

Antonella Simone

**La ricerca della verità  
e la «pianta topografica» nel processo penale.  
Note sui moderni esperimenti probatori nei primi anni della  
restaurazione borbonica**

*The search for truth and the «topographical plan» in the criminal process.  
Notes on modern evidentiary experiments in the early years of the bourbon restoration*

SOMMARIO: 1. Dopo il sistema della prova legale. Il Giudice Istruttore - 2. Le norme sull'intimo convincimento, tra dibattimento pubblico e motivazione - 3. La giustizia praticata - a) Il delitto Mainardi e quello in danno del Gaiano - b) Il caso Tisi - 4. Una nuova 'prova regina' - 5. Un sistema di prova misto.

ABSTRACT: The penal rite governed by the Codice per lo Regno delle due Sicilie of 1819, born in years of tensions and legislative and institutional changes, but above all socio-cultural, reveals the foreign influence, but also has its own and innovative characteristics connected to local protection needs. The changes of the "mixed" procedural model and the system of guarantees for the accused are emblematic, but are emblematic above all the measures put in place so that the judge's intimate involvement in the fact could overcome the system of legal evidence without committing new 'abuses'.

KEYWORDS: legal evidence, free conviction, expertise.

## 1. Dopo il sistema della prova legale. Il Giudice Istruttore

Nella causa «dell'assassinio in persona del Tavernaro de' Bagni», la Gran Corte Criminale della Provincia di Principato Citeriore, con provvedimento del 25 novembre 1819, delegava ad «un Giudice Istruttore»<sup>1</sup> l'acquisizione degli elementi probatori. E proprio l'ampiezza dell'*iter* e la minuzia dell'attività istruttorie, la distinzione di fasi e attribuzioni, come la discussione e prudente valutazione degli strumenti impiegati, costituiscono i fattori che connotano precipuamente i processi celebrati dinanzi al sommo tribunale istituito con la legge sull'organizzazione giudiziaria del Regno emanata nel 1808. Con un'ampia distribuzione sul territorio, dislocata uno in ogni provincia, si stabilì che dovesse comporsi di un presidente, cinque giudici, un procuratore regio e un cancelliere e che le sue sentenze fossero ricorribili per motivi di legittimità<sup>2</sup>: «dalla legge organica giudiziaria del 20 maggio 1808 ai Tribunali di appello e a quelli criminali fu data la denominazione di Corti con decr. 29 maggio 1809. Avvenuta la restaurazione furono chiamate Gran Corti criminali». Tali Collegi «giudicavano in prima ed unica istanza tutte le cause di 'alto criminale' e, in grado di appello, le sentenze emanate dai Giudici di Circondario»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Archivio di Stato di Salerno (da ora ASSA), *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 5, f. 2 r.

<sup>2</sup> Cfr. *Legge che contiene l'organizzazione giudiziaria*, 20 maggio 1808, *Bullettino delle leggi del Regno di Napoli*, I, gen.-giu.-1808, Napoli 1808, n. 36, pp. 209 ss. Fu disposto che la giustizia criminale sarebbe stata esercitata dai giudici di pace, competenti nei giudizi correzionali come in quelli criminali di lieve entità, e dalle Corti criminali aventi la stessa sede dei tribunali civili di prima istanza (cfr. tit. IV, n. 27; tit. VII, nn. 48, 49). F. Sclopis non mancò di evidenziare che «fu memorabile il giorno 20 Maggio 1808» promulgandosi «il regolamento di procedura nei giudizi criminali, la legge sopra l'organizzazione giudiziari assimilata a quella di Francia, e la legge sui delitti e sulle pene» (*Storia della legislazione italiana dall'epoca della rivoluzione francese, 1789, a quella delle riforme italiane, 1847*, III, parte II, Torino 1864, p. 550). Riscontri in S. Vinci, *La giurisprudenza penale della Corte di Cassazione di Napoli nel decennio francese*, in F. Mastroberti - S. Vinci (cur.), *Le Supreme Corti di Giustizia nella storia giuridica del Mezzogiorno*, Napoli 2015, spec. pp. 129s., 134-137.

<sup>3</sup> «Avverso le loro decisioni si poteva ricorrere alla Suprema Corte di giustizia». Così in L. Cassese (cur.), *Guida storica dell'Archivio di Stato di Salerno*, III sezione, *Archivi giudiziari*, Salerno 1957, pp. 183s., ove è segnalata la presenza di molti incartamenti, oggetto di un'inventariazione del tutto sommaria, che di fatto è rimasta tale. Le Corti criminali potevano assumere «il titolo di G. C. Speciali, col numero di 8 giudici votanti, in caso a) di reati contro la sicurezza interna dello Stato; b) di reati contro la fede pubblica; c) di associazioni segrete; d) di misfatti di pubblica violenza; e) di evasioni dai luoghi di pena; f) di recidiva di misfatti». Le attribuzioni delle G.C. Speciali, «per quanto riguardava i reati militari, venivano affidate ai consigli di guerra di guarnigione in ciascuna provincia», p. 184. Con il ritorno dei Borbone l'«istituto» fu riordinato con «la legge organica del 29 maggio 1817, col nome già ormai

In periodi di tensioni ed impattanti mutamenti legislativi ed istituzionali, ma più di tutto socio-culturali, l'osservazione delle 'carte' e dei verbali giudiziari prodotti dalla Corte salernitana negli anni appena successivi al ripristino della dominazione borbonica consente di raffrontare il tenore dei precetti con le prassi seguite, rappresentando l'occasione per vagliare le risposte registrate nell'applicazione di un'originale e complessa normativa criminale. L'analisi degli strumenti utilizzati per gestire il conflitto delle parti, dei 'discorsi' e delle prove adoperate nei processi, consente di soppesare - con maggior aderenza rispetto alle astratte parole di fonti formali e trattati - le tutele rese, ma anche i margini di libertà accordati al giudicante, dunque di valutare, tra continuità e fratture, l'effettività della 'giustizia' e dei suoi mezzi, nonché gli scopi di volta in volta perseguiti.

