essendo univoca e vincolata la modalità di fruizione del mezzo di comunicazione, a differenza dei molteplici e variabili interstizi in cui si può inserire l'illiceità nell'esercizio delle attività produttive autorizzate che possono attingere il bene giuridico ambiente (ad es. attività di sversamento dei rifiuti).

Eppure, paradossalmente, stando alla lettera della norma e agli insegnamenti della giurisprudenza sopra richiamati, anche l'uso del telefono d'istituto oltre il tempo massimo consentito, quindi scaduto il titolo abilitativo, potrebbe astrattamente integrare l'indebito utilizzo.

5. L'art. 391 ter c.p. e «la mania di tutto governare col mezzo dei criminali giudizi».

Una rappresentazione iconografica (e antropomorfica) del diritto penale probabilmente reggerebbe nelle mani, da un lato, la spada e, dall'altro, lo scudo, giacché costituisce – contemporaneamente – «tecnica normativa di controllo sociale in forma coercitiva» e «sistema normativo di tutela di beni o, se si preferisce, di valori di cui assicura la protezione in forma egualitaria e impersonale»²⁸. La sintesi tra le due anime del diritto penale, la funzione di difesa sociale e quella di garanzia dei diritti dell'uomo, trova componimento nei principi di frammentarietà, *extrema ratio* e sussidiarietà²⁹.

Seppur con sfumature diverse, ciascuna di tali formule declina in specifiche direttive di politica criminale l'esigenza, di matrice razionale e utilitaristica, di contingentare quanto più è possibile il ricorso allo strumento penalistico per la delicatezza dei beni e degli interessi in gioco. La legittimazione dell'esercizio

²⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2014, p. 394 e ss.

²⁶ Così, nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, VIII ed., 2013, p. 383 e G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2014, p. 398.

²⁷ Cfr. la relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione sulla legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante «disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente» disponibile al sito web: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII_4_15.pdf. In dottrina, in questi termini, si veda C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, pp. 5 e ss. Ripercorre il dibattito dottrinale sul punto G. PAVICH, *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale: prime questioni interpretative*, in *Cassazione penale*, (1) 2017, pp. 0405B e ss.

²⁸ T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2013, p. 1087.

²⁹ C. E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2018, pp. 1447 e ss. adottata «il termine frammentarietà in funzione di sineddoche, comprensiva ed evocativa di ciascuna delle formule/criteri sopra annoverati». Sulla natura di principio, M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1-2) 2003, pp. 141 e ss. rileva (in nota 23) che «proprio Roxin, che può vantarsi di essere stato tra i primi, nell'ambito dei professori che sostenevano il Progetto Alternativo, che hanno rinnovato l'esigenza della sussidiarietà penale, ritenga oggi che quel principio sia più una direttiva politica che un dovere cogente». Oggi, pressoché concordemente, si ritiene che la sussidiarietà e la frammentarietà siano «principi ispiratori».

della *potestas puniendi* riposa su una valutazione comparativa tra costi (umani, sociali, finanziari) e benefici dell'opzione penale in chiave contenitiva e delimitativa. I criteri che orientano le tecniche selettive del penalmente rilevante sono, pertanto, sia geneticamente (considerandone la matrice illuministico-liberale) sia contenutisticamente imparentati con il principio di proporzionalità³⁰. Una seria riflessione sull'adeguatezza del mezzo rispetto al fine è sollecitata anche dalla Corte EDU che richiede, in uno Stato democratico, la necessità della misura restrittiva, che si estrinseca in un «rapporto di ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, quindi, un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della collettività e quelle della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo», che è «rotto se la persona interessata deve sostenere un onere eccessivo e sproporzionato»³¹. La spiegazione plastica (e geniale) della sussidiarietà è data dall'icastica rappresentazione del diritto penale come «un'isola nel mare della libertà, e non viceversa»³².

