



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

uup.uniurb.it





**INCONTRI
E PERCORSI**

N.04

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di

Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2

PDF ISBN 978-88-31205-52-8

EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:

<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

SAPERE DI SAPERE	11
Alessandro Bondi	

PARTE I: RELAZIONI

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI <i>COMMON LAW</i>	31
George P. Fletcher	

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE	37
Luís Greco	

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI	49
Sergio Moccia	

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI?	63
Tullio Padovani	

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA	73
Francesco Palazzo	

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA	83
Lorenzo Picotti	

PARTE II: INTERVENTI

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE	97
Antonio Cavaliere	

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA	119
Fabio Coppola	

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE	131
Stefano Fiore	

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE	137
Gabriele Fornasari	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE	151
Alessio Infantino	
TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA	183
Elena Mattevi	
L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI	193
Antonia Menghini	
TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA	205
Rosa Palavera	
PARTE III: CONTRIBUTI	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandroni	
IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE <i>CHANCES</i> DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI	265
Luciano Eusebi	
«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE	275
Adelmo Manna	
INUTILITER DATO	305
Vincenzo Bruno Muscatiello	
LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI	355
Beatrice Panattoni	
I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE	381
Filomena Pisconti	
IL CONCETTO <i>ONNIVORO</i> DI SICUREZZA	393
Gianluca Ruggiero	

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI COMMON LAW

George P. Fletcher¹

Cardozo Professor of Jurisprudence, Columbia Law School di New York

La formazione giuridica negli Stati Uniti, e nella maggior parte dei Paesi del mondo, a ragion veduta si concentra sulle argomentazioni e sui principi utilizzati in appello. A parte le *clinical courses* che, nelle facoltà di giurisprudenza, offrono agli studenti un'esperienza pratica, c'è poca attenzione per gli aspetti della prassi che determinano l'esito di un processo penale: ad esempio, la selezione della giuria; la tecnica dell'esame e del controesame dei testimoni; l'uso teatrale dell'aula; il problema annoso, nei casi penali, di riscuotere gli onorari da clienti che non hanno molto denaro. Ovviamente, quest'ultimo problema non si pone per i reati dei colletti bianchi.

Per la verità, sono aspetti di cui ho poca conoscenza diretta, se non quella appresa nel corso della mia breve esperienza come pubblico ministero della California.

Il modo in cui sono diventato procuratore è di per sé interessante. All'epoca ero un giovane professore dell'UCLA. Il procuratore distrettuale della contea di Los Angeles riteneva che i professori di legge fossero pregiudizialmente a favore dei difensori e che, in tal senso, influenzassero i loro studenti. Probabilmente aveva ragione. Si convinse, allora, che l'unico modo per cambiare l'orientamento di coloro che insegnavano alle nuove generazioni di avvocati fosse quello di portarli in aula, sì che potessero provare in prima persona cosa volesse dire contrastare la criminalità, chiedendo condanne al termine di un equo processo.

Così, come professore e sostituto procuratore della California, mi sono occupato di casi gravi, ma con meno esperienza rispetto ai miei colleghi della procura. Il mio mentore in tribunale è stato Steve Trott, che in seguito è diventato giudice federale del Nono Circuito. Due prestazioni

¹ Traduzione e adattamento di Alessandro Bondi, Professore ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

di Trott mi sono rimaste impresse. La prima, memorizzò tutti i nomi dei potenziali giurati durante il procedimento del *voir dire*, ossia le interviste che mirano ad accertare eventuali pregiudizi della giuria. La seconda, diede spettacolo, e l'impressione di essere bene preparato, arrivando in tribunale con auto cariche di libri e fascicoli.

Il caso più grave che mi capitò all'epoca fu un processo per stupro. Fu prima della rivoluzione femminista, quando l'ammissione, da parte di una donna, di una precedente esperienza sessuale fuori dal matrimonio poteva essere usata per attaccare la credibilità della sua testimonianza. Se il pubblico ministero sollevasse oggi la questione, sarebbe lecito aspettarsi che il giudice istruisse la giuria per conformarla ai costumi contemporanei. Ma questa sarebbe la strada seguita solo da alcuni giudici; molti, se non la maggior parte, sarebbero più preoccupati di essere ricusati in appello.