Dopo la riforma dell'amministrazione giudiziaria promossa da Giuseppe Bonaparte e chiusosi il 'decennio francese'<sup>4</sup>, il giudizio penale e la sua regolamentazione ripresero ad infervorare i dibattiti e la *scientia iuris*<sup>5</sup>. Accanto ad idee ed indirizzi innovativi, non erano mancati i richiami nostalgici, nella ricerca delle scelte legislative e valoriali più consone alle 'esigenze' delle varie realtà

---

entrato nell'uso comune di Gran Corte Criminale». Cfr. G. Greco, *L'evoluzione del controllo sociale: dal Tribunale straordinario alla Gran Corte Speciale*, in E. Granito - M. Schiavino - G. Foscarì (curr.), *Il Principato Citeriore tra ancien régime e conquista francese: il mutamento di una realtà periferica del Regno di Napoli*, Atti del Convegno di Salerno 14-16 maggio 1991, Salerno 1993, p. 317. Cfr. in tema anche R. Feola, *Dall'illuminismo alla restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie*, Napoli 1987, spec. cap. XI. Sulla Corte di Giustizia di Napoli, istituita nel 1809 come Corte di Cassazione, cfr. F. Mastroberti, *La Corte Suprema di Giustizia di Napoli dal 1809 al 1860: le diverse fasi di un Tribunale controverso*, in *Le Supreme Corti*, cit., pp. 42-72.

<sup>4</sup> Il regno di Giuseppe rappresentò il 'momento' dell'approvazione delle grandi riforme, quello di Murat della loro attuazione. «Entrambi questi "momenti" furono difficili e segnati da profonde crisi soprattutto sul piano del rapporto tra il governo e la società napoletana, ancora molto lontana dai processi rivoluzionari che avevano coinvolto la Francia, ma essi presentano una inscindibile connessione agli occhi dello storico che deve considerare la portata complessiva della 'svolta' napoleonica», avviata «in un contesto assolutamente ostico». A fronte di progetti normativi falliti e di riforme che stentaron a trovare applicazione, «il Decennio non fu, né poteva essere, la soluzione ai secolari problemi del Mezzogiorno: esso si "limitò" a introdurre *manu militari* un nuovo modello di stato e di diritto ad una società ancora molto legata all'*Ancien Régime* che a lungo fu resistente e poco resiliente». F. Mastroberti, *Per una storia unitaria della svolta napoleonica nel Regno di Napoli, Introduzione a Il Regno di Napoli nell'Europa napoleonica. Saggi e ricerche*, a cura dello stesso, Napoli 2016, pp. 9-14.

<sup>5</sup> F. Mastroberti, *La riforma negata. Elaborazione e fallimento del primo "codice" di procedura penale del Regno di Napoli*, in «Frontiera d'Europa», I (1997), pp. 65-165. Cfr. anche i tanti spunti di riflessioni emergenti dai contributi raccolti in F. Mastroberti - G. Masiello (curr.), *Il Codice per lo Regno delle due Sicilie*, Napoli 2020.

territoriali del Mezzogiorno e delle complesse situazioni di fatto esistenti<sup>6</sup>. Se la novella normativa del 1819 fu la sintesi di tante riflessioni, indagare sull'operato dei giudici e sullo *stylus iudicandi*, sulle loro scelte probatorie e connessa libertà di valutazione, permette di verificare il senso ed il peso conferito alle parole delle disposizioni normative, ed ancora l'apporto ed il ruolo in concreto ricoperto dai giudici in settori nevralgici del vivere civile, in veste di 'mediatori' tra autorità, legalità e nuove facoltà anche decisionali<sup>7</sup>.

Abbandonata la formale garanzia delle prove legali<sup>8</sup>, il principio dell'intimo convincimento aveva infatti trovato il suo ufficiale ingresso nel giudizio penale. A fronte di un arcaico e consolidato metodo casistico della materia criminale, quell'antica scelta di rigore<sup>9</sup> si era profilata come il rimedio più funzionale ad

<sup>6</sup> Se da una parte si intendeva «scardinare le stesse basi sulle quali per secoli si erano retti i difficili e delicati equilibri costituzionali delle Sicilie, il Ministero togato e la Feudalità e con essi i loro privilegi ed 'abusi'», dall'altra erano intuibili i «limiti entro cui tale sistema poteva riuscire accettabile», le difficoltà di fatto e di diritto esistenti, alla luce dello «scarto evidente tra le forme del sistema ed i caratteri della società del Regno, della sua storia e dei suoi gruppi rappresentativi», con prevedibili reazioni da parte dei gruppi di maggior peso. Così A. De Martino, *Il Mezzogiorno di fronte al modello napoleonico di governo: aspetti e problemi*, in *Il Principato Citeriore*, cit., pp. 24-31. Nel 1814 Liberatore, esaminando gli «istituti» dei codici napoleonici aveva evidenziato «le possibili correzioni al sistema penale e processuale derivanti dalla tradizione del foro napoletano». Le sue analisi influirono sui lavori del *Codice per lo Regno*, come indicato da S. Vinci, *Il «Saggio sulla giurisprudenza penale del Regno di Napoli» di Pasquale Maria Liberatore*, in *Il Regno di Napoli*, cit., spec. p. 113. Analoghe riflessioni di A. Scirocco, *L'Italia del Risorgimento*, Bologna 1990, spec. p. 27.