Sin qui si è tratteggiata la cd. sussidiarietà esterna o primaria, ma la sussidiarietà ha anche un versante interno, strettamente correlato al primo, che riguarda la scelta della sanzione e della pena detentiva quale *extrema ratio*³³. In ossequio a tale canone di indirizzo, il legislatore deve scegliere il minimo mezzo sanzionatorio per il raggiungimento del massimo risultato di tutela, effettuando, anche in questa sede, una valutazione di congruenza tra obiettivi da perseguire e mezzi.

La dottrina ha evidenziato che, alla stessa stregua di due vasi comunicanti, se il controllo penale diventa *extrema ratio* ne derivano conseguentemente effetti positivi anche sulla sussidiarietà interna e, quindi, sull'intero sistema sanzionatorio carcerocentrico, ormai al collasso³⁴.

Secondo una concezione più rigida la sussidiarietà va intesa come scelta, in un ampio ventaglio di tutele, dello strumento meno invasivo per il singolo a parità di efficacia. Tuttavia, è sinora prevalsa una accezione più morbida del principio e la sussidiarietà è stata prevalentemente intesa in senso negativo: è sufficiente che non emerga la manifesta sufficienza e adeguatezza di altre misure diverse dallo strumento penalistico, giacché si sfrutta il notevole effetto stigmatizzante della pena, che veicola nell'opinione pubblica una forte riprovazione per la condotta sanzionata e la energica riaffermazione del bene tutelato³⁵.

Ciò si riverbera sulla giustiziabilità – o, meglio, sulla non giustiziabilità – del principio di sussidiarietà: la Corte costituzionale per cultura e per spiccato senso delle istituzioni non si addentra mai in questioni che coinvolgono l'opportunità politica.

³⁰ A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2018, pp. 1488 e ss. scrive: «Sodale del canone di proporzione, il principio dell'*extrema ratio* affonda, com'è noto, le proprie nobili radici nel pensiero illuministico-liberale»; nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2014, p. 29, ritengono che «il principio di sussidiarietà, così inteso, costituisce una specificazione nel campo del diritto penale del più generale principio di proporzione: e cioè di un principio logico immanente allo Stato di diritto, che ammette il ricorso a misure restrittive dei diritti dei singoli solo nei casi di stretta necessità, vale a dire quando queste risultino indispensabili per la salvaguardia del bene comune». M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1-2) 2003, pp. 141 e ss. coglie, sicuramente sul piano comparatistico col diritto UE, delle sfumature distintive: «a mio modo di vedere, tuttavia, proporzione e sussidiarietà, tanto in diritto penale quanto in diritto comunitario, si caratterizzano per una differente cultura scientifica alla quale si richiamano, e questo dato spiega la ben diversa portata tecnica e pratica dei due principi.». Per le più recenti – e brillanti – acquisizioni in tema di proporzionalità nel diritto penale si veda N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, *passim*.

³¹ *Ex multis*, Corte EDU De Tommaso c. Ita, 2017; *Grande Stevens c. Ita*, 2014; *Nada c. Switzerland*, 2013; *Beyeler c. Ita*, 1996; *Air Canada c. UK*, 1995.

³² F. C. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, in *Quaderni fiorentini*, (36) 2007, p. 1307.

³³ C. E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2018, pp. 1447 e ss. scrive: «(a) Riprendendo la metafora di Palazzo, la 'frammentarietà esterna' riguarda i 'corpi insulari' della penalità nel rispettivo posizionamento spaziale. In tale prospettiva, il "penalmente rilevante" potrà assumere la forma di un 'arcipelago sparso' (che massimizza l'ERK) piuttosto che di un 'arcipelago fitto' o, addirittura, giungere all'estremo di una 'penisola continentale' (che minimizza l'ERK). (b) La 'frammentarietà interna' riguarda invece – per così dire – il disegno costiero, la frastagliatura delle singole isole di penalità, cioè la profilatura che il Tipo penale riceve attraverso il bulino piuttosto che attraverso la scalpellatura posta in atto, con tecnica e profondità differenti, dai diversi Formanti.»

