

Loredana Garlati

*Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo  
nell'Italia liberale*

SOMMARIO: 1. Per comprendere Arturo Rocco – 2. I primi decenni del Novecento – 3. La scelta per il penale – 4. Il ruolo dello Stato – 5. Verso lo Stato fascista – 6. La centralità del metodo – 7. Neutralità della scienza penale – 8. Sanzionare e prevenire – 9. La svolta autoritaria: reprimere lo sciopero

*1. Per comprendere Arturo Rocco*

Di Arturo Rocco molto si racconta, non abbastanza si conosce davvero. La conoscenza appare a volte filtrata da pregiudizi o luoghi comuni cui si aderisce più per pigra convenienza che non per scavo effettivo del suo pensiero, spesso decontestualizzato o rivisitato sulla base di valutazioni *ex post* e comunque ideologicamente condizionate. Egli appartenne a quella generazione di giuristi attivi nella prima metà del Novecento apparentemente scissi tra l'*humus* culturale in cui si formarono e la deriva del periodo fascista.

Credo meriti di essere sottolineato con vigore l'avverbio «apparentemente» se si vuole comprendere la parabola intellettuale e politica di un protagonista non marginale di quella stagione di transito da un'Italia liberale (ma non troppo) a una nazione inavvertitamente sospinta, all'indomani del grande conflitto, verso il precipizio di un governo dittatoriale. Si rintraccia, infatti, una sostanziale coerenza nel percorso scientifico del penalista napoletano. Per questo, al fine di comprendere al meglio il rapporto che egli intrattenne con il totalitarismo *à la* Mussolini, occorre porre la questione nella giusta prospettiva: non fu Rocco a cedere improvvisamente alle sirene del fascismo, ma, al contrario, fu il fascismo a nutrirsi dei principi teorizzati da ideologi del suo rango. In altri termini, la presunta 'conversione' di Rocco è in realtà elaborazione in tempi non sospetti di canoni giuridici che il regime fece propri. Lo studio di questa parabola individuale può quindi arrecare un contributo alla comprensione delle matrici giuridico-istituzionali del fascismo.

## 2. I primi decenni del Novecento

Il pensiero di Rocco si forgia negli anni antecedenti l'insediamento del Duce al vertice del Governo; dal 1925 in poi egli sarà a servizio del potere, reclutato, come è noto, dal fratello Alfredo per dirigere la commissione ministeriale incaricata di redigere il progetto del futuro codice penale<sup>1</sup>. E non poteva essere diversamente: al propugnatore del metodo tecnico-scientifico, al difensore della specificità del penale spettava il compito di erigere quel monumento che fu il codice del 1930, la cui elaborazione prendeva le mosse da lontano, da una lunga fase di incubazione in cui Rocco aveva messo a punto edificazioni dogmatiche ed elaborazioni concettuali: insomma, un sistema penale.

All'avvento del regime la cooptazione di Rocco nel *milieu* dei giuristi del momento non dovette destare sorpresa. In fondo si trattava di assoldare quell'*élite* pensante che, come già era avvenuto nell'età dei Lumi, si proponeva quale aristocrazia intellettuale chiamata a guidare e a dominare le masse.

Non è un caso che al periodo dell'attività politica e dell'azione legislativa corrisponda un assordante silenzio intellettuale di Rocco, come se il ventennio precedente avesse in qualche modo esaurito la sua vocazione di studioso e la sua creatività di 'scienziato del penale'. Dalla fase speculativa egli era passato all'attuazione delle dottrine a suo tempo elaborate.

Il Rocco pre-anni Venti può sì definirsi un giurista 'liberale', ma di quel liberalismo che Ferrajoli definisce «conservatore e autoritario, statalistico e patriottico, che non aveva difficoltà ad incontrarsi con il fascismo senza neppure diventare fascista ma semplicemente rimanendo fedele a se medesimo»<sup>2</sup>. E' un intellettuale che grazie alle sue convinzioni e alle sue dottrine diviene un giurista di punta del regime (seppure forse offuscato dal fratello Alfredo) senza avvertire probabilmente un cambio di orizzonte.

Se il fascismo fu la naturale evoluzione (o involuzione) della società dei primi del Novecento, che in sé conteneva i germi dello spirito dell'uomo forte e di una politica dispotica, negli scritti di Rocco se ne rinviene un'efficace testimonianza.

Quando Rocco si definisce l'erede e il continuatore della tradizione giuridica italiana la sua affermazione contiene in fondo una verità. L'idea di esemplarità della pena, dello scopo al tempo stesso di prevenzione e di repressione, della morte come strumento sanzionatorio ammesso unicamente contro i nemici dell'ordine dello Stato sono concetti presenti

---

<sup>1</sup> G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, pp. 261-279.

<sup>2</sup> L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma 1999, p. 36.

neppure tanto sotto traccia già nel pensiero illuministico; ma, se allora rappresentavano elementi di rottura, con Rocco diventano una sorta di anacronistica riproposizione.

Alla luce di queste premesse, non stupisce una certa coincidenza tra i 'valori' propugnati da Rocco e quelli sbandierati dal fascismo. Basterebbe leggere lo scritto del 1915 *Nazionalismo o ignoranza nazionale?* In esso Rocco mette in guardia dal falso nazionalismo degli individualismi umanitari, pacifisti, internazionalistici, mostrando invece aperto favore verso un imperialismo tutto italiano: il Risorgimento era sfociato nel nazionalismo, in un'irrequietudine attivistica che aveva mutato il carattere ideologico risorgimentale in direzione imperialistica ed espansionistica.

Scrivendo in quegli anni: «A questa schiera numerosa e fastidiosa di gracchiatori» (ed egli si riferiva ai sostenitori di quanti nascondevano «sotto la maschera del nazionalismo la faccia di un mal dissimulato egoismo individualistico ed utilitario») «appartengono ad esempio i cosiddetti sociologi, sorta di vagabondi del pensiero che rivelano una innata debolezza mentale e morale: perché lo Stato è per essi nulla più che una giustapposizione atomistica di individui, non l'organica unità della nazione giuridicamente ordinata e personificata»<sup>3</sup>. Sociologi, liberali, democratici, socialisti erano in una parola i nemici della nazione. Proseguiva Rocco: «Ma non crediamo neppure alla pacifica fratellanza degli individui e dei popoli. Che la cultura sia una *res communis omnium* delle nazioni, che non vi siano dogane intellettuali tra le nazioni sono luoghi comuni, ritornelli di vecchie idee. La verità è invece che la cultura di un popolo non è che l'esponente del genio della stirpe, l'indice e il prodotto della razza, cioè della nazione: onde ogni popolo ha la sua cultura che è diversa come è diversa appunto la razza [...]. Orbene tra i mezzi che uno Stato ha di mettere in valore ed imporre la propria cultura nel mondo il massimo è senza dubbio la forza politica e militare di cui lo Stato dispone [...]. L'aspirazione all'affrancamento della cultura italiana da quella delle altre nazioni si lega intimamente a quello che è il programma caratteristico del nazionalismo italico come dottrina politica. Ho detto: l'*imperialismo* italiano»<sup>4</sup>.

L'anno precedente, il fratello Alfredo si era espresso all'incirca negli stessi termini nel saggio *Che cosa è il nazionalismo e cosa vogliono i nazionalisti*. Anche in questa sede si richiamava l'egoismo dei singoli, prodotto dall'individualismo estremo mimetizzato da pacifismo e umanitarismo,

<sup>3</sup> AR. ROCCO, *Nazionalismo o ignoranza nazionale?*, in «Idea Nazionale» del 20 ottobre 1915, ora in ID., *Opere giuridiche*, III, Roma 1933, p. 392.

<sup>4</sup> AR. ROCCO, *Nazionalismo*, cit. n. 3, pp. 393-396.

capace di annientare gli interessi della collettività<sup>5</sup>. Il maggiore dei due (un solo anno divideva Alfredo da Arturo) non mancava, al pari di Arturo, di identificare nazione e razza e di individuare nell'espansionismo coloniale lo strumento di affermazione della prima, dal momento che «il numero è la vera forza delle razze», che «ardite avanzano e conquistano»<sup>6</sup>. E, quasi a ribadire una posizione già sufficientemente chiara, ma considerata centrale nell'architettura ideologica dell'opuscolo, si affermava che «il nazionalismo è attaccamento alla nazione, alla razza, è affermazione della propria razza», a differenza del patriottismo, un sentimento debole, tenue e difensivo. Quel patriottismo che per Alfredo era goffo e sterile attaccamento alla terra<sup>7</sup>, per Arturo si riduceva in apocriefe declamazioni sollecitate dal rombo della guerra<sup>8</sup>.