<sup>7</sup> Le sentenze, introdotto l'obbligo della motivazione, assunsero «una loro autonoma dignità» rendendo un ragionamento rispondente ai canoni della logica e volto all'applicazione convincente della legge al caso concreto. Con i codici e le riforme napoleoniche si separava la dottrina dalla giurisprudenza «considerando quest'ultima come il 'parto' dei tribunali e la prima come elaborazione a carattere scientifico proveniente da ambienti accademici. In questo contesto le nuove sentenze assumono un rilievo anche sul piano della storia giuridica, perché attraverso di esse risulta possibile considerare la preparazione dei magistrati e la loro linea interpretativa e forse articolare una storia dei tribunali, della giurisprudenza, della giustizia», F. Mastroberti, *Il "culto" della sentenza tra Ottocento e Novecento: dalle raccolte di giurisprudenza alla nota a sentenza*, in «Historia et ius», XIV (2018) - paper 9, p. 2.

<sup>8</sup> La rigidità nel vaglio della prova, registratasi già nei glossatori, si intensificò con l'adozione del giudizio inquisitorio. La valutazione di attendibilità fatta *ex ante* dal legislatore emerse dalla fine del XIII sec. e si impose nel processo dal XV sec. permeando l'epoca successiva e le opere dei criminalisti. Su queste tematiche si rinvia a G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo Medio e Moderno*, Napoli 1979, pp. 3-7, 18s, e *passim*, anche per l'apporto dei canonisti e sulla «concezione della procedura inquisitoria come ricerca esasperata di una verità non processuale ma oggettiva» (pp. 8s.). Utili riferimenti in A. Giuliani, *Il concetto di prova*, Milano 1961, pp. 186, 231s.

<sup>9</sup> In presenza di norme oscure e frammentarie, con un ordine naturale preesistente da sanare ed una verità comune ed eterna da dichiarare, emerse che il giudice era investito di un ruolo

arginare poteri e arbitrii del magistrato<sup>10</sup>. In linea con le coordinate dettate dal sistema del diritto comune l'immane discrezionalità interpretativa era, almeno negli intenti ufficiali, piegata alla qualità e quantità dei risultati probatori<sup>11</sup>. Con il novello rito sanzionato dal legislatore borbonico si tracciava la netta separazione del ruolo dell'inquisitore e del pubblico accusatore da quello del giudice, al fine di liberare quest'ultimo dalle passioni e dai pregiudizi che, accorpando le funzioni, avrebbero potuto condizionarlo. Il sostanziale recupero di 'guarentigie' generali e difensive a vantaggio dell'imputato<sup>12</sup> era scandito dall'obiettività della procedura fino alla sentenza, come dalla completezza

---

fondamentale, che diveniva inevitabilmente discrezionale. Tanto che la gerarchia degli strumenti probatori rese arduo il formale risultato istruttorio, dunque l'oggettivo accertamento, pregiudicando non di rado la sostanza della giustizia insieme alla sua apparenza. Rinvio per un'analisi d'insieme ad Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena*, cit., pp. 11-19. P.L. Rovito, *Prova legale ed indizi nella criminalistica napoletana del seicento*, in «Archivio Storico per le Province Napoletane», CII, Napoli 1984, p. 157 e *passim*.

<sup>10</sup> Sull'arbitrio in rapporto alle pene straordinarie cfr. C. Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale. Raccolta di monografie*, F. Pessina (cur.), II, Milano 1906, p. 388; R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, spec. nt. 15, pp. 121s.

<sup>11</sup> Sulla relazione tra prova e pena, tra «tribunali superiori, partecipi per definizione degli stessi poteri sovrani, [che] si consideravano sciolti dai limiti di una stretta legalità, e teorizzavano la possibilità di giudicare *secundum conscientiam*» e le corti inferiori si veda ancora Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena*, cit., pp. 7s., 20, 25-31. Cfr., riguardo alla riduzione di garanzie in alcuni giudizi, la ricostruzione di M. Sbriccoli, *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974, pp. 255 ss. Altri importanti studi, a cui il rinvio è d'obbligo, sono stati compiuti da E. Dezza, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989; A. Errera, *Arbor Actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei Glossatori*, Bologna 1995; Id., *Processus in causa Fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino*, Bologna 2000; L. Garlati, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano 1999; L. Loschiavo, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Milano 2004.

<sup>12</sup> Un recente saggio di D. Luongo, *Contro lo «spirito di severità»: garanzie e mitigazione dei dispositivi penali in Tommaso Briganti*, in «Historia et Ius», XIX (2021), paper 1, pp. 53-56, ha posto in risalto come il potenziamento degli strumenti e delle garanzie difensive, nel Mezzogiorno d'Italia, fosse stato agognato sin dalla prima metà del secolo XVIII al fine di limitare le libertà del magistrato e gli stratagemmi utilizzati specialmente per estorcere confessioni mediante forme di violenza morale e fisica.

dell'accertamento probatorio e dei suoi peculiari meccanismi<sup>13</sup>. È che stava cominciando a valere più la «preda» che la «caccia»<sup>14</sup>.