Il punto è che, nei paesi di *common law*, solo la difesa può ricorrere in appello. Pertanto, è nella logica delle cose che le istruzioni favorevoli alla difesa non vengano modificate dai tribunali superiori. Gli studenti di legge potrebbero, invece, pensare che i giudici si preoccupino più del giudizio della Corte Suprema degli Stati Uniti o dello Stato. Nient'affatto. Il vero interesse dei giudici è quello di non essere contraddetti dalla corte d'appello di grado inferiore nel loro distretto, il che rende il diritto penale degli Stati Uniti localistico e un po' caotico.

Anche se i giudici locali prestassero attenzione alla Corte Suprema degli Stati Uniti, ciò non influirebbe sui profili del diritto penale sostanziale, perché quasi tutti i ricorsi, a parte i casi di pena di morte, riguardano questioni procedurali. Qui s'impone una nota sulla formazione giuridica nel campo del diritto penale [di *common law*]. Gli studenti imparano dai *case book* e non dai commentari. Quando il metodo dei casi giuridici venne introdotto, il presupposto magico era che gli studenti avrebbero percepito il principio comune nella babele di casi provenienti dai diversi Stati. Niente di più sbagliato. Quando gli studenti si preparano per l'esame di abilitazione alla pratica forense, studiano modelli che hanno poco a che fare con i casi.

La mia breve attività di pubblico ministero, mi rese molto più attento agli interessi del pubblico e dell'accusa. Così non era stato durante la mia formazione scientifica, almeno fino a quando, negli anni '90, l'interesse generale si spostò verso i diritti delle vittime.

La prova principale è lo Statuto di Roma che istituisce la Corte penale internazionale. Il preambolo sottolinea il problema dell'*impunità* o *impunidad* in spagnolo. Cito il termine spagnolo perché l'esperienza dell'Ar-

gentina durante la *guerra sporca* portata avanti dalle giunte militari è stata un fattore decisivo per l'istituzione della Corte: il suo primo procuratore, Luis Moreno Ocampo, aveva esercitato come tale in Argentina.

Alcune delle caratteristiche descritte, in particolare quelle che riguardano le giurie, potrebbero sembrare strane per studenti e studiosi di *civil law*. In base alla mia esperienza, è difficile convincere un europeo continentale che giudici togati possono diventare semplici scribacchini di una pervasiva burocrazia. È altrettanto difficile convincere quelli di noi che provengono dal mondo anglofono che i nostri giurati laici sono in grado di fare giustizia. In genere, si presume che i giurati capiscano e seguano le istruzioni che i giudici danno loro. Ma non c'è modo di saperlo con certezza. La maggior parte di noi ritiene che i giurati non abbiano idea del significato di queste complesse istruzioni. Secondo me sono guidati dal buon senso. Un grande vantaggio del sistema della giuria è che si tratta di un modo efficace di affrontare la criminalità organizzata. Come l'esperienza italiana nel perseguire la mafia potrebbe suggerire, è molto pericoloso per i giudici togati condannare un capo mafia. I giurati possono invece condannare e poi cercare di sparire dalla circolazione.

Il secondo caso, che ha influenzato la mia riflessione sul funzionamento del *common law*, è stato il processo a Bernhard Goetz, alla fine degli anni '80. Non ho perso un giorno del processo e ho scritto un libro sul caso (*Un crimine di autodifesa*) che è stato tradotto in molte lingue.

Il caso è emblematico di un problema ricorrente: la violenza tra bande, in particolare tra membri di una minoranza sottoproletaria e uno della maggioranza.

Nel contesto della New York di allora, queste minoranze erano rappresentate da giovani afroamericani del Bronx. Bernhard Goetz era invece un giovane caucasico che viveva nel Greenwich Village. Le metropolitane di New York erano ricoperte di graffiti e per molti erano un mezzo di trasporto di ripiego, soprattutto per coloro che non potevano permettersi un taxi. La sparatoria in metropolitana avvenne quando uno dei giovani si avvicinò a Goetz chiedendogli cinque dollari.

Il mio scopo non è quello di ripercorrere il caso, ma di evidenziare gli aspetti teatrali del processo che potrebbero sembrare un po' strani agli osservatori di *civil law*.

Il protagonista fu Barry Slotnick, l'avvocato difensore: teatrale in tutto ciò che fece, dal modo in cui arrivò in tribunale alle sue raffinate tattiche processuali. Volle apparire come una sorta di pubblico ministero.

Quando gli fu chiesto del suo cliente, rispose che erano i cittadini di New York e dipinse le quattro giovani vittime come la *Banda dei quattro*, termine che ricordava i famigerati protagonisti della rivoluzione cinese. Naturalmente, era particolarmente abile nella selezione dei giurati. L'ultimo potenziale giurato era di Sandusky, Ohio, la città natale di Slotnick. Pensò che non gli sarebbe stato ostile e perciò lo scelse.

Premesso che, nei processi di *common law*, il cancelliere scrive ogni parola pronunciata in un verbale, anche al fine di un eventuale appello, tre episodi rivelarono gli elementi teatrali di questo procedimento.

Il primo episodio si verificò quando James Ramseur, una delle quattro vittime, si tolse una scarpa, apparentemente per grattarsi un piede. Slotnick reagì con esagerata paura, per instillare nella giuria l'idea di quanto fossero pericolosi i quattro giovani del Bronx. Va pur detto che, nel confronto con Slotnick, Ramseur gli tenne testa. In risposta a una domanda sui suoi precedenti penali, il testimone chiese a sua volta all'avvocato quanti spacciatori di droga avesse fatto assolvere.

Il secondo episodio si verificò quando la difesa cercò d'inscenare la ricostruzione del crimine. All'epoca un gruppo di giovani afroamericani, chiamati *Angeli custodi*, viaggiavano in metropolitana per proteggere i cittadini. Slotnick ne chiamò quattro in aula per inscenare la ricostruzione. Lo scopo era, ovviamente, quello di mostrare alla giuria (dieci caucasici e due neri) che la situazione *grondava pericolo*. L'accusa mangiò subito la foglia e si oppose. Il giudice Stephen Crane ordinò che i quattro afroamericani fossero sostituiti da quattro agenti giudiziari caucasici.

Un terzo episodio si è verificato durante l'arringa finale. Una delle questioni in discussione era se ci fossero stati quattro o cinque spari. Si pensava che il punto fosse importante. Per dar forza all'ipotesi accusatoria, il procuratore Gregory Waples indossò la giacca di uno dei quattro giovani. Lo scopo era quello di dimostrare che s'identificava con le quattro vittime: cittadini rispettabili di New York come lui. Slotnick intuì il pericolo e si oppose, ma era troppo tardi.

Questi tre episodi evidenziano la presenza di elementi teatrali che non appaiono nel verbale e che non hanno nulla a che fare con la ricerca razionale della verità.

Spero che questi esempi diano forza alla mia tesi secondo cui ci sono molti aspetti dei processi penali che non appaiono nei verbali processuali e che non vengono insegnati nei corsi teorici delle scuole di legge. Non sono nemmeno sicuro che possano essere insegnati in un *clinical*

course universitario. Come Lionel Messi non può spiegare in che modo si deve calciare un pallone, un buon avvocato di tribunale non può mettere a verbale le raffinatezze del suo mestiere.

Permettetemi di concludere tornando al campo che a noi accademici piace di più: la teoria del diritto. A tal fine, si riprende una fase iniziale del processo di *common law*: la formulazione dell'atto d'accusa da parte del gran giurì. Il gran giurì è un gruppo di 23 giudici non togati che decide se emettere l'atto di accusa.

Da tempo, il dibattito si svolge tra teorie soggettive e oggettive della legittima difesa. All'epoca del caso Goetz, i tribunali newyorchesi di grado inferiore si erano espressi a favore della teoria soggettiva, vale a dire che, se pure irrazionalmente Goetz si fosse sentito costretto all'uso letale della forza, ciò sarebbe stato sufficiente per ammettere l'autodifesa. Appare invece chiaro che la regola migliore sarebbe quella di utilizzare uno standard oggettivo che, nei tribunali di *common law*, vuol dire valutare la ragionevolezza della condotta.

Durante il procedimento del gran giurì per il caso Goetz, uno dei giurati chiese al procuratore quale sarebbe stata la legge d'applicare nel caso qualcuno avesse pensato all'uso di una forza letale da parte di chi, in realtà, avesse messo la mano in tasca solo per prendere il proprio portafoglio (non è un riferimento esatto, ma un modo equivalente d'inquadrare la questione). Waples, il procuratore, dovette rispondere facendo riferimento alla legge di New York. Alcuni potrebbero sostenere che la legge sia quella stabilita dalle Corti di appello. Forse in Germania o in Italia, il procuratore potrebbe basarsi sulle opinioni dei principali commentatori in materia. Altri ancora potrebbero sostenere — e credo sia giusto — che la legge di New York sia la legge di principio. Waples imboccò questa strada, affermando che lo standard fosse quello delle persone ragionevoli; posizione confermata dalla Corte d'Appello, la più alta corte dello Stato. Come si vede, teoria e pratica sono interconnesse.