Non v'è chi non veda tra i due fratelli non una semplice consonanza di pensiero, ma la meditata condivisione di un clima culturale, in cui già emergono quei caratteri che il fascismo non tardò ad assimilare. Il regime (non antisemita né al momento della sua ascesa al potere, né nei suoi programmi successivi)<sup>9</sup> intese in un secondo momento, mediante una mobilitazione aggressiva delle *élite*, rafforzare i connotati dell'uomo nuovo fascista e conferire una coscienza razziale all'Italia per trasformarla in una grande e superiore potenza<sup>10</sup>, come avevano vaticinato Alfredo e Arturo, smentendo poi con le vergognose leggi razziali i presupposti anti razzisti proclamati nel primo quindicennio di governo.

Mussolini in persona si era spinto ad affermare l'inesistenza di una

<sup>5</sup> AL. ROCCO, *Che cosa è il nazionalismo e cosa vogliono i nazionalisti*, Padova 1914, pp. 78-80.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>8</sup> AR. ROCCO, *Nazionalismo*, cit. n. 3, p. 391.

<sup>9</sup> Vi è una parte della storiografia pronta a sostenere che il fascismo «come non fu razzista non fu nemmeno antisemita, né quando sorse, né per numerosi anni [...] e, anche quando Mussolini lo volle tale, l'adesione, anche se spesso rumorosa, della maggioranza dei fascisti alla sua svolta fu soprattutto dettata da conformismo e opportunismo», tanto che lo *slogan* propagandistico del regime fu *discriminare, ma non perseguire*. Così R. DE FELICE, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo. Mussolini e la persecuzione antisemita*, Torino 1993, p. IX dell'*Introduzione alla nuova edizione tascabile* e pp. 64-77. Mosse, sulla stessa linea, afferma: «Mussolini non era razzista [...] [e assunse] sulla questione razziale una posizione clinicamente flessibile» (G.L. MOSSE, *Il razzismo in Europa dalle origini all'olocausto*, Roma-Bari 1980, p. 215). Cfr. anche A. SPINOSA, *Mussolini razzista riluttante*, Roma 1994.

<sup>10</sup> «L'esclusione degli ebrei fu pensata quindi come il motore che avrebbe permesso di rivitalizzare un regime al potere da più di quindici anni [...]. Dal punto di vista del potere fascista, la costituzione di una 'questione ebraica' su scala nazionale rappresentò di per sé un successo» (M.-A. MATARD-BONUCCI, *L'Italia fascista e la persecuzione degli ebrei*, Bologna 2008, p. 12).

razza pura a favore di felici mescolanze. «Razza: questo è un sentimento, non una realtà [...] Io non crederò che si possa provare biologicamente che una razza sia o meno pura. Quelli che proclamano nobile la razza germanica sono per combinazione tutti non germanici [...]. Una cosa simile da noi non succederà mai [...]. L'orgoglio nazionale non ha affatto bisogno dei deliri di razza»<sup>11</sup>. Mai parole furono meno profetiche; mai promessa fu così palesemente tradita.

Quando i Rocco scrivevano, all'inizio del primo conflitto mondiale, lo Stato liberale cominciava a presentare quelle debolezze che consentirono di adattarne le istituzioni al nuovo regime. In esso mancavano quei freni inibitori o anticorpi capaci di impedire un'utilizzazione illiberale degli istituti esistenti. Si proiettava fin d'allora l'ombra lunga dello Stato fascista, che si proclamerà sì totalitario e corporativo, ma che non fu interamente né l'uno né l'altro. Il fascismo pretese di erigere un nuovo Stato, ma riutilizzò abbondantemente elementi e istituzioni pre-fasciste<sup>12</sup>.

### 3. La scelta per il penale

Esaminato sotto una lente più squisitamente giuridica, Arturo Rocco, pur nella evidente propensione per il penale, non disdegnò negli anni spesi presso diverse e prestigiose università (da Urbino a Ferrara, Cagliari, Siena, a Napoli fino ad approdare a Milano e da ultimo a Roma) di cimentarsi nell'insegnamento di altre discipline (dal diritto costituzionale a quello internazionale alla filosofia del diritto)<sup>13</sup>, realizzando da un lato quella 'contaminazione di saperi'<sup>14</sup> da cui sembrò invece prendere le distanze nella celebre prolusione sassarese del 1910<sup>15</sup> e dall'altro acquisendo quella

<sup>11</sup> E. LUDWIG, *Colloqui con Mussolini*, Milano 1950, pp. 71-73.

<sup>12</sup> S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna 2010.

<sup>13</sup> Cfr. L. GARLATI, M.N. MILETTI, *Rocco, Arturo*, in DBGI, II, p. 1705 e bibliografia ivi citata.

<sup>14</sup> «I settori giuridici diversi da quello penale avrebbero dovuto, secondo Rocco, essere sempre tenuti in attenta considerazione, sia per gli apporti da essi forniti alla costruzione di una teoria generale del diritto rilevante anche in ambito penale, sia, più in particolare, per la loro idoneità a offrire elementi di valutazione». Se è vero che in questo caso il riferimento è sempre ad ambiti giuridici, seppure diversi da quello penalistico, nella presa di distanza dalle discipline extragiuridiche professata nella prolusione sassarese il vero intento era di escludere un'influenza e un condizionamento, ma non il ricorso ad esse per una «valutazione critica delle norme esistenti» (G. DE FRANCESCO, *Arturo Rocco*, in CISP – Diritto, p. 377).

<sup>15</sup> «La discussione filosofica, morale, sociale economica, politica, storica e perfino biologica e psicologica circa il fondamento, la giustificazione, la bontà, la convenienza generica

sistematica e quella lucida creazione di categorie nell'ambito penale che molto deve alla metodologia sperimentata in campo pubblicistico da Vittorio Emanuele Orlando, allorché lo studioso siciliano si batté per la distinzione (che non significava segregazione) del diritto pubblico dalle altre scienze sociali<sup>16</sup>.

Al tempo stesso Arturo Rocco è la testimonianza di un giurista che ancora agli inizi del Novecento affronta la questione penale, sostanziale e processuale, nel suo complesso, campo d'indagine e scienza unitaria. Egli, tuttavia, figlio di un orizzonte codicistico in cui la dimensione procedurale si trova in posizione ancillare rispetto al penale materiale, si differenzia dalla lunga esperienza di diritto comune che vedeva il *ius* criminale conformato e trainato dalla dimensione giudiziaria.

L'interesse per il 'penale' nella sua configurazione indivisa è dimostrato dall'ambiziosa e precoce monografia, composta tra il 1900 e il 1901 (sono gli anni della laurea conseguita a Napoli e dell'inizio della docenza universitaria), dedicata all'autorità della cosa giudicata<sup>17</sup>, ossia la «verità

e specifica di un istituto, soffoca e seppellisce lo studio giuridico di esso, quando pure non serve addirittura a escluderlo» [AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in «Rivista penale», 1 (1910), pt. I, pp. 497-521 e 561-582 e ID., *Opere giuridiche* III, cit. nt. 3 (da cui si cita), p. 314]. «Rocco non delegittima i saperi extragiuridici quanto alla loro funzione conoscitiva del diritto, ma quanto alla loro potenzialità "legittimante", "giustificativa" degli istituti normativi. È sul piano della giustificazione del diritto che egli si arresta alla sua esistenza come un dato primigenio per il giurista-interprete, laddove quando si tratta di intenderne origini e scopi, oppure di criticarlo *de lege ferenda*, si dà spazio alla politica, alla filosofia, alla sociologia, alla criminologia etc.» [M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europismo giudiziario*, in «Criminalia» (2010), p. 128, nt.1].

<sup>16</sup> V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in «Archivio giuridico», XLII (1889), pp. 107-124. Si trattava della prolusione ai corsi di Diritto amministrativo e costituzionale, letta nell'Università di Palermo l'8 gennaio 1889.

<sup>17</sup> AR. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, 1932. Il primo volume, riguardante la parte generale, risaliva al 1900 ed era dedicata a Luigi Lucchini, omaggio ad uno dei cd. esponenti della penalistica civile che tuttavia non disdegnò una iniziale 'simpatia' fascista, pur se tra tentennamenti e inquietudini [sul punto si veda la bella voce di M.N. MILETTI, *Lucchini, Luigi*, in DBGI, II, pp. 1207-1211, in particolare pp. 1210-1211]. Nell'introduzione Rocco spiega di essere grato a Lucchini per l'incoraggiamento ricevuto e per la generosità con cui aveva messo a disposizione del giovanissimo e neo laureato studioso «tutta la sua ricca biblioteca ed in ispecie i codici e le leggi straniere così difficilmente reperibili in biblioteche pubbliche» (AR. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata*, cit. p. 24). Non mancavano, peraltro, sintonie su aspetti di merito. Infatti in Lucchini, che dal 1898 era entrato a far parte della commissione nominata da Finocchiaro-Aprile per la riforma del codice di procedura penale, con il compito specifico di predisporre le relazioni in tema di azione penale (oltre che sul profilo della libertà personale dell'imputato: cfr. *Lavori preparatori del codice di procedura*

umanamente conseguibile e la probabile verità»<sup>18</sup>, considerata come causa di estinzione dell'azione penale e definita dall'autore il momento supremo del procedimento penale, «di cui quasi costituisce la pietra sepolcrale»<sup>19</sup>. Qui il presupposto formale (coinvolgente la mera ricerca di diritto processuale) si salda a quello materiale (che involge una ricerca di diritto sostanziale)<sup>20</sup>. Il tema diventa, per dirla con Rocco, una sorta di punto o ponte di transizione tra il penale materiale e formale dal momento che le norme giuridiche penali non sono considerate in sé, in modo statico ed astratto, ma dinamicamente in relazione agli istituti processuali<sup>21</sup>.

Questo in parte spiega anche la lunga eco e le ripercussioni che le impostazioni scientifiche di Arturo Rocco ebbero sulle due branche del penale, tanto che la prolusione sassarese fondante la via del tecnicismo giuridico influenzò non solo il campo dei reati e delle pene ma anche quello del processo<sup>22</sup>.

Ma il *Trattato* è anche espressione del favore mostrato dall'autore verso l'interdisciplinarietà. In esso si avverte infatti il fascino verso la ricostruzione storica, compiuta sulle orme del diritto romano. Inoltre, nella disamina comparatistica svolta al fine di individuare la disciplina migliore del tema, Rocco fissa un principio irrinunciabile: la necessità di un'espressa regolamentazione della questione (a differenza di quanto accadeva nei 'modelli' tedeschi, in cui il principio del *ne bis in idem* non era enunciato espressamente<sup>23</sup>) e la collocazione di tale disciplina nel codice di rito e non nel codice penale<sup>24</sup> (soluzione quest'ultima prescelta, ad esempio, dal codice di San Marino del 1865 e fortemente avversata da Rocco)<sup>25</sup>.

La disciplina vigente nell'ordinamento italiano risultava per Rocco insoddisfacente, ambigua e timida, limitandosi ad annidare tra le pieghe

---

*penale per il Regno d'Italia*, III, Roma 1900, in particolare pp. 9-22), Rocco riponeva forse qualche speranza di vedere accolti nel nuovo rito le proprie dottrine. Nei suoi *Elementi di procedura penale*, Lucchini, controbattendo a Pessina, aveva, al pari di Rocco, considerato la cosa giudicata estintiva dell'azione penale (L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1889, n. 96). A queste considerazioni il giurista napoletano pare ispirarsi, tanto da richiamare più volte il pensiero e l'opera di Lucchini nel corso del saggio monografico.

<sup>18</sup> AR. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata*, cit. nt. 17, p. 238.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 18-19.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>22</sup> R. ORLANDI, *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*, in «Criminalia», cit. nt. 15, pp. 207-225.

<sup>23</sup> AR. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata*, cit. nt. 17, p.148.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>25</sup> Il codice penale di San Marino fu forgiato sulla scia della cultura giuridica italiana, visto il contributo di Zuppetta e Giuliani. Si vedano i saggi raccolti in *Codice penale della Repubblica di San Marino (1865)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova 2004.

delle norme quanto era invece necessario disporre esplicitamente. Il codice penale, infatti, non aveva formalmente annoverato tra le cause di estinzione dell'azione penale la cosa giudicata. Tuttavia, a detta di Rocco, essa non poteva ritenersi esclusa, dal momento che il codice di rito poneva agli artt. 266, 445, 518, 540 il divieto del *ne bis in idem* e «tanto basta perché l'interprete ne deduca la virtù estintiva dell'azione penale concessa al giudicato dal nostro diritto positivo»<sup>26</sup>.

Con insistenza martellata, l'insigne giurista sottolineava la incontestabile estinzione fisiologica dell'azione penale derivante dall'autorità della cosa giudicata, perché è con essa che il processo si esaurisce. Nella necessità logica e storica di porre fine alle contese giudiziarie, occorreva teorizzare una equiparazione tra *res* giudicata e verità raggiunta, l'una e l'altra inespugnabili e inoppugnabili. Essa avrebbe consentito il «raggiungimento del fine e della fine del processo penale con l'armonica soddisfazione dei due supremi interessi procedurali»<sup>27</sup>: quello della repressione, che esige la convinzione e la condanna dei criminali, e quello difensivo, che reclama la preservazione dell'innocenza e la tutela della libertà civile<sup>28</sup>.

La conseguenza è una questione problematica che ciclicamente si ripropone all'attenzione degli operatori giuridici: la necessità o meno della configurazione di un doppio grado di giudizio. Se l'appello altro non è che la rinnovazione davanti a un giudice superiore del giudizio chiuso con il giudicato, di fatto esso mette in discussione il giudicato stesso, trasformandosi in una «contravvenzione al divieto del *bis in idem* che la legge pone»<sup>29</sup>. Convinto abolizionista dell'istituto, Rocco lo giudica «illogico, ingiusto e inopportuno»<sup>30</sup>, un anacronistico retaggio dei tempi passati, contrario sia al fondamento giuridico dell'autorità della cosa giudicata («che è la verità in essa contenuta») sia a quello politico («che è la certezza di questa nella coscienza dei consociati») <sup>31</sup> e del tutto contraddittorio in un sistema processuale basato sul libero convincimento. Avendo sostituito alla «valutazione teorica, legale, artificiale degli elementi probatori preordinatamente elencati e tariffati la libera, logica, naturale valutazione di essa da parte del giudice, l'appello ha perduto la sua ragione d'essere essendo impossibile al giudice di seconda istanza la critica probatoria della sentenza del giudice di prima»<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> AR. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata*, cit. nt. 17, p. 197.

<sup>27</sup> *Ibid.*, cit. nt. 17, p. 239.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 250.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 249.

Vi è un ultimo profilo che merita di essere posto in evidenza: nelle pagine finali, Rocco sottolinea la necessità di fondare la differenza tra potere giudiziario e amministrativo sulla incensurabilità e irrevocabilità delle decisioni prese, valore presente nelle sentenze giudiziarie ma non nella pronunce a carattere amministrativo. «Ora il sistema dell'appello viene a deformare la *funzione* dei magistrati di prima istanza, trasformandola da *giudicante* in *consultiva*; il che manifestamente ripugna alla sua natura. Il *giudice* deve rimanere *giudice*; e perché ciò sia è anche necessario che il suo giudicato, a differenza dell'atto del potere amministrativo, sia *sempre* un atto di autorità, che imponga obbligatoriamente il rispetto a ciò che in esso contiene e proclama: non è lecito introdurre distinzione fra giudice e giudice, fra magistrato di prima e magistrato di seconda istanza, per far sì che questo rimanga e quello cessi di esser giudice, e diventi un semplice *consulente*»<sup>33</sup>.

#### 4. Il ruolo dello Stato

Incensurabilità della funzione non comporta concettualmente l'impossibilità dell'errore dell'uomo-giudice. A quest'ultimo fanno cenno le pionieristiche opere (in cui ancora svolgono un ruolo di rilievo la ricostruzione storica e l'analisi comparatistica) sulla riparazione dei danni provocati da una sentenza dimostrata ingiusta in sede di revisione o da un'ingiusta carcerazione preventiva<sup>34</sup>. In questi scritti riguardanti l'errore giudiziario (quello su cui il vecchio e stanco Beccaria prestatò al ruolo di funzionario asburgico negli anni '90 del Settecento fondava l'argomento

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>34</sup> AR. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in «Annali dell'Università di Urbino», (1901-1902) e in «Rivista Penale», 28 (1902), vol. 56, pp. 249-274, 395-435, 507-555; ID., *La responsabilità dello Stato nel diritto processuale penale*, in «Rivista Penale», 30 (1904), vol. 60, pp. 5-41, 148-175, 269-299. I due lavori confluirono nel volume *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari* (Napoli 1906), ripubblicato inalterato in *Opere giuridiche*, II, cit. nt. 17, pp. 271-624, da cui si cita. Il saggio era dedicato a Fadda e corredato da due appendici: sulla legislazione comparata e sui progetti di legge italiani: cfr. GARLATI, MILETTI, *Rocco, Arturo*, cit. nt. 13, p. 1705. Nelle pagine iniziali, Rocco sfoggia quello che diverrà il suo 'marchio scientifico', ossia l'indipendenza e la specificità del diritto. Dopo aver puntualizzato che il tema dell'errore giudiziario era stato tema prediletto da filosofi, sociologi, cultori della storia e della politica, egli evidenzia con vigore il proprio intendimento: trattare la questione esclusivamente dal punto di vista giuridico, soffermandosi in particolare sulle conseguenze giuridiche di tali errori, ossia la riparazione, per conto e da parte dello Stato, dei danni derivati (AR. ROCCO, *La riparazione*, cit., pp. 277-278).

forse più convincente per assestare gli ultimi colpi abolizionisti dopo la serrata critica contro le ragioni contrattualistiche), Rocco, sulla base dell'inevitabilità dell'errore cui ogni forma di processo ha nei secoli pagato un alto tributo<sup>35</sup>, prende le mosse da Carrara (altro esponente, al pari di Lucchini, della cd. 'penalistica civile' e della cd. scuola classica, anche se la stessa denominazione e l'appartenenza ad essa fu sconfessata da Lucchini in persona) e arriva alla concezione di uno Stato dotato di personalità giuridica.

Vi sono qui i prodromi dello Stato-persona, che opera in una posizione di supremazia rispetto al singolo, uno Stato dotato da un lato del diritto di punire, dall'altro del dovere di riparare.

Per lo Stato italiano, da cui era partito il primo soffio ispiratore di una riforma assurta a diritto costituito presso quasi tutti gli Stati più progrediti – scrive Rocco<sup>36</sup> – l'obbligo di riparazione per l'ingiusta condanna e per l'indebita carcerazione preventiva era rimasta «una meta aspirata e non ancora raggiunta»<sup>37</sup>, pur trovando nel «liberale Leopoldo di Toscana»<sup>38</sup> e nella sua legge penale del 1786 il principio fondante<sup>39</sup>, destinato tuttavia a rimanere una pura e platonica affermazione legislativa per l'incuria dell'amministrazione e per l'esiguità delle risorse disponibili<sup>40</sup>.

Anche i successivi ripetuti tentativi non avevano prodotto alcun risultato, per il timore sia di rendere lo Stato concretamente responsabile sia di un moltiplicarsi delle richieste di indennizzo cui sarebbe stato economicamente impossibile far fronte. Così il codice penale del 1889 non aveva adottato questa proposta<sup>41</sup> e altrettanto vani erano risultati gli sforzi

<sup>35</sup> «Ha le sue vittime il processo inquisitorio, per cui tanto sangue innocente ricorda sparso la storia: ne ha forse altrettante il sistema procedurale misto, che fu pure un trionfo notevole della civiltà moderna sull'antica barbarie processuale. Conta migliaia di errori il metodo delle *prove legali*: altrettante ne conta, lacrimando, il sistema della *certezza dell'uomo*» (AR. ROCCO, *La riparazione*, cit. n. 34, p. 278).

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 284.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 284.

<sup>39</sup> Nella celebre legislazione per la riforma criminale, all'art. 46, il sovrano asburgico equiparava al dovere dello Stato di prevenire, perseguire e punire i delitti quello di indennizzare quanti, per mero caso, senza dolo e colpo, erano stati sottoposti a giudizio, trattenuti in carcere e poi riconosciuti innocenti, con conseguente lesione del loro onore e decoro nonché della loro famiglia. Per questo si intendeva costituire una sorta di Cassa erariale cui attingere per provvedere ad ogni tipo di indennizzo e di risarcimento. L'esempio era stato seguito poi dalle leggi penali per il Regno delle Due Sicilie del 1819 che all'art. 35 prevedeva proprio una cassa delle ammende destinata agli scopi sopra enunciati.

<sup>40</sup> AR. ROCCO, *La riparazione*, cit. nt. 34, p. 285.

<sup>41</sup> Pur rammaricandosi per tale lacuna, Zanardelli aveva rinviato a più maturi tempi e a un più approfondito dibattito dottrinale (nonché a una miglior assetto finanziario dello

compiuti nel decennio successivo<sup>42</sup>.

Per Rocco il vero ostacolo alla recezione del principio risiedeva non in ragioni di carattere economico-politico, ma in motivazioni di natura squisitamente tecnica: la difficoltà di individuare il fondamento giuridico di tale obbligo. Entrare «nelle viscere del problema»<sup>43</sup> significava destreggiarsi non solo tra fautori ed avversari della riparazione del danno, di cui l'autore offriva un ampio repertorio<sup>44</sup>, ma anche fra le diverse teorie messe in campo dai primi per giustificare l'obbligo di intervento da parte dello Stato. Tale fondamento andava ravvisato non nel diritto pubblico, ossia nella dottrina del contratto sociale, né nei principi di diritto privato cui si ispiravano le teoriche del quasi contratto della colpa aquiliana (secondo le quali vi sarebbe responsabilità per fatto illecito proprio o responsabilità diretta) o in quelle del rischio professionale o d'impresa (responsabilità senza colpa), così come erano da respingere le opinioni che negavano ogni fondamento giuridico alla riparazione riconducendola a un puro dovere morale o di equità<sup>45</sup>. Le ragioni andavano invece rintracciate nella teoria giuridica dello Stato, ricondotta a matrice tedesca, ossia nella concezione di uno Stato soggetto sì al diritto ma al solo diritto positivo (relegando, come lo stesso Autore ha cura di rimarcare, al regno delle favole le vecchie idee metafisiche del diritto naturale)<sup>46</sup>.

Lo Stato è quindi persona giuridica, e come tale soggetto capace di diritti, ma al contempo, sottoposto ad obblighi. La causa giuridica dell'obbligo di risarcire non deriva da responsabilità per danno oggettivo discendente da atto illecito, poiché nella ingiusta persecuzione o condanna di un cittadino non vi è nulla di illecito (l'attività giurisdizionale, infatti, rientra comunque nel campo della discrezionalità e della insindacabile opinione

---

Stato) la più che lodevole previsione di tale risarcimento (G. ZANARDELLI, *Relazione ministeriale al progetto di Codice penale per il Regno d'Italia*, Roma 1887, pp. 114-115).

<sup>42</sup> Sulle varie proposte che si succedettero tra il 1886 e il 1913 per introdurre il riconoscimento di un risarcimento economico, oltre che morale, alle «vittime della giustizia», cfr. C. STORTI STORCHI, *Giuria penale ed errore giudiziario. Questioni e proposte di riforma alle soglie della promulgazione del codice di procedura penale italiano del 1913*, in *Error iudicis. Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*, a cura di A. Gouron, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, Frankfurt am Main 1998, p. 300, nt. 155. Cfr. anche A. MONTI, *Errore giudiziario e revisione del giudicato in Italia nella seconda metà dell'Ottocento*, *ibid.*, pp. 157-203.

<sup>43</sup> AR. ROCCO, *La riparazione*, cit. nt. 34, p. 292.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 287-290, nt. 2 e p. 290, nt. 1.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 295-374.

<sup>46</sup> Lo Stato che Rocco tratteggia non conosce limiti al proprio potere legislativo, confinando nella soffitta della storia il tentativo di ritagliare spazi intangibili pre-istituzionali sottratti alla sua *longa manus* (AR. ROCCO, *La riparazione*, cit. nt. 34, pp. 376-377).

del magistrato) né vi è lesione di un diritto soggettivo, ma solo di un interesse, né vi è atto dello Stato (mancando il requisito della *suità* dell'atto), e quindi sua responsabilità diretta, ma semmai responsabilità personale del magistrato<sup>47</sup>. Qui il discorso di Rocco si fa sottile, quando afferma che è vero che il magistrato opera in rappresentanza dello Stato, ma solo quando e finché agisce nell'ambito della funzione affidatagli. Questa funzione non consiste nel perseguire o condannare chicchessia, sia questi colpevole o innocente, ma nel perseguire i veri colpevoli, perché solo entro questi limiti essa soddisfa un interesse dello Stato. L'aver operato con ingiustizia significa aver travalicato tali limiti e aver determinato il venir meno di ogni vincolo di rappresentanza. Di conseguenza, l'atto non è atto riferibile o appartenente allo Stato, ma atto proprio del magistrato e come tale, se ingiusto, dà luogo a responsabilità personale<sup>48</sup>.

Emerge qui la concezione che il magistrato non sia altro che un funzionario dello Stato, una visione che sarà ampiamente ripresa dal fratello Alfredo nel momento in cui tratteggì il rito del 1931, attuando un meccanismo di controllo della magistratura che non fu né eclatante né esplicito. Bastò al fascismo la sottomissione 'funzionario' all'esecutivo, per garantire il rigoroso rispetto delle volontà del regime, tanto che il 16 maggio 1929 Rocco poteva annunciare alla Camera «che lo spirito del Fascismo (...) è penetrato nella Magistratura più rapidamente che in ogni altra categoria di funzionari e professionisti» e che «posta di fronte alla nuova legislazione fascista, la magistratura italiana, piena di dottrina, di senso pratico, ne ha penetrato completamente lo spirito, l'interpreta e l'applica con piena fedeltà».

### 5. Verso lo Stato fascista

Per Rocco lo Stato moderno, soggetto capace di diritti e dotato di personalità giuridica, si rapporta con un altro soggetto di diritto pubblico, ossia il corpo dei cittadini. Ciò trova perfetta applicazione anche nel campo penale processuale e materiale. Ne consegue che il *ius puniendi* dello Stato è da intendersi quale diritto pubblico soggettivo cui corrisponde sia il dovere (giuridico e pubblico) del delinquente di soggiacere alla sanzione,

---

<sup>47</sup> «O l'errore giudiziario è dovuto a un puro *caso fortuito*, ed allora non si tratta né di un fatto dello Stato né di un fatto del funzionario, lecito o illecito che sia [...]. O l'errore giudiziario è dovuto al dolo o alla colpa (negligenza o imprudenza) del funzionario, allora si ha sì un atto giuridico, e un atto giuridico *illecito*, ma non un *atto illecito dello Stato*, bensì un atto *illecito del funzionario*» (*ibid.*, pp. 396-397).

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 398.

sia il diritto (pubblico e soggettivo) dell'offeso di ottenere la protezione del bene leso dal reato. Fra Stato, reo e vittima si stabiliscono pertanto dei rapporti giuridici di diritto penale materiale di cui essi sono giuridicamente soggetti attivi o passivi<sup>49</sup>.

Filtra l'idea dello Stato assorbente l'individuo, il quale non rileva in quanto singolo, ma in quanto componente della collettività, fino al punto da identificarsi e coincidere con lo Stato stesso, negando ogni astrazione individualistica. Come affermerà Mussolini tutto è nello Stato e nulla di umano o spirituale esiste o ha valore fuori dallo Stato<sup>50</sup>.

Ma in questi scritti Rocco mette in luce anche l'altro volto dello Stato, quello sociale, che si propone di promuovere il benessere attraverso una serie di istituzioni e di rapporti giuridici diretti alla pubblica assistenza obbligatoria. La riparazione deve intendersi come «obbligo giuridico pubblico subiettivo»<sup>51</sup>, precisamente un dovere «di assistenza» obbligatoria dettato dalla «solidarietà sociale»<sup>52</sup>, correlato ad un diritto «civico» non automatico e proporzionale al bisogno del danneggiato e dovuto a quanti per sventura furono oggetto di un errore giudiziario<sup>53</sup>.

Paternalisticamente autoritario, lo Stato idealizzato da Rocco si configura come curatore di interessi e di bisogni sociali, pronto a soccorrere i malati, i fanciulli, gli abbandonati, le madri, attraverso una serie di istituzioni mirate alla pubblica assistenza, di norme che regolano tali prestazioni di soccorso statale e di rapporti giuridici relativi alla pubblica assistenza obbligatoria ed è tra questi rapporti che trova la propria sede naturale e la sua esatta collocazione giuridica l'istituto della riparazione.

La fine della grande guerra, la gravissima crisi economica che ne seguì, le

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 380-383. «Allo Stato spetterebbe un diritto soggettivo all'obbedienza dei propri precetti, cui farebbe riscontro l'obbligo dei cittadini di rispettarli», ponendo l'attenzione sull'esercizio della potestà punitiva «come attributo funzionale dello Stato-amministrazione (espresso mediante i compiti assegnati al pubblico ministero)» (DE FRANCESCO, *Arturo Rocco*, cit. nt. 14, p. 378).

<sup>50</sup> La voce *Fascismo (Dottrina)*, in *Enciclopedia Italiana*, XIV, Milano 1932, pp. 847-848, fu scritta da Gentile e la famosa frase «Tutto nello Stato» fu pronunciata da Mussolini alla Scala di Milano nel 1925 e si trova in B. MUSSOLINI, *Opera omnia*, a cura di E. e D. Susmel, Firenze 1956-63, XXI, p. 425.

<sup>51</sup> AR. ROCCO, *La riparazione*, cit. nt. 34, p. 389.

<sup>52</sup> È una solidarietà distinta da quella familiare, corporativa e religiosa: essa infatti «nasce dall'associazione razionale che costituisce lo Stato» e risponde non a un principio di carità o di beneficenza, ma è «l'attuazione d'un principio di *giustizia*, perché risponde a una esigenza indispensabile della cooperazione sociale, ed è l'attuazione di un principio di *uguaglianza*, perché nel suo risultato diventa un mezzo per assicurare a tutti gli uomini un minimo di condizioni di vita» [AR. ROCCO, *La riparazione*, cit. nt. 34, pp. 425-426].

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 421-425.

tensioni sociali del cd. biennio rosso, il succedersi di governi deboli consentirono l'edificazione sulle ceneri dello Stato liberale di una nuova esperienza dittatoriale che produsse, negli anni del suo consolidamento (diretti soprattutto alla ricerca di consenso popolare), un'ampia legislazione in materia di previdenza<sup>54</sup>, intuendo che l'assistenzialismo fosse una delle più formidabili armi di controllo delle masse o – secondo altra prospettiva – riprendendo gli aspetti più qualificanti del *welfare* giolittiano.

### 6. *La centralità del metodo*

Nel tornante delle trasformazioni sociali del primo Novecento si collocano poi la celebre prolusione sassarese e l'avvio del metodo tecnico-giuridico, oggetto di valutazioni ancora oggi contrastanti, essendo per taluni «momento di involuzione della dottrina italiana e per altri espressione di uno sforzo di sistemazione scientifica»<sup>55</sup>. Il 'nuovo' metodo in realtà consentì a Rocco da un lato l'elaborazione di categorie dogmatiche, dall'altro la difesa della specificità del giuridico, ma soprattutto «la tenuta di una rete di principi che non aveva, ovviamente, soltanto una funzione tecnica. Perché nel penale quelli che sembrano aspetti 'tecnici' sono molto spesso valori»<sup>56</sup>.

Coloro che, forse con qualche superficialità, hanno bollato tale metodo con giudizi impietosi non hanno forse tenuto nel debito conto il clima in cui il esso nacque, i suoi tratti e le finalità originarie, preferendo soffermarsi sull'uso che ne fece, forse più che il fascismo, l'età successiva alla caduta del regime, riducendo quasi ad automatismi ciò che invece Rocco concepiva come scienza. Ma non è certo retroattivamente imputabile a Rocco la vuota liturgia che sarà imperante negli anni Cinquanta/Sessanta del Novecento, quando il tecnicismo divenne pretesa per disertare l'impegno culturale e scientifico.

Una sorta non saprei se di strabismo o miopia storica (ma sempre di vizio prospettico si tratta) ha attribuito a Rocco i mali di una lunga stagione del penale, destoricizzando il momento in cui lo studioso partenopeo aveva concepito il suo metodo e la finalità di quell'impegno, che mirava

---

<sup>54</sup> M.G. BONTEMPO, *Lo stato sociale nel Ventennio*, Roma 2010.

<sup>55</sup> Così S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano 2012, pp. 466-467, alle cui ricche note bibliografiche si rinvia per una panoramica tra critici e fautori del metodo.

<sup>56</sup> M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, ora in ID., *Storia del diritto penale e delle giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, t. II, Milano 2009, p. 1012.

a restituire dignità, identità e scientificità ad un penale «che si affanna oggi nella ricerca tormentosa di sé fra il vecchio che spesso non regge e il nuovo che poco o nulla dà»<sup>57</sup>. Quando Rocco recita la sua celebra prolusione, intorno vi sono le macerie di un glorioso passato, o, se vogliamo, gli avanzi lasciati sul campo dallo scontro tra le scuole e l'effimera traccia di un orientamento socialista abortito sul nascere.

Rocco mirava a depurare la scienza giuridica penalistica da «incrociature culturali caduche e deteriori»<sup>58</sup>, che con la loro contaminazione avrebbero finito per privare di identità il diritto penale trasformandolo in un campo di contesa, preda di istanze criminologiche e sociologiche. Egli aspirava a un penale che nel rango di vera scienza giuridica sapesse fronteggiare e dialogare con le 'altre' scienze, senza confondersi con esse per non correre il rischio di trasformarsi in un ibrido. E soprattutto la svolta tecnicistica consentì la sopravvivenza e la salvaguardia di alcuni postulati liberali, come il principio di legalità identificato con la centralità della legge penale, evitando le

nefaste semplificazioni positiviste, tutte orientate verso un penale illiberale ed autoritario [...]. Senza quel risanamento, il fascismo avrebbe avuto sotto mano un diritto penale guastato da sincretismi e ricomposizioni tra 'scuole' ormai obsolete, sfigurato da cattivi sociologismi e peggiori antropologismi, tecnicamente sfiancato e gestito da mediocri giuristi<sup>59</sup>.

Non era uno splendido isolamento quello verso il quale Rocco voleva relegare il diritto penale. Facendo proprie le istanze di alcuni dei giuristi contemporanei, egli tendeva a realizzare un'interdisciplinarietà che rispettasse tuttavia gli specifici perimetri di ogni scienza e recuperasse i peculiari connotati di una disciplina, come quella giuridico-penale, munita d'un proprio oggetto, di proprie finalità, scopi, limiti<sup>60</sup>.

«A me sembra di poter dire – scrive Sbriccoli – che Rocco imposta

<sup>57</sup> AR. ROCCO, *Il problema del metodo e della scienza del diritto penale*, in ID., *Opere giuridiche*, III, cit. nt. 3, p. 273.

<sup>58</sup> M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, ora in ID., *Storia del diritto penale*, cit. nt. 56, p. 825.

<sup>59</sup> SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit. nt. 56, pp. 1030-1031.

<sup>60</sup> «Questo studio è necessariamente uno studio *tecnico giuridico*, perché altri *mezzi* non si hanno, nella conoscenza scientifica del diritto, se non quelli forniti dalla *tecnica giuridica*: ma ciò non vuol dire che il cultore del diritto penale non debba assumere talvolta la veste dell'antropologo, del psicologo e del sociologo; e neppure che in questo studio tecnico del diritto non si possa, e non si debba, anzi, seguire un *metodo positivo e sperimentale*. Distinzione non è separazione e tantomeno divorzio scientifico» [AR. ROCCO, *Il problema del metodo*, cit. nt. 57, p. 290].

piuttosto correttamente, e in termini che appaiono ‘moderni’, il rapporto tra il diritto penale come scienza *giuridica* e le altre scienze sociali»<sup>61</sup>.

Corrono oggi per le mani di tutti trattati e monografie e articoli, così detti, di diritto penale in vista di taluno dei quali c'è da domandarsi, tra l'altro, se una scienza che si chiama *diritto penale*, sia, o non sia, una scienza giuridica. C'è dell'antropologia, della psicologia, della statistica, della sociologia, della filosofia, della politica; tutto, insomma, qualche volta, tranne che del *diritto*<sup>62</sup>.

Rocco temeva il vuoto formalismo, la teoria astratta e l'esercizio scolastico, pericoli che presagiva insiti nel suo metodo: mai timore fu più profetico. Forse gli si può ascrivere che la pretesa scientificità del diritto penale aveva a che fare con un oggetto, ossia il diritto, che non era una scienza esatta e pertanto l'ossequio cieco e la fiducia incondizionata nella *forma legis* potevano condurre a esiti incontrollabili.

È proprio di fronte alla prolusione sassarese che la tentazione di trovare segnali premonitori o anticipazioni del penale dello Stato totalitario diventa forte, retrodatando al 1910 quello che invece è maturazione di un più complesso processo storico.

Di fascista, di eversivo quel metodo non aveva nulla, anzi, raccoglieva, oltre a quelle di Orlando, le invocazioni di Pozzolini (seppur mai ricordato nella prolusione), che chiedeva di distinguere il diritto penale dall'antropologia, dalla sociologia, dalle scienze naturali in genere, altro rispetto a una scienza pratica come il diritto penale<sup>63</sup>. «L'aver battuto questa via quando era in maggior fiore l'antropologia criminale fa del Rocco uno scrittore coraggiosamente pugnace», scriverà Alfredo De Marsico<sup>64</sup>. Possiamo dunque dire che quella chiusura (di segno ideologicamente conservatore, se non addirittura autoritario), imputata al metodo propugnato da Rocco, era in realtà una svolta condivisa da una parte non esigua dell'ambiente giuridico italiano.

Se si volesse tentare un'audace sintesi, dovremmo dire che è ontolo-

<sup>61</sup> M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, ora in ID., *Storia del diritto penale*, cit. nt. 56, pp. 577-578.

<sup>62</sup> AR. ROCCO, *Il problema del metodo e della scienza del diritto penale*, in ID., *Opere giuridiche*, III, cit. nt. 3, p. 266.

<sup>63</sup> A. POZZOLINI, *Verso il nuovo diritto penale*, Pisa 1908, p. 6.

<sup>64</sup> A. DE MARSICO, *Arturo Rocco*, in AR. ROCCO, *La pena e altre sanzioni giuridiche [...] preceduta da uno studio critico su l'oratore di Alfredo De Marsico*, Città di Castello 1917, p. 6, ma già comparsa in «L'eloquenza», 6 [31 maggio 1917], fasc. 9-12. A prodromi e avvisi del metodo di Rocco negli ultimi eredi della penalistica civile fa riferimento SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit. nt. 61, p. 577.

gicamente impossibile parlare di fascismo prima del fascismo e non si può imputare al Rocco operante nel secondo decennio del Novecento di aver forgiato un diritto penale totalitario in vista dell'avvento politico del Duce. Seppur auspicata, la salita al potere dell'uomo forte non poteva essere prevista con doti di così certa chiaroveggenza da elaborarne, già nel 1910, gli strumenti legislativi, soprattutto di natura repressiva.

Non vi erano intenti anticipatori o precognitivi: a Rocco premeva 'semplicemente' dare una svolta al diritto penale. Quello che il fascismo fece del suo pensiero fu atto proprio del fascismo.

### 7. Neutralità della scienza penale

Rocco, al contrario di Vincenzo Manzini e della sua prolusione torinese, di dieci mesi successiva a quella di Sassari<sup>65</sup>, tentava di fare del diritto penale un elemento neutro, privo di connotati politici, e sarà proprio questo, paradossalmente, a consentirne l'adattamento a istanze volta per volta diverse. Il tecnicismo, paravento di scientificità e apoliticità, consentirà a Rocco di divenire il legislatore del penale che tutti conosciamo e al

<sup>65</sup> V. MANZINI, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*, in «Rivista penale», LXXIII (1911), pp. 5-14 (prolusione tenuta all'Università di Torino il 22 novembre 1910). Qui Manzini metteva a punto un vero e proprio programma di repressione penale, che passava dalla critica alla mitezza delle pene alla nostalgia di una pena capitale abolita *troppo presto* (per parafrasare la celebre frase lombrosiana al varo del codice Zanardelli: C. LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo codice penale*, Torino 1888), dall'aspirazione a milizie private pronte a combattere la criminalità (MANZINI, *La politica criminale*, cit., p. 11) alla richiesta di un uso libero delle armi contro i nemici dell'ordine pubblico, una sorta di 'battaglia etica' diretta a sconfiggere l'erronea convinzione per la quale si stimava vergognoso portare armi a propria difesa: «Non solo l'uso delle armi contro gli aggressori rappresenta l'esercizio di una facoltà – rincarava Manzini – ma è anche l'adempimento di un dovere sociale», consistente nel dare un contributo a «rintuzzare la temerarietà e la protervia dei malviventi, a intimidire e disperdere la malavita» (ivi, p. 8). L'idea dell'eccessiva mitezza e indulgenza verso i malfattori (il sentimentalismo deriso nella relazione introduttiva al codice di procedura penale del '30, di cui Manzini può dirsi l'*author* unico: *Relazione del Guardasigilli al Progetto Preliminare di un nuovo Codice di Procedura Penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma 1929, p. 7) si accompagna alla richiesta di reintrodurre la pena di morte, con cui l'Italia «si era presa il lusso, unica tra i grandi Stati, di appagare una lunga e generosa aspirazione della sua classe colta» (MANZINI, *La politica criminale* cit., p. 10). «Credo che si possa dire che in questa prolusione c'è molta più anticipazione e 'promessa' di fascismo di quanto se ne possa vedere, specie se non si guarda bene, nella 'politicità dell'apolitico' che si rimprovera – peraltro giustamente – all'Arturo Rocco del 1910» [SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit. nt. 59, p. 1006, nt. 11].

«suo» codice di sopravvivere alle temperie e alle torsioni politiche che hanno caratterizzato la nostra storia lunga più di settant'anni. Rocco (o meglio, il suo metodo) finì per anestetizzare l'impatto autoritario del diritto penale, accendendo i riflettori sulla indubbia qualità tecnica dell'impianto, la stessa che fece dire a molti che il tecnicismo aveva messo al riparo il codice dalle infiltrazioni fasciste, così da poter restare operativo anche in una realtà dal respiro repubblicano, democratico, costituzionale<sup>66</sup>.

Va sottolineato, inoltre, che la prolusione sassarese non nasce da un'intuizione del momento, ma è la messa a punto di un *iter* racchiuso in una decina d'anni, spesi da Rocco a difendere la peculiarità del penale e l'autonomia del suo studio.

Possiamo trovarne le anticipazioni nello scritto *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*<sup>67</sup>, edito nel 1904, anche questo dedicato a Lucchini. Uno scritto *d'occasione*<sup>68</sup> in cui i temi della purezza del diritto, liberato dalle pastoie delle altre scienze, sono enunciati con sorprendente chiarezza e dove lucidamente si trova elaborata la teoria della doppia funzione della pena e il duplice binario della sua finalità: essa è sì intesa come strumento di prevenzione generale e speciale, ma una prevenzione che si realizza

<sup>66</sup> Per tutti, cfr. G. NEPPI MODONA, *Storia e ideologia del diritto penale dall'illuminismo ai nostri giorni*, in *Giustizia penale e poteri dello Stato*, a cura di C.F. Grosso, G. Neppi Modona, L. Violante, Milano 2002, p. 175. La stessa operazione avverrà per il codice di procedura penale: sul punto mi permetto di rinviare a L. GARLATI, *Novità nel segno della continuità: brevi riflessioni sulla processual penalistica italiana di ieri e di oggi*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri, M. Pifferi, Milano 2011, pp. 285-306.

<sup>67</sup> Già in questo scritto si trova con forza enunciata l'idea di un rapporto giuridico tra lo Stato-persona (detentore del potere di punire inteso originariamente più come *signoria di fatto* che *potestà di diritto*) e la persona suddito, che si trova in una condizione di sottomissione e di obbedienza politica, temi che, come si è visto, saranno ribaditi a più riprese nella produzione scientifica di Rocco [AR. ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato 1904; poi in «*Giustizia penale*, 11 (1905), col. 401-408 e 441-451; e in *Opere giuridiche*, III, cit. nt. 3, pp. 127-152, da cui si cita]. Nella sua evoluzione, tale potere ha perso il carattere di assolutezza in ragione dell'affermarsi nel diritto positivo della qualità di *soggetto giuridico* di ogni uomo in quanto tale. «Non potendo la persona, cui giuridicamente si riconosce il valore di *fine*, assumere invece, nelle mani dello Stato, il valore di *mezzo*, e per essere *oggetto* di un diritto, perdere la sua qualità di *soggetto*», ne deriva non l'impossibilità di un diritto di punire come diritto assoluto dello Stato sulla persona del reo, ma solo l'esigenza che esso ne rispetti la personalità attraverso l'eliminazione di quegli istituti contrari a tale assioma (ad esempio, infamia, forgiudica ecc.). Il rapporto giuridico penale, quindi si instaura tra due soggetti, di cui attivo (lo Stato) e l'altro passivo (il reo); il primo detentore di una pretesa giuridica e l'altro di un dovere giuridico.

<sup>68</sup> Questa la definizione di Rocco (AR. ROCCO, *Sul concetto del diritto*, cit. nt. 67, p. 131).

mediante la repressione, l'intimidazione, la coazione fisica, l'eliminazione del nemico<sup>69</sup>.

È una pena dotata di un'efficace funzione deterrente, forte di una tradizione giuridica snocciolata nell'apparato di note che Rocco dispiega a corredo del saggio. Oltre alla consueta e ben padroneggiata penalistica tedesca, Liszt in testa, vi è una rapsodica rassegna della letteratura italiana, da Romagnosi a Carrara, da Impallomeni a Brusa, Civoli, Pessina, Lucchini, ossia il florilegio della cd. penalistica civile, con incursioni nella pandettistica e nella civilistica: Windscheid, nella traduzione di Fadda e Bensa, Puchta, Jhering, Gianturco, Chironi e l'immane Orlando.

### 8. Sanzionare e prevenire

Dopo la prolusione sassarese, Rocco mette alla prova il suo pensiero in una serie di saggi: il primo è *Loggetto del reato* (questa volta dedicato, e a ragion veduta, al fratello Alfredo), edito nel 1913 e ripubblicato invariato circa vent'anni dopo, nelle temperie del fascismo, ideale cerniera di una teoria del penale che salda i due emisferi di uno stesso globo giuridico, tentativo di costruzione dogmatica del diritto penale positivo vigente.

Segue la prolusione pronunciata nel 1917 nell'Università della sua Napoli<sup>70</sup>, all'atto della successione alla cattedra che era stata di Enrico Pessina. Nell'occasione Rocco sostenne che i criteri metodologici esposti nella prolusione sassarese erano divenuti di comune dominio, godevano dell'adesione della maggioranza degli scrittori e, ciò che più importava allo studioso, dei giovani nelle cui mani l'avvenire della scienza serenamente si affidava<sup>71</sup>.

In questo scritto Rocco ribadiva, con maggior vigore e con un linguaggio divenuto più aggressivo, quanto già enunciato nello scritto del 1904: ciò che distingue la sanzione penale dalle altre tipologie sanzionatorie giuridiche risiede nel fatto che queste ultime hanno come scopo la riparazione, la restituzione, la reintegrazione; quelle penali invece si propongono come

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp. 148-150, nt. 3.

<sup>70</sup> Si tratta della prolusione del 17 febbraio 1917: *La pena e le altre sanzioni giuridiche* in «Rivista penale», XLIII (1917), vol. 85, pp. 329-349; in *Leloquenza*, cit. nt. 64, pp. 3-7; infine in *Opere giuridiche*, III, cit. nt. 3, pp. 433-457 da cui si cita.

<sup>71</sup> AR. ROCCO, *La pena*, cit. nt. 70, p. 435. L'autore, pur non nascondendo le critiche rivolte al metodo tecnico-giuridico, le liquida come presuntuose, inconcludenti, contumeliose e banali, proprie dei falsi sapienti, e tali da nulla togliere al valore delle cose dette, dal momento che «la verità ha per sé medesima tal forza espansiva e insieme tanta semplicità che una volta trovata la si riconosce e più non se ne dubita» (*ibidem*, p. 435).

mezzi di prevenzione sociale o individuale<sup>72</sup> e quindi comprensivi *anche* di quei mezzi che nelle *Lezioni di diritto penale* assumeranno un *etymon* preciso: misure di sicurezza. Esse saranno sbandierate da Rocco stesso come «una novità legislativa certo fondamentale, forse la più importante fra quelle introdotte dal nuovo Codice Penale del 19 ottobre 1930»<sup>73</sup>. Le misure di sicurezza miravano non a soppiantare le pene propriamente dette (mezzi repressivi di lotta contro la criminalità) ma a svolgere una funzione di difesa contro la delinquenza per «segnare l'alba legislativa di un nuovo sistema preventivo di lotta contro i reati»<sup>74</sup>.

Se scopo della sanzione è, come si è ricordato più volte, la prevenzione (e quindi la difesa), la sanzione giuridica non può che essere una minaccia<sup>75</sup>:

Ora chi dice minaccia dice pericolo, e chi dice pericolo dice timore, cioè intimidazione. L'intimidazione non è che forza, violenza, coazione [...]. La sanzione giuridica non è che coazione psico-sociale drizzata al fine della prevenzione generale, è l'unico che a noi consenta e conceda la concezione deterministica del volere.

Ciò che può distogliere il reo dal delinquere nuovamente, precisa Rocco, è il ricordo del dolore patito, cui si attribuisce una virtù educatrice nonostante sia una provvidenziale legge di natura l'oblio del dolore passato, quasi una legge generale di conservazione degli esseri<sup>76</sup>. La memoria del dolore può assumere una psichica forza intimidatrice se chi l'ha sperimentato ha la certezza del suo ripetersi in futuro come inevitabile conseguenza di una nuova violazione del diritto.

La pena non può essere un accidente sociale (ossia la reazione della società contro il delinquente) di cui si occupa la sociologia criminale, né un fatto meramente politico (quale strumento di lotta in mano allo Stato contro la criminalità), o filosofico (nella ricerca di una giustizia razionale che regoli il rapporto tra il singolo e la società). Essa, per Rocco, è un fatto giuridico sottoposto all'impero del diritto penale, contenuto di un rapporto giuridico e oggetto di un diritto subiettivo vero e proprio, materia della

<sup>72</sup> AR. ROCCO, *La pena*, cit. nt. 70, pp. 435-436. La finalità preventiva e le questioni poste dai temi di pericolosità sociale erano state affrontate ne *Il metodo dello scopo nel diritto penale. Contributo a una teoria filosofica del diritto di punire*, in: «Rivista penale», 37 (1911), vol. 73, fasc. 1, pp. 15-34. Sul ruolo della funzione della pena, cfr. da ultimo DE FRANCESCO, *Arturo Rocco*, cit. nt. 14, pp. 377-378.

<sup>73</sup> AR. ROCCO, *Lezioni di diritto penale*, Roma ss. d., p. 11.

<sup>74</sup> *Ibid.*, pp. 11-13.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 438.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 442.

scienza del diritto penale, intesa nel suo più stretto ed esatto senso.

### 9. *La svolta autoritaria: reprimere lo sciopero*

Nel fare del penale un insieme di principi di diritto (come già nel privato), Rocco rendeva il penale un diritto dello Stato. Perché, al di là delle dichiarazioni di intenti, non si trattava solo di elaborare formule, ma di fare di quei principi valori, così che il principio di legalità, sventolato come baluardo di difesa dell'individuo dall'autoritarismo, finì per esaltare il ruolo della legge dello Stato a prescindere dal contenuto valoriale, distorcendone il significato. Il rapporto certezza/equità, letto come vittoria della forma legge sull'arbitrio, strumento di incertezza, finirà per legittimare la morte, la violenza, la superiorità della razza, la negazione dei diritti.

Rocco delineava la struttura portante di una costruzione i cui materiali erano forniti dall'arsenale del presente culturale e giuridico. Egli riciclava per il penale le concezioni di Orlando, come si è messo in evidenza, ma al tempo stesso consegnava al futuro prossimo una riflessione preguata di possibili sviluppi. Se il diritto penale voleva elevarsi a scienza era necessario usare mezzi scientifici e tecnici. Egesi, dogmatica, sistematica, critica<sup>77</sup>: gli strumenti indicati nella prolusione sassarese per rendere il diritto penale scientifico erano tratti dall'armamentario del diritto civile, modello compiuto di giuridicità.

È la concezione di uno Stato forte, capace di reagire con ogni mezzo agli attacchi alla sua esistenza, era ribadita in un testo degli anni Venti, dal titolo eloquente: *Diritto o delitto? A proposito degli scioperi nei servizi pubblici*<sup>78</sup>. Lo scacchiere politico era mutato ed esisteva ormai un interlocutore in grado di cogliere e raccogliere il grido d'allarme lanciato contro la mancata repressione della marea montante degli scioperi, definiti una specie di guerra dichiarata da gruppi di lavoratori alla Nazione e allo Stato che la personificava<sup>79</sup>. Rocco invocava la repressione penale contro costoro (in particolare se ad incrociare le braccia fossero quanti operavano

<sup>77</sup> AR. ROCCO, *Il problema del metodo*, cit. nt. 57, p. 297.

<sup>78</sup> AR. ROCCO, *Diritto o delitto? A proposito degli scioperi nei servizi pubblici*, in «Idea Nazionale» (23 gennaio 1920) e poi ripubblicato in *Opere giuridiche*, III (cit. nt. 3), pp. 467-477.

<sup>79</sup> «Lo sciopero degli addetti a un pubblico servizio non è soltanto, anzi non è affatto un mezzo e una forma di lotta del proletariato contro una privata impresa capitalistica, un episodio dell'eterna lotta economica fra capitale e lavoro. Esso rappresenta, ben più, l'urto politico di una classe, o meglio ancora, di una categoria di cittadini contro la collettività sociale» (AR. ROCCO, *Diritto o delitto?*, cit. nt. 78, p. 467).

nei pubblici servizi), senza lamentare un'insufficienza della legislazione penale. A differenza di molti, infatti, egli non chiedeva un'integrazione delle norme esistenti, ritenute già sufficienti per individuare in questi scioperi il reato di interruzione di pubblici servizi e funzioni. Al di là di questo, Rocco si spingeva fino a negare che lo sciopero fosse un diritto o un esercizio di libertà: in esso egli ravvisava gli estremi di un'azione illecita, civilmente e penalmente<sup>80</sup>.

Concludeva l'autore<sup>81</sup>:

Non dunque l'insufficienza delle leggi penali vigenti giustifica l'inerzia repressiva dell'azione di Governo e del potere giudiziario di fronte all'odierno spaventoso dilagare degli scioperi nei pubblici servizi. E che cosa allora? Forse la convinzione dell'inefficacia e dell'inidoneità della pena a fronteggiare il pericolo sociale che da essi deriva? Se così fosse l'errore sarebbe più grave. D'accordo che prevenire gli scioperi valga meglio assai che reprimerli. Ma non è men vero che dove, come nel caso, l'opera preventiva dello Stato abbia fallito [...], altro rimedio non resta se non la repressione. Non però la repressione disciplinare soltanto, bensì anche la repressione penale.

Il brano simboleggia lo snodo cui si era giunti: la debolezza di uno Stato inerme e disarmato di fronte alla rivolta sociale non era più tollerabile. Era scoccata l'ora di uno Stato forte cui competeva un penale altrettanto forte, capace di ristabilire l'ordine politico, sociale giuridico.

La svolta autoritaria investì anche il penale e le categorie messe a punto sarebbero state poi riempite di contenuto da Rocco stesso nel momento in cui avrebbe dato vita al codice, piegando il formalismo scientifico alle nuove esigenze politiche<sup>82</sup>. Ma il corto circuito tra Stato e legge (che generò il diritto penale totalitario) si colloca negli anni del fascismo e non può essere retrodatato.

Sarebbe discutibile che [...] ci si limitasse a una lettura sommaria e 'politicamente orientata' del pensiero di Rocco, bollandolo come espressione di un positivismo militante o 'di regime', e trascurando invece la sua più profonda vocazione di studioso interessato al nitore concettuale della costruzione giuridica<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> *Ibid.*, pp. 467-470.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 471.

<sup>82</sup> «A seguito della sua adesione al fascismo, egli [Rocco] declina» il suo credo scientifico, espresso negli scritti di primo Novecento, «in un'ottica più accentuatamente repressiva» (DE FRANCESCO, *Arturo Rocco*, cit. nt. 1, p. 376). Cfr. G. NEPI MODONA, M. PELLISERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12: *La criminalità*, Torino 1997, pp. 757-847.

<sup>83</sup> DE FRANCESCO, *Arturo Rocco*, cit. nt. 14, p. 379.

Rocco è uomo del suo tempo che vive le ansie per uno Stato ancora fragile<sup>84</sup>:

Il diritto non è solo organizzazione di pace. Esso è, al tempo stesso, organizzazione di lotta. Nel sistema delle sanzioni giuridiche è la lotta che il diritto combatte per la conservazione e la difesa della sua stessa esistenza [...]. Ricordiamolo, in questo momento, o giovani d'Italia [...]. La guerra, che noi combattiamo, non è che rivoluzione per rivendicare i diritti della stirpe italiana nel mondo [...]. Sia, questa rivoluzione, per noi non dissolvitrice soltanto ma creatrice e ricostruttrice. Nella ferma volontà di costruire a noi stessi la nuova nostra era, nell'orgoglio di dover a noi stessi creare la nostra storia medesima, è la fiducia nei venturi destini della patria italiana.

Così si rivolgeva agli studenti nella prolusione napoletana. Era il 1917. La prima guerra mondiale aveva raggiunto il suo culmine. Sarebbe sì sorta l'alba di un nuovo giorno cui guardare con fiducia. Ma quell'alba avrebbe ben presto consegnato all'Italia i suoi giorni più bui.

---

<sup>84</sup> AR. ROCCO, *La pena*, cit. nt. 73, p. 457.