In ragione del medesimo scopo, la funzione istruttoria doveva essere svolta secondo forme «impreteribilmente prescritte»<sup>15</sup> e certificata in modo altrettanto ordinato, scrupoloso e veritiero per non compromettere il giudizio di merito. Era altresì indirizzata a rimuovere i dubbi e le scorrettezze, esterne ed interne al processo, che avrebbero potuto intralciare il formarsi di una successiva «ferma credenza». A chi istruiva la causa era richiesta rettitudine, come capacità critica ed ermeneutica rispetto ai testi ed a fatti ambigui: «ogni sospetto sulla mancanza della sua *vigilanza*, ogni ritardo di *celerità* che può far credere non spontanee le prove raccolte, ogn' *inesattezza* di rito che può far diffidare della sua ponderazione può turbare in seguito la tranquillità dell'animo de' giudici di fatto». Se la fase inquisitoria si configurava quale «preparazione logica», l'istruzione diveniva «processo analitico» e carico di responsabilità. Due momenti distinti, ma entrambi propedeutici e nodali per la futura deliberazione del giudice sul merito<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Per gli orientamenti della criminalistica europea, le tendenze dottrinali napoletane e gli interventi giurisprudenziali e normativi maturati prima che si concludesse l'*Ancien Régime*, cfr. P.L. Rovito, *Prova legale ed indizi*, cit., pp. 159-187. Impulsi al cambiamento si ebbero con la dominazione francese, che mutò l'organizzazione delle giurisdizioni e del processo. Quando nel 1812 il Codice sostituì la *Legge sui delitti e sulle pene* del 1808 determinò un'ulteriore transizione, «per le contravvenzioni, delitti o misfatti anteriori al momento in cui avrà forza di legge, le corti e i tribunali del regno applicheranno le pene che nel confronto della legge abolita e della nuova saranno più miti» (*Codice penale tradotto d'ordine di Sua Maestà il Re delle Due Sicilie, per uso de' suoi stati. Seconda edizione riveduta corretta ed annotata d'una tavola analitica e d'un indice*, Napoli 1813). Tali disposizioni resero cruciale il compito dei giudici nel coordinare diritto comune, legislazione giuseppina e codice penale. Cfr. ampiamente F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli 2001, pp. 121 ss., 203 ss.

<sup>14</sup> Gli efficaci termini, usati in una sequenza invertita per descrivere oscure stagioni del processo penale, sono tratti da F. Cordero, *Diatrube sul processo accusatorio* (1964) in Id. *Ideologie del processo accusatorio*, Milano 1966, p. 220.

<sup>15</sup> L'espressione è mutuata da F. Carrara secondo cui, «se le forme imposte alla istruzione non s'impongono a pena di nullità, ella è una insulsa derisione lo averle imposte». *La cessata procedura lucchese (Discorso letto alla E. Accademia lucchese il 3 maggio 1862)*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, II ed., II, Lucca 1870, pp. 51s.

<sup>16</sup> N. Nicolini, *Della Procedura penale nel Regno delle due Sicilie*, parte II, I, sez. XIII, Napoli 1829, pp. 290-299, nonché sez. VI, pp. 85s. Il corsivo è nel testo. Di Nicolini fondamentali risultarono gli apporti conferiti, in qualità di membro della Commissione incaricata della compilazione dei codici di diritto e procedura penale del 1819, ed il contributo, per la parte penale, al *Supplemento alla Collezione delle leggi*, ritenuto «primo repertorio di giurisprudenza penale pubblicato a Napoli». Così F. Nicolini, *Niccola Nicolini e gli studi giuridici nella prima metà del secolo XIX. Scritti e lettere raccolti ed illustrati da F.N.*, Napoli 1907, p. LIV. Sulle opere di Nicolini, cfr. M.P. Geri, «À la tête des criminalistes napolitains de nos jours»: *Niccola Nicolini*

La *ratio* e l'utilità del principio delle «nuove leggi» che, in continuità con la legislazione francese del 1808<sup>17</sup>, avevano sanzionato che l'«*inquisizione* e la *istruzione delle pruove* debban esser fatte da tutt'altri che dal giudice»<sup>18</sup>, apparivano oramai chiare e condivise<sup>19</sup>. Il *Codice per lo Regno* del 1819 nella procedura penale aveva fissato fondamentali capisaldi recependoli dalla normativa francese relativa all'azione «essenzialmente pubblica»<sup>20</sup> (che lasciava al privato la possibilità, in determinati casi, di sollecitare l'azione penale attraverso istanze), all'istruttoria segreta ed al dibattimento, alla grazia, ma pure al criterio 'morale'<sup>21</sup>.

---

*divulgatore del diritto in età murattiana*, in *Il Regno di Napoli*, cit., pp. 149, 150-176; F. Mastroberti, *Nicola Nicolini tra diritto e politica: nuovi documenti e prospettive di ricerca*, in «*Jurisdictio. Storia e prospettive della Giustizia*», n. 0 (2019), saggi 3, pp. 117s.

<sup>17</sup> N. Nicolini, *Della Procedura penale*, cit., sez. XII, pp. 278s. e le *Leggi della procedura ne' giudizi penali* del 1819, all'art. 87, sull'eliminazione del giuramento per i testi. Nel *Code d'instruction criminelle* del 1808, modello per codici preunitari, si era affermato il modello misto, con l'opposizione tra la fase istruttoria e pubblico dibattito e l'investigazione assegnata a giudici istruttori. G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari 2001, pp. 159s.

<sup>18</sup> N. Nicolini, *Della Procedura penale*, cit., sez. VI, p. 90: «mentre l'una e l'altra, nell'atto che si fanno, debbono essere sottratte alla conoscenza delle parti e del pubblico, sempre poi debbono essere pubblicate, e quindi pubblicamente discusse». Il corsivo è nel testo.

<sup>19</sup> *Ibidem*. Che solo nel 1808, con un recupero di umanità e di sano «senso giuridico», l'istruzione fosse uscita dal «mistero» per divenire «più palese» fu sottolineato dal consigliere d'appello, E. de Giulj, nella voce *Prova penale*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, XIII, parte IV, Milano 1901, p. 456.

<sup>20</sup> L'art. 2 delle *Leggi della procedura* del '19 ribadiva che l'azione «è essenzialmente pubblica, ed appartiene esclusivamente agli ufiziali che sono incaricati del pubblico ministero presso i magistrati istituiti per l'amministrazione della giustizia penale». Il Libro I, *Della Istruzione delle pruove né processi penali*, art. 8, disponeva che «la polizia giudiziaria investiga e scuopre i reati, ne raccoglie le pruove, e ne rimette gli autori ed i complici a' giudici incaricati della loro punizione». Primo agente «è il procuratore generale presso la gran Corte criminale, qualunque sia la giurisdizione sotto la quale cada il reato» (art. 12).

<sup>21</sup> Distinte le questioni di fatto da quelle di diritto, la legge sull'organizzazione giudiziaria del 1808 prevedeva all'art. 206 che la sentenza fosse resa dalle Corti criminali con criterio morale e che «*le pruove o gli indizi* che hanno portata la convinzione nell'animo de' giudici debbono essere indicati nella sentenza». La teoria del libero convincimento sviluppatasi negli stati italiani presentava tratti propri rispetto alla francese, da cui pure era influenzata. Oltralpe il nuovo principio era stato introdotto con le giurie popolari (e pensato all'interno di un modello accusatorio puro, quello del 1791). Cfr. M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, Milano 1974, pp. 200-209.

## 2. *Le norme sull'intimo convincimento, tra dibattimento pubblico e motivazione*

Il Codice borbonico, talora annoverato «tra i più progressisti»<sup>22</sup> e probabilmente «il migliore di tutti»<sup>23</sup>, distaccandosi dalla scelta d'Oltralpe<sup>24</sup>, non prevede la giuria<sup>25</sup>, mentre sancì ufficialmente il criterio dell'intimo convincimento dei giudici togati. In tema di decisione, l'art. 292 delle *Leggi della Procedura ne' giudizi penali* infatti dispose che «i giudici risolveranno tutte le quistioni di fatto, secondo il loro criterio morale. La parte della decisione, colla quale si decidono le

<sup>22</sup> Ivi, pp. 210 s. La vigenza della legislazione francese fu prorogata da Ferdinando I sino al 1819 quando vide la luce il *Codice per lo Regno delle due Sicilie*. Pur se nato in un periodo di rivolte, il Codice (affiancato dallo Statuto Penale Militare) forniva, con *Le Leggi della procedura ne' giudizi penali*, garanzie nell'acquisizione della prova. Conferme in F. Di Blasi, *Le Leggi della procedura ne' giudizi penali del 1819 e le guarentigie apprestate all'acquisizione della prova ricognitiva: l'atto di affronto*, in *Il Codice per lo Regno*, cit., pp. 1-19. Sulle procedure eccezionali per reprimere reati contro l'ordine pubblico e politico, fonti di un sistema di giustizia parallelo e scarno di tutele (Commissioni Militari, Corti Speciali, Tribunali Supremi), cfr. ivi, *Introduzione* di Mastroberti, p. XV e già G. Pace Gravina, *Il codice insanguinato. Lo Statuto penale militare per lo Regno delle due Sicilie del 1819 e la repressione delle insurrezioni siciliane dell'Ottocento*, in F. Colao - L. Lacchè - C. Storti (curr.), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2015, pp. 274-298.

<sup>23</sup> Cfr. M.N. Miletta, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I, *L'attesa*, Milano 2003, pp. 67s e nt. 1 e 2, in cui si riportano i giudizi favorevoli espressi da Bernardino Alimena e da Enrico Pessina. Quest'ultimo non mancò di rilevare che il codice di procedura penale piemontese emanato da Carlo Alberto nel 1847, oltre a rinunciare alla giuria (poi introdotta nel testo del 1859), non si era avvalso delle valide disposizioni, contemplate dal codice borbonico, sull'istruzione delle prove.

<sup>24</sup> «L'istituto della giuria di giudizio rappresentò, all'interno della struttura amministrativa dello Stato francese, una figura ormai lontana da quella che aveva suscitato gli entusiasmi degli illuministi. Molte cose la separavano dalla madrepatria inglese: il forte peso dei prefetti governativi nella formazione finale delle liste; il ruolo preponderante dei giudici togati; i criteri di formazione (a maggioranza e non più all'unanimità) del verdetto finale». La giuria lì era stata concepita 'contro' i magistrati e i loro poteri discrezionali mentre nel sistema di *common law* essa non comportava affatto una diminuzione del ruolo del giudice. Su tali vicende e contrapposizioni si veda G. Alessi, *Il processo penale*, cit., p. 161; A. Padoa Schioppa, *La giuria all'Assemblea Costituente francese*, in *The Trial Jury in England, France and Germany 1700-1900*, IV, A. Padoa Schioppa (cur.), Berlin 1987, pp. 153 ss.

<sup>25</sup> Sulla mancata adozione del sistema dei *jury* a Napoli, cfr. E. Pessina, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, cit. «Fin dal 1814 Pasquale Liberatore [...] lamentò che il Governo istituito dalla dominazione francese lo avesse eliminato. Nel 1820 il De Marco propugnava la necessità del tribunale popolare, e il ministro Ricciardi presentava al Parlamento, fra le sue proposte di Ordinamento giudiziario, quella appunto della istituzione dei giurati. Ma la proposta rimase un vano desiderio col cadere della Rivoluzione nel 1821» (p. 644). Cfr. anche F. Mastroberti, *Costituzioni e costituzionalismo tra Francia e Regno di Napoli (1796-1815)*, Bari 2014, pp. 121-126.



quistioni di fatto, non è soggetta a ricorso per la parte che riguarda la convinzione de' giudici». La successiva disposizione aveva premura di statuire l'obbligo di motivazione sulla questione di fatto, quale «debito»<sup>26</sup> idoneo ad attenuare una discrezionalità in merito all'accertamento ed alla valutazione delle prove che rischiava di dilatarsi eccessivamente. L'art. 293 quindi precisava che «il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni, debba essere espresso, a pena di nullità, nella decisione». La stessa norma, oltre a legittimare l'organo giudicante a ricostruire la vicenda accaduta ed a trasformarla in «fatto giuridico»<sup>27</sup>, gli imponeva di utilizzare solo le prove escuse in dibattimento, chiarendo che si trattava di un percorso vincolato e che «a pena di nullità alcun fatto non può esservi espresso che non sia stato esaminato in pubblica discussione, menonché non si tratti di fatti non messi in controversia».

In termini di garanzie, la primaria novità introdotta consisteva nel deciso potenziamento della difesa e nella capacità di armonizzarsi con l'autonomia del convincimento del magistrato, poggiando proprio sulla conoscibilità degli elementi probatori emersi nella fase dell'istruzione<sup>28</sup> e ancor più sulla loro plurale e «solenne *discussione*», che consisteva nel presentarli tutti «e ne' loro fonti originarii alla cognizione de' giudici e del pubblico, in presenza degli accusatori e degli accusati». Era nella facoltà di «ciascuno de' giudici e delle parti [...] prender tutti i chiarimenti ch'essi credono necessari: tal che non possa formar elemento di convincimento nel giudice alcuna pruova ch'egli non abbia così riconosciuta, discussa e quasi raccolta egli stesso».

<sup>26</sup> E. Pessina, *Il diritto penale*, cit., p. 644. Nel panorama italiano l'importanza dei codici borbonici in materia penale e di procedura penale era segnalata a pp. 580 ss.

<sup>27</sup> «Il fatto giuridico è una sorta di mediatore tra il fatto ed il diritto, tra il mondo della vita ed il dover essere giuridico, [...] è l'arnese concettuale che designa un processo di *riduzione* o di traduzione, vale a dire di trasferimento da un mondo ad un altro di un'esperienza della vita. È una sorta di decontestualizzazione e ricontestualizzazione del fatto da giudicare. Esso viene tolto dal suo ambiente, quello che lo ha espresso assegnandogli un significato [...] per essere valutato nel mondo del diritto che a quel fatto assegnerà un significato diverso a seconda degli effetti che vi riconurrà». O. Abbamonte, *La Magistratura tra apparato e società*, in A. Cernigliaro (cur.), *Themis. Tra le pieghe della giustizia*, Torino 2009, pp. 253s.

<sup>28</sup> «Messo l'imputato in legittimo stato di accusa, l'atto di accusa originale, l'intero originale processo, e tutti i documenti ed oggetti di convinzione che vi son relativi, vengono depositati nella cancelleria. Da questo istante tutti gli atti diventano pubblici così pel difensore, che pe' congiunti ed amici dell'accusato, i quali prendano parte alla di lui difesa: il tutto a pena di nullità» (art. 166). «Il difensore dell'accusato, dal momento in cui si son pubblicati gli atti, potrà conferire coll'accusato, e potrà estrarre o far estrarre [...] quelle carte del processo, che crederà utili alla difesa», (art. 169) e, tra le garanzie accordate, era assicurata la difesa pure di ufficio (art. 170). Sullo sviluppo del ruolo e delle prerogative processuali dell'inquisito nell'età medievale cfr. A. Errera, voce *Difesa*, in *Dizionario storico dell'Inquisizione*, diretto da A. Prosperi, I, Pisa 2010, pp. 479 ss.

Rispetto al passato non solo l'eccesso di formalità ed il rigore della logica aritmetica in materia di prova erano accantonati, ma nella maggiore apertura verso il modello accusatorio<sup>29</sup> pure la segretezza dell'attività istruttoria veniva bilanciata con l'effettivo e pieno contraddittorio delle parti nella verifica degli elementi da cui ricavare i presupposti da porre alla base del convincimento del magistrato. Quest'ultimo era valorizzato ora quale sentimento di credenza e di conoscenza del certo che si andava a formare nell'animo del giudice attraverso il fondamentale passaggio del dibattimento: «nella *discussione*, il giudice del merito ripete ciascuna pruova, riesamina egli stesso ciascuna circostanza; e non già sulla fede dell'istruttore o dell'accusatore, ma co' proprii sensi, e secondo la sua particolar maniera di concepire, vede, ode e giudica il tutto»<sup>30</sup>.

Appare particolarmente significativo che l'art. 108, nel disciplinare l'interrogatorio dell'imputato nel corso dell'istruzione, tra l'altro, assicurasse che all'incolpato venissero «nell'atto stesso indicati i motivi del suo arresto. Le risposte saranno registrate. Da queste il magistrato trarrà le sue successive interrogazioni». Analogamente l'art. 109 aggiungeva che «le circostanze di fatto a carico o discolta, dichiarate dall'imputato nel suo *interrogatorio*, saranno rischiarate nel corso della istruzione, per quanto conducano ad accertare la verità». Così concepita, la fase istruttoria era dunque adibita a svelare la verità e non solo a far emergere la colpevolezza dell'indagato, il quale anzi poteva rappresentare una preziosa fonte da cui, senza pregiudizi, attingere altre notizie e spunti significativi.

L'effetto di tali operazioni giudiziarie diveniva bidirezionale: il consentire all'incriminato di assistere, insieme al suo difensore, all'attività compiuta dalla Corte nel riesame di ciascuna prova o elemento utile alla ricostruzione processuale dei fatti storicamente accaduti risultava funzionale al persuaderli dell'affidabilità dell'accertamento e dell'attendibilità di tutte le circostanze emerse e ravvisate. Dunque la parte, il pubblico, la società civile, partecipando alle fasi processuali più salienti, o comunque potendo acquisire conoscenza del loro svolgimento e testarne la serietà, erano messi in condizione di accettare l'opportunità della punizione richiesta o almeno comprenderne le ragioni attraverso i fatti fondanti indicati in motivazione. Senza trascurare che «in tutto il corso della discussione il ministero pubblico, l'accusato e la parte civile

---

<sup>29</sup> L'art. 218 delle *Leggi di procedura* prescriveva che «la pubblica discussione delle pruove e di tutte le domande del ministero pubblico nel corso della medesima, debbe esser fatta innanzi a tutti i giudici che debbon pronunziar sull'accusa, e a porte aperte. Il ministero pubblico, l'accusato e il suo difensore debbono esservi presenti: il tutto a pena di nullità». Rinforzando il punto l'art. 229 precisava che «la decisione non può profferirsi che da coloro che hanno assistito a tutte le udienze della *discussione pubblica*, a pena di nullità».

<sup>30</sup> N. Nicolini, *Della Procedura penale*, cit., sez. XII, pp. 254s., 259.

possono fare le domande che credono convenevoli. Sopra ogni domanda pertinente alla causa o la Gran Corte, o il presidente, se ciò è nelle sue attribuzioni, è in obbligo o di accordar la domanda, o di deliberare e rispondere sulla medesima»<sup>31</sup>.

Nella sua ultima veste di sistema misto, il processo penale, almeno fino a quando non si resero necessari rimedi eccezionali e misure improntate a maggiore severità<sup>32</sup>, sembrava davvero voler abbinare la ‘certezza legale del rito e delle competenze’ a quella ‘morale’. Alla valutazione delle prove affiancava la ponderata decisione maturata nell’animo del giudice sotto il vigile sguardo del reo e del popolo<sup>33</sup>.

Il magistrato, alla luce delle contraddizioni del sistema legale della prova e delle crescenti difficoltà di ordine pubblico, era stato infatti chiamato ad avvalersi della sua *prudential* nel definire la punizione, individuando la ‘formula giusta’ ed ‘adeguata’ al caso concreto<sup>34</sup>. Proprio la crisi di credibilità da cui era stato

<sup>31</sup> Art. 232.

<sup>32</sup> F. Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari 2005, p. 102. Altri approfondimenti in M.C. Fiocca, *La via napoletana alla regolamentazione dei reati associativi. La comitiva armata tra “leggi penali” e leggi d’eccezione*, in *Il Codice per lo Regno*, cit., pp. 21-46.

<sup>33</sup> L’evoluzione del processo penale moderno non può ricostruirsi senza «cogliere gli elementi di interazione fra pubblicità del dibattimento, attività delle corti, giurie, stampa e opinione pubblica». Di quest’ultima si è notata la capacità di incidere sull’amministrazione della giustizia, che «non di rado diventa spazio di tensioni e di conflitti che hanno valenza politica, costituzionale, sociale», sino a mostrarsi, sul finire dell’Ottocento, «singolare Giano bifronte: porta nel processo la logica del controllo, dell’esame critico, della ‘pubblicità razionale’, ma al tempo stesso ‘pervade’ il sacro recinto di Temi, addita i ‘colpevoli’ tramite la voce pubblica, ‘innesca’ errori giudiziari, suggerisce e preme attraverso la stampa periodica, mette in tensione giuria e magistratura, è insomma, al tempo stesso, attrice e spettatrice, parte in causa e ‘tribunale’». Così nella *Premessa a Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, F. Colao - L. Lacchè - C. Storti (curr.), Bologna 2008, pp. 12s. Cfr. altresì P. Marchetti, *Introduzione*, in Id. (cur.), *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, in *Atti del convegno (Teramo, 4 maggio 2006)*, Napoli 2007, p. XIII; L. Lacchè, “L’opinione pubblica saggiamente rappresentata”. *Giurie e corti d’assise nei processi celebri tra Ottocento e Novecento*, in *Inchiesta*, cit., pp. 89-147; Id., *Una lettura alla moda. Opinione pubblica, “processi infiniti” e pubblicità in Italia tra Otto e Novecento*, in M.N. Miletta (cur.), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, *Atti del convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006)*, Milano 2006, pp. 459-513. Sui possibili e recenti risvolti negativi dell’opinione pubblica, cfr. il contributo M. Pignata, *Il giudice “giudicato”. La magistratura al vaglio dell’opinione pubblica*, in O. Abbamonte (cur.), *Il potere dei conflitti. Testimonianze sulla storia della magistratura italiana*, Torino 2015, pp. 313-322.

<sup>34</sup> Cfr. F. Cordero, *Il sistema probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano 1963, p. 45. «Al di là del persistere, apparentemente costante, degli schemi concettuali elaborati dal Medio Evo, il regime della prova rivela profonde incoerenze interne e chiari mutamenti nel suo svolgersi»,

investito il vecchio sistema probatorio, spingendo le prassi giudiziarie a moderare pene e tortura, aveva indotto a rivalutare l'*arbitrium* «iustum»<sup>35</sup>, quindi l'importanza dell'accorto discernimento del giudice come imprescindibile correttivo e potere di concretizzazione dell'ordinamento. L'intimo convincimento era transitato dalle speculazioni dei giuristi ai legislatori ottocenteschi, catalizzando l'attenzione. Di lì in poi, seppur ancora fosse lontana dal consolidarsi una normazione uniforme, davvero capace di imporre nei giudizi una sicura dialettica dei diritti e delle libertà, la via delle garanzie era spianata. La libera determinazione del giudice sul fatto, ufficialmente riconosciuta e, alla luce della più recente configurazione e disciplina di rito, munita di sicuri 'contrappesi', non poteva più figurarsi come abuso, opinione ingiustificata o mero 'capriccio'. Iniziava a prospettarsi un modello processuale ordinario, munito di garanzie non solo formali, ma in grado di equilibrare legalità, diritto di difesa e discrezionalità, libero convincimento ed umanità<sup>36</sup>.

### 3. *La giustizia praticata*

#### a) *Il delitto Mainardi e quello in danno del Gaiano*

La dinamicità degli interventi in materia criminale, influenzati da ragioni socio-politiche ed istituzionali, da avversi valori ed utilità, testimonia largamente il «tortuoso processo di incivilimento dei sistemi penali», ma pure il faticoso realizzarsi di bilanciate «protezioni e garanzie disposte intorno all'accusato e ai

con varchi per la 'signoria' dei giudici sino a confidare sulle ragioni della coscienza e del sentimento (G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena*, cit., pp. 18 ss.).

<sup>35</sup> Quando si palesò l'urgenza di bilanciare «esigenze repressive dello Stato moderno con i canoni dell'antico legalismo formale», la prova legale ostacolò doverose condanne e, per porvi rimedio, legittimò «una mediazione fortemente autonoma da parte dei giudici e dei tribunali», con «un'esegesi sempre più cavillosa» che, in linea con la funzione sacerdotale dei giudici, non faceva «mistero del suo obiettivo di condizionare il potere repressivo della Corona». P.L. Rovito, *Prova legale*, cit., pp. 158s.,161. Un'indagine sulle diverse accezioni a cui si prestò l'*arbitrium* in epoca medievale è stata compiuta da M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998; non minori suggestioni si traggono da Id., *Pensare la legge nel tempo dell'autonomia del diritto. Esperienze medievali e moderne*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, C. Storti (cur.), Torino 2016, spec. pp. 133s.

<sup>36</sup> Con la restaurazione borbonica il legislatore, pur muovendosi «sul problema della prova con impaccio», liberò i giuristi «dalla schiavitù della prova legale», consentendo loro di «conquistare il principio del libero convincimento», chiamato dal Nicolini a ridursi «più a coscienza e sentimento che a ragionamento», ma tali da ricevere diffuso «consenso». P.L. Rovito, *Prova legale*, cit., pp. 186s.; Per riscontri N. Nicolini, *Della procedura penale*, cit., pp. 292 ss. G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena*, cit., pp. 181-198.

suoi diritti»<sup>37</sup>. In tale direzione appare pertanto illuminante il *modus procedendi* e l'apparato di tutele rintracciabile nella fattispecie sottoposta nel 1819 al giudizio della Gran Corte Criminale di Salerno. Dalle prime indagini e dalle informazioni ottenute, sotto la direzione del Giudice istruttore del circondario di Nocera, dr. Giuseppe D'Elia, era emerso che in data 10 giugno 1819 il sig. Giovanni de Santis di Cava de' Tirreni, disertato l'«ufficio di fuciliere reale», si era recato in località Taverna de' Bagni in Pagani, ove aveva trovato conforto ed ospitalità presso il bettoliere sig. Francesco Mainardi, rimasto poi sua vittima. La successiva piena ricostruzione della vicenda a carico dell'imputato, gravato dal capo di colpevolezza di «assassinio per furto e con forza»<sup>38</sup>, su istanza del patrocinatore ed alla luce del «disposto» della Gran Corte Criminale, era stata affidata alle competenze dell'architetto Gaetano Forte, affinché rilevasse «la pianta topografica del luogo ove seguì il dicto assassinio in persona del Mainardi»<sup>39</sup>.

La regolamentazione del 'diritto giudiziario' penale del 1819, al Libro II *De' giudizi ordinarij*, in apertura al capitolo II *Degli atti che precedono la pubblica discussione*, aveva previsto che sottoposto l'indagato all'accusa, l'atto «originale, l'intero originale processo, e tutti i documenti ed oggetti di convinzione che vi son relativi, ven[issero] depositati nella cancelleria». Da quel momento le carte e i materiali prodotti divenivano «pubblici così pel difensore, che pe' congiunti ed amici dell'accusato, i quali prendano parte alla di lui difesa» (art. 166). Dopo le notifiche e gli avvertimenti di rito, l'art. 175 stabiliva che il presidente della Corte o il giudice delegato avrebbero aperto con «ordinanza un termine di cinque giorni», in cui potersi addurre tutti i mezzi d'incompetenza o di nullità di atti antecedentemente avvenute, ma pure «chiedersi gli sperimenti di fatto, di cui può esser capace la natura del reato, e delle vestigia che il reato ha lasciate. Questo termine è comune al ministero pubblico, alla parte civile ed all'accusato». Nel delitto

<sup>37</sup> M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia, scritti editi e inediti (1972-2007)*, t. I, *Introduzione*, Milano 2009, pp. 3s.; sui caratteri dei modelli processuali, in relazione all'evoluzione statutale e dei fini della giustizia, pp. 4-44. Cfr. Id., *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (cur.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, pp.163-205. In A.A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, V, Padova 2003, p. 8, si assume che l'alternarsi degli opposti giudizi, inquisitorio ed accusatorio, e la figura del tipo 'misto', alla luce delle ripercussioni sull'azione e sulla difesa, sulle modalità di ricerca e raccolta delle prove e ai poteri del giudicante, avvalorano l'idea che, in organismi politici instabili o con un'impronta autoritaria, dalla preminenza dell'interesse generale consegue il sacrificio dei diritti del reo. In sistemi ispirati a democrazia, invece, l'ordine giuridico violato dalla trasgressione si raggiunge proprio nel rispetto delle garanzie della persona sottoposta al processo, con un'equilibrata istruttoