



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](http://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](mailto: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	
<b>PARTE III: CONTRIBUTI</b>	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandrone	
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	

# PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE

Dallo 'stallo alla messicana' ad una necessaria alleanza

Stefano Fiore

Professore ordinario di Diritto penale, Università degli Studi del Molise

Le brevissime osservazioni che seguono, attraverso le quali intendo essenzialmente rendere tangibile il mio partecipe interesse alla discussione su di un tema che possiamo senz'altro definire 'fondativo', richiedono due precisazioni preliminari.

La prima è di tipo terminologico. Nelle righe che seguono, infatti, i vocaboli ai quali viene affidato il compito di fornire la traccia per la discussione saranno intesi nel senso limitato e, se volete, tradizionale, che identifica la *teoria* con il lavoro della dottrina e la *prassi* con l'attività dello *ius dicere* affidato alla magistratura. È un taglio prospettico dichiaratamente parziale rispetto alla vastità delle possibili declinazioni della tematica nella quale ci collochiamo, ma funzionale alla rappresentazione – pur solo accennata – di una specifica dinamica sulla quale intendo fermare la mia attenzione.

Entrambi i termini, come invero già emerso, possono infatti essere rispettivamente intesi in un senso più complesso e, per così dire, più fluido, che ad esempio consente di assegnare le disposizioni legislative alla *teoria*, almeno fino a quando esse non si 'fanno norme', proprio attraverso il contatto con la *prassi*; così come, al contrario, potrebbe essere ritenuto quanto meno discutibile includere nella *prassi* l'approccio generalizzante e 'per principi' che caratterizza la – sempre più ingombrante – funzione nomofilattica delle Sezioni Unite.

Vorrei, in secondo luogo, esprimere la mia preferenza per l'uso di una formula che, nel descrivere la relazione di cui ci occupiamo, anteponga la prassi alla teoria. Ciò non ha ovviamente niente a che fare con pretese gerarchie, ma semmai con il dato che vede la prassi, intesa nella sua accezione più ampia, (pre)definire il campo reale entro il quale si svolge la riflessione teorica.

Proprio per questa ragione, la 'provocazione' proposta in questo incontro di studi, che sollecita a riflettere sulle conseguenze di una prassi sen-

za teoria e, viceversa, sul senso di una teoria senza prassi, assume, credo, il tono di un esorcismo.

Perché, a prescindere dalla varietà delle possibili declinazioni del tema, quel che emerge chiaramente dalle relazioni e dagli interventi di questi giorni è la conferma che solo collocandosi alla confluenza tra quelle due dimensioni è possibile osservare ‘come’ funziona il sistema e coglierne la parte vitale, costituita dagli esiti dell’inevitabile dialogo tra formanti.

Quel punto di osservazione, privilegiato e complesso, restituisce dunque una immagine che non può essere elaborata attraverso un approccio meramente descrittivo e, allo stesso tempo, non si presta ad essere oggetto di speculazioni che ne ignorano la ‘forma’ reale.

Il duplice obiettivo è, da un lato, scardinare la comoda e pericolosa convinzione, che in una certa misura bisogna rassegnarsi al metamorfico e imprevedibile spettacolo di regole costruite e incessantemente ri-costruite dalla prassi, a volte ad uso e consumo del singolo caso concreto; dall’altro, provare a evitare che il funzionamento del sistema sia affidato ad un normativismo statico e conservativo, che allestisce attorno alle norme un cordone sanitario di principi formali per renderlo immune alla realtà.

Inoltre, proprio dalla elaborazione degli esiti o dei mancati esiti di una interazione virtuosa e consapevole tra prassi e teoria dipende, in misura non marginale, anche la capacità del sistema di rinnovarsi. Solo cercando in quel materiale ‘vivo’, che la prassi ha selezionato e la teoria ha il compito di analizzare, decodificare, sistematizzare, il legislatore può trovare gli insostituibili *feedback* necessari per misurare l’adeguatezza del proprio lavoro; ed è sempre in quel campo, delimitato dalla prassi, che la elaborazione teorica può accendere *alert* (il più delle volte ignorati) sulla sostenibilità delle latitanze legislative ed i limiti del lavoro interpretativo.

Il ‘circuitto tripolare’ che connette prassi, teoria e legislazione dovrebbe dunque essere mantenuto sempre attivo, per alimentare, grazie alla naturale alleanza cooperativa dei tre protagonisti necessari, non solo il funzionamento del sistema, ma anche la sua capacità di riformarsi.

Questo in teoria, perché in pratica, almeno se ci riferiamo al nostro ordinamento, quel che accade sembra essere tutt’altro.

A tale proposito mi ha molto colpito, per la sua efficacia, il passaggio della relazione di Luis Greco, nel quale, riferendosi all’esperienza tedesca, che pure da questo punto di vista è certamente più virtuosa della nostra, è stato sottolineato come gli spazi che la giurisprudenza ‘concede’ alla dottrina, in generale, sono inversamente proporzionali alla disponibi-

lità di precedenti giurisprudenziali e direttamente proporzionali alla novità delle norme (o anche dei casi) che vengono in questione, salvo che non si tratti di cercare nelle opinioni della dottrina sponde funzionali a supportare sul piano argomentativo un mutamento negli orientamenti interpretativi.

Difficile negare che le cose stiano effettivamente così e questo stato delle cose non può essere considerato soddisfacente, soprattutto perché conferma un'attitudine, se non proprio autoreferenziale, quanto meno autoriflessiva della giurisprudenza.

Ma è 'colpa' di qualcuno? La teoria non vuole o non sa dialogare con la prassi? La prassi non vuole o non sa ascoltare quello che la teoria ha da dire? Il legislatore somma i difetti e *non vede, non parla e non sente*, come le tre scimmiette della nota immagine?

Non c'è dubbio che ciascuno dei citati fattori concorra a spiegare, in combinazione con gli altri e in proporzioni variabili, lo stato (deficitario) dei rapporti tra prassi e teoria e non è difficile, purtroppo, trovare riscontri osservando gli andamenti reali del sistema penale, ma forse le cose stanno addirittura peggio di quel che appare.

I nostri protagonisti (giurisprudenza - dottrina - legislatore), troppo spesso, infatti, si dispongono a comporre – almeno a me così sembra – una triangolazione dagli esiti opposti rispetto a quelli prodotti dalla versione cooperante e virtuosa di questa relazione tripolare che ho prima proposto.

La immagine che più si presta a rappresentare la situazione che intendo descrivere è probabilmente lo 'stallo alla messicana', utilizzata in iconiche scene cinematografiche di grande efficacia visiva. Si tratta della situazione nella quale due o più persone (solitamente tre) si tengono sotto tiro a vicenda con delle armi, in modo che nessuno possa attaccare un avversario senza essere a propria volta attaccato. La sua peculiare attitudine evocativa consente senza dubbio di definirla un '*trope*', vale dire «*un'immagine universalmente identificata, intrisa di diversi strati di significato contestuale che creano una nuova metafora visiva*»<sup>1</sup>.

Sono consapevole che ci è stato proposto di esaminare una relazione di tipo binario (prassi/teoria) ma, a parte le fluidità definitorie che in esordio ho ricordato, lo stallo che intendo descrivere dipende in realtà proprio dalla presenza sulla scena di un terzo agente 'necessario', vale a dire il legislatore, il quale, ad essere sinceri, sembra trovarsi particolarmente a proprio agio nelle situazioni di stallo.

1 M. Rizzo, *The Art Direction Handbook for Film*, Focal Press. 2014, 513

Il mancato superamento delle ricorrenti, emergenti e riemergenti criticità del sistema penale, non solo è descrivibile in molti casi proprio come uno stallo, ma trova in esso la sua causa, impedendo ai protagonisti, inchiodati alla loro posizione, di muoversi nelle direzioni necessarie a far funzionare il sistema, che rimane così in una sorta di stato di sospensione, lasciando nel frattempo lievitare i problemi.

Sarebbe invero semplicistico e anche ipocrita imputare lo stallo solo o prevalentemente ad una scarsa capacità di comunicazione (o scarsa disponibilità alla comunicazione) tra teoria e prassi oppure alle incomprensioni reciproche dovute all'uso di linguaggi diversi, che a volte segnalano anche 'culture' non omogenee. Ancora una volta non si può negare che si tratti di concause e neppure possiamo sottovalutare le responsabilità di chi svolge funzioni formative, chiamando in causa in maniera diretta anche la scienza penalistica e l'istruzione universitaria. Tuttavia, pur senza disconoscere l'esistenza di co-responsabilità, l'origine dello stallo il più delle volte credo sia da ricercare nel vertice del triangolo dove si colloca il legislatore.

La prima 'arma' che compare sulla scena, inducendo gli altri ad estrarre la propria, è infatti la scadente qualità e a volte l'assenza dei prodotti legislativi (sostanziali e processuali), che tra i suoi effetti ha anche quello di tagliare fuori o almeno di scoraggiare la elaborazione teorica.

La giurisprudenza si trova infatti 'costretta' ad utilizzare strumenti normativi, che la dottrina ha enormi difficoltà ad assumere come oggetto di elaborazione. La scarsa qualità della legislazione, a volte priva perfino del necessario decoro formale, impone alla prassi forzature applicative che difficilmente riescono ad ottenere un avallo scientifico, ma che vengono comunque adottate perché *'in qualche modo bisogna pur fare'*.

Queste forzature inevitabilmente favoriscono, nel rapporto tra prassi e teoria, il diffondersi della diffidenza reciproca, inducono alla rivendicazione della preminenza di uno specifico punto di vista, all'esercizio di un certo grado di autoreferenzialità e alla conseguente scelta deliberata di utilizzare grammatiche non comuni o non abbastanza comuni che ovviamente non favoriscono il dialogo. Sono proprio queste le armi che, reciprocamente puntate, mettono il sistema in stallo.

Per provare a chiarire il tipo di meccanismo che conduce allo stallo, propongo un esempio che può essere considerato in qualche modo paradigmatico.

Mi riferisco agli sforzi della giurisprudenza – comprensibili e per certi versi encomiabili – volti a fornire ad alcune fattispecie una base ap-

plicativa della quale altrimenti sarebbero prive, per la difficoltà di far corrispondere i fatti concreti alle imprecise, lacunose e ondivaghe descrizioni normative. Molte incriminazioni condannate alla ineffettività, vengono infatti rivitalizzate grazie all'opera di tassativizzazione, non di rado creativa, svolta dalla giurisprudenza. In mancanza di quest'opera, più che ad un uso incontrollato di certe norme incriminatrici, ci troveremmo probabilmente più spesso di fronte alla pratica impossibilità di una loro concreta applicazione, proprio per la inaffidabilità descrittiva del tipo astratto.

Se invece la prassi, magari fidandosi della dottrina, certificasse con più costanza e meno esitazioni la impraticabilità di soluzioni ermeneutiche dichiaratamente adottate per 'necessità', ma disallineate rispetto ai principi, forse così facendo riattiverebbe il circuito entrato in stallo, inducendo il legislatore, al limite con l'aiuto della Corte costituzionale, a trarre da ciò le dovute conseguenze. Il più delle volte però non è questo quel che accade e le forzature della prassi, che forse sbloccano i meccanismi giudiziari nel limitato orizzonte processuale, consolidano lo stallo del sistema nel suo complesso.

Nella dimensione compresa tra teoria e prassi dove il diritto penale, attraverso l'incessante dialogo tra formanti, dovrebbe assumere la sua forma reale, lo stallo è dunque una condizione non solo disfunzionale ma addirittura paradossale.

Sono tuttavia gli stessi artefici dello stallo che devono rimuoverlo e rovesciando completamente lo scenario, (tornare a) stringere tra loro la naturale alleanza che consentirebbe finalmente di indirizzare gli sforzi comuni verso obiettivi di sistema chiari, coerenti e condivisi

Oggi questo auspicio probabilmente suona eccessivamente ottimistico, se non illusorio, ma la memoria cinematografica ci ricorda che nello stallo alla messicana quando la ragionevolezza non prevale e le armi non vengono riposte, gli esiti sono in genere drammatici.