³⁴ M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Diritto penale e processo*, (3) 2013, pp. 261 e ss. ritiene che «la vera scommessa è garantire *extrema ratio* al controllo penale e al suo interno alla sanzione detentiva: se non si affronta la prima, ne deriverà di riflesso anche un effetto negativo sulla seconda».

³⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2014, p. 30. Si veda anche M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1-2) 2003, pp. 141 e ss.

Probabilmente sul versante interno della sussidiarietà emergono progressivamente recenti e moderne istanze che pretendono la dimostrazione positiva della necessità della quantità di pena comminata. Dinanzi a pene manifestamente draconiane, la Corte costituzionale ha sempre affermato il principio della proporzionalità tra sanzione e disvalore del fatto illecito commesso ma, in ossequio alla separazione dei poteri, si è sempre mostrata consapevole dei limiti istituzionali e rispettosa del ruolo del legislatore. Tuttavia, a partire dalla nota sentenza n. 236/2016, è possibile registrare un sensibile cambio di passo nella giurisprudenza costituzionale, perché la Corte si è emancipata dal rigido schema del *tertium comparationis*, utilizzato per sindacare la sussidiarietà interna della cornice edittale, e ricorre oggi ad un giudizio diacrico, valutando l'intrinseca sproporzione del trattamento sanzionatorio, con l'apprezzamento di una norma terza che funge esclusivamente come punto di riferimento per la sostituzione del quadro edittale illegittimo³⁶.

Privata della effettiva giustiziabilità, la sussidiarietà è stata ridotta «a mero invito» al legislatore³⁷.

In realtà, è innegabile che la sussidiarietà viva oggi una fase «vertiginosamente discendente»³⁸, giacché la sua attuale sorte è legata a doppio filo alla imperante logica del «populismo penale»³⁹. Il dibattito politico non è più dialettico e animato da contenuti ma, poiché scandito da continui e ricorrenti appuntamenti elettorali, è *applause oriented*. Il populismo penale si inserisce nella perpetua rincorsa al consenso massmediatico e sovverte il canone dell'*extrema ratio* nella convinzione che il diritto penale sia panacea di ogni male (nonché strumento a costo zero). Il legislatore sfrutta la forza simbolica ed evocativa del diritto penale e l'estensione del penalmente rilevante «risponde al paradigma opposto del massimo mezzo per il minimo scopo», secondo schemi e modelli criminosi manipolati «in vitro per inseguire l'emotività contingente del *moral panic*» che si agita in società⁴⁰.

Il nuovo reato ex art. 391 *ter* c.p. si iscrive perfettamente nella logica del populismo penale, anzi si può ritenere frutto acerbo della politica criminale populista e, inevitabilmente, stride con il principio di sussidiarietà, sia interna sia esterna.

Per valutare il rispetto della sussidiarietà esterna è utile individuare preliminarmente il tipo di risultato che si intende raggiungere tramite la sanzione. La vera preoccupazione del legislatore, come si è già detto, era evitare che il detenuto potesse indebitamente comunicare con l'esterno, continuando liberamente a gestire i propri traffici criminosi, e assicurare il sequestro del cellulare.

³⁶ Cfr. E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (4) 2016, pp. 1956 e ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, (6) 2016, pp. 2105D e ss.; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo-rivista trimestrale*, (2) 2017, pp. 61 e ss.; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo-rivista trimestrale*, (2) 2017, pp. 48 e ss.; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2) 2019, pp. 785 e ss.; R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, (6) 2018, pp. 2566 e ss.; D. MARTIRE, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate", benché non "obbligate"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, (2) 2019; A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2016, pp. 1427 e ss. La stessa Corte costituzionale riconosce un'evoluzione in atto della sua stessa giurisprudenza in materia di sindacato sulla misura della pena. La dottrina, dal canto suo, ha parlato di «svolta significativa», «inversione di rotta», «deciso cambio di passo», «nuovo indirizzo della Corte». Effettivamente, è cospicuo il numero delle sentenze che si sono orientate in senso conforme alla sentenza n. 236/2016. Secondo un rapido e provvisorio censimento si possono, ad oggi, indicare la sentenza n. 222/2018 (in tema di reato di bancarotta fraudolenta), la n. 233/2018 (in tema di reato di contrabbando doganale), la n. 40/2019 (relativa al reato per fatti di non lieve entità aventi ad oggetto droghe pesanti), la n. 88/2019 (concernente l'entità della pena e la sanzione amministrativa accessoria per i reati di omicidio e di lesioni stradali gravi), la n. 99/2019 (concernente l'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta in regime di detenzione).

³⁷ A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2018, pp. 1488 e ss.

³⁸ C. E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2018, pp. 1447 e ss.

³⁹ Specificamente sul tema si veda, *ex multis*, M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale*, 7 settembre 2020, che individua la specificità del populismo politico in Italia, che è «nato come giudiziario e come penale insieme», con Tangentopoli, con la conseguenza che populismo politico e penale si sono anche evoluti nel tempo insieme. Si veda altresì L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, (1) 2019, p. 79 e ss.

⁴⁰ C. E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2018, pp. 1447 e ss.; L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, (1) 2019, p. 79 e ss. osserva che l'insicurezza «è aumentata a causa della distanza crescente tra percezione e realtà [...]. La percezione dell'insicurezza è insomma interamente una costruzione sociale, prodotta da quelle fabbriche della paura nelle quali si sono trasformati i media e in particolare la televisione».

È legittimo nutrire dubbi sulla scelta legislativa di scomodare il diritto penale, giacché le condotte punite dall'art. 391 *ter* c.p. potevano essere efficacemente “gestite” con il sequestro obbligatorio del cellulare in via amministrativa, da accompagnare alla sanzione disciplinare e alla esclusione da taluni benefici penitenziari, che sono misure di una certa afflittività già previste dall'ordinamento e nella prassi puntualmente applicate. Più in particolare, l'art. 77 del D.P.R. n. 230/2000 prevede che ai detenuti e agli internati che possiedono o trafficano oggetti non consentiti o denaro (cfr. n. 8 della norma) sono inflitte le sanzioni disciplinari di cui all'art. 39 o.p., tra cui l'esclusione dalle attività in comune per un massimo di 15 giorni (cd. isolamento). Inoltre, se il detenuto è entrato nel circuito dei benefici penitenziari ed è sorpreso in possesso di un cellulare subisce una interruzione drastica della progressione trattamentale, giacché è revocato il provvedimento di assegnazione al lavoro esterno (art. 21 o.p.) e gli sarà preclusa la concessione di permessi premio, non essendo più possibile considerare “regolare” la sua condotta intramuraria (cfr. art. 30 *ter* o.p. co. 1 e co. 8).

Peraltro, almeno per le ipotesi oggi coperte dal co. 3 dell'art. 391 *ter* c.p., non era nemmeno necessario approvare una nuova legge oppure emanare un ulteriore regolamento per procedere alla *adprehensio* del telefono cellulare, giacché la soluzione era a portata di mano: l'art. 14 co. 4 del D.P.R. n. 230/2000, disciplinante la «Ricezione, acquisto e possesso di oggetti e generi alimentari», dispone che «gli oggetti non consentiti in istituto sono ritirati dalla direzione e, salvo che costituiscano corpi di reato, sono consegnati ai detenuti e agli internati all'atto della loro dimissione».

Piuttosto che intervenire sul piano normativo, moltiplicando le risposte sanzionatorie (in senso lato) per la medesima condotta, si poteva agire sul piano della strumentazione tecnologica, dotando adeguatamente le carceri di apparecchi idonei a conseguire l'obiettivo di impedire comunicazioni abusive (si pensi a disturbatori di frequenze radio).

Il legislatore virtuoso, in un ideale bilanciamento di interessi, oltre a non abbandonarsi ad una logica ciecamente punitiva, si dovrebbe preoccupare anche di garantire il diritto all'affettività dei detenuti. Non si può ignorare che i cellulari clandestinamente utilizzati in carcere servano ai detenuti anche – e forse principalmente – per mantenere i contatti con i propri cari. Probabilmente l'impennata dei sequestri registrata nel 2020 è dovuta anche alla pandemia da COVID-19, che ha indotto le amministrazioni penitenziarie a sospendere i colloqui con i familiari in presenza e, di conseguenza, i detenuti a cercare metodi alternativi di comunicazione, seppur illeciti. In questo contesto, le piattaforme di comunicazione telematiche e audiovisive (ad es. Skype, Microsoft Teams, Zoom) dovrebbero essere messe a disposizione dei detenuti in modo strutturale e non occasionale, per garantire la manifestazione della sfera affettiva, sia pur prevedendo opportune restrizioni per motivi di ordine e/o sicurezza. Un approccio al problema non esclusivamente afflittivo, oltre ad essere in linea con la Costituzione e le fonti sovranazionali, metterebbe i detenuti in condizione di non dover ricorrere a sotterfugi illegali per comunicare con i familiari⁴¹.

Il nuovo reato appare in conflitto anche con il versante interno della sussidiarietà, giacché la pena comminata è sproporzionata. I fatti-base (commi 1 e 3) sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni e con l'aggravante di cui al co. 2 la pena irrogabile dal giudice va da un minimo di due anni ad un massimo di cinque.

La cornice edittale è sproporzionata per eccesso rispetto all'effettivo disvalore della condotta.

La sproporzione della pena non è solamente “interna”, giacché un raffronto con fattispecie contigue conferma l'impressione di un trattamento sanzionatorio severo. Il reato di evasione è punito con la reclusione da uno a tre anni, comminando una pena inferiore nel massimo a quella prevista dall'art. 391 *ter* c.p., eppure chi evade viola l'essenza della pena detentiva ed è radicalmente inosservante della decisione giudiziaria. Scorrendo il capo sui delitti contro l'Autorità delle decisioni giudiziarie, anche i reati in cui si punisce chi agevola l'inosservanza del provvedimento giudiziario, pur non essendone il diretto destinatario (es. procurata evasione *ex art.* 386 c.p., la mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice *ex art.* 388 co. 1 c.p.), presentano cornici edittali tendenzialmente meno severe rispetto a quella dell'art. 391 *ter* co. 1 c.p.

Il reato concettualmente più vicino all'art. 391 *ter* c.p. co. 3 è probabilmente l'inosservanza di pene accessorie *ex art.* 389 c.p., giacché tendenzialmente esse discendono automaticamente dalla pena principale, così come – attualmente – se si è condannati alla pena detentiva (o si è destinatari di misura cautelare) automaticamente non si può indebitamente avere la disponibilità di un dispositivo idoneo alla comunicazione. Le interdizioni che costituiscono pena accessoria e il divieto di accedere indebitamente al

⁴¹ Approfondisce, anche in chiave comparatistica, l'aspetto del diritto all'affettività dei detenuti Y. LIVERANI, *Qualcosa non funziona? Introduciamo un nuovo reato! Una riflessione sulla proposta dell'accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti*, disponibile al sito web: <https://extremaratioassociazione.it/7469-2/>

cellulare sono entrambe contenute nella detenzione come il più contiene il meno. È pur vero che in un caso si tratta di inosservanza (dell'essenza) di pene *accessorie* e nell'altro di un aspetto della pena *principale* detentiva, ma la divaricazione del trattamento sanzionatorio tra i due reati è davvero irragionevole: la pena dell'art. 389 c.p. è fissata nella reclusione da due a sei mesi.

La sproporzione della cornice edittale presta il fianco a dubbi di legittimità costituzionale sui quali la Corte delle leggi potrebbe avere margini di sindacabilità, considerando il nuovo indirizzo inaugurato con sentenza n. 236/2016.

In dottrina si sono evidenziati i risvolti chiaroscurali dell'approdo ermeneutico della Corte costituzionale che avrebbe consacrato «la svolta nel senso della discrezionalità», con il rischio di trascinare nelle scelte di opportunità politica⁴².

Si tratta di rilievi pertinenti ma che non sorprendono, giacché il populismo penale ha provocato un «completo ribaltamento del modello illuministico»: «non è la legislazione il luogo della ragione giuridica, ma il diritto», «l'interpretazione rende accettabile la legge», non il Parlamento⁴³.

Se il rischio di tali distorsioni è tollerato ai fini della sussidiarietà interna, con riguardo alla sussidiarietà esterna, che è ambito contrassegnato da un'opportunità politica maggiormente slegata rispetto alle scelte tecniche, il rispetto della separazione dei poteri resta – giustamente – un limite invalicabile ed è praticamente da escludere un sindacato effettivo della Corte costituzionale.

La politica racconta la “fiaba” illusoria del diritto penale simbolico che sembra poter produrre il massimo risultato col minimo sforzo, anche a costo zero⁴⁴. La realtà è ben diversa, perché si utilizza il massimo mezzo per raggiungere il minimo risultato, con costi elevatissimi, in termini sociali e finanziari, che dovrebbero essere attentamente valutati e adeguatamente sostenuti con stanziamento di bilancio corrispondenti (si pensi ai fondi da destinare agli istituti penitenziari a fronte di un aumento della popolazione carceraria).

Non resta, allora, che sollecitare il legislatore per accogliere un modello di diritto penale minimo con una seria ed adeguata delimitazione del penalmente rilevante. Sinora, l'opera di periodica depenalizzazione (si pensi al D.lgs. n. 7/2016, seppur depenalizzazione in senso atecnico, e al D.lgs. n. 8/2016) si è rivelata assolutamente inadeguata, perché sembra «la tela di Penelope», intessuta di giorno e disfatta di notte per assecondare pulsioni populiste, e l'introduzione dell'art. 391 *ter* c.p. ne è l'ennesima riprova.

La «mania di tutto governare col mezzo dei criminali giudizi»⁴⁵ si oppone ad un restringimento dell'area del penalmente rilevante alle sole condotte che effettivamente necessitano e meritano tale tutela. Eppure si tratta di un'esigenza ineludibile, perché, se a tutela di determinati interessi, pur meritevoli di protezione, sono sufficienti sanzioni diverse, ricorrere alla pena è scelta inutilmente vessatoria, che vanifica la funzione di prevenzione generale e speciale, giacché la pena sproporzionata disorienta i consociati e scoraggia la risocializzazione del singolo, che la rifiuta, non comprendendo la pena né avvertendola come giusta⁴⁶. Inoltre, in un sistema sanzionatorio carcerocentrico, a fronte della scriteriata scelta di ignorare la possibilità di ampliare il ventaglio delle pene (es. con pene interdittive), è «l'offerta punitiva penale» che deve adeguarsi al numero dei posti disponibili nelle carceri e non viceversa, «mentre invece i quarantamila posti sono chiamati ad adeguarsi ad una domanda onnivora, crescente, ingorda, famelica, insaziabile»⁴⁷, con la conseguenza che il sovraffollamento carcerario perpetua quotidianamente la violazione della dignità umana⁴⁸.

⁴² R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, (6) 2018, pp. 2566 e ss. è particolarmente critico sui risvolti chiaroscurali di tale approccio ermeneutico, ritenendo che «nel momento in cui si abbandona la strada delle “rime obbligate” si compie un salto tale per cui si ammette che la Corte possa entrare nei terreni della discrezionalità politica».

⁴³ M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale*, 7 settembre 2020, p. 9.

⁴⁴ Si veda T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2013, p. 1090. In termini analoghi C. E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2018, pp. 1447 e ss.

⁴⁵ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1867, p. 64.

⁴⁶ Cfr. M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Diritto penale e processo*, (3) 2013, p. 264.

⁴⁷ T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 2013, p. 1091.

⁴⁸ Così M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Diritto penale e processo*, (3) 2013, p. 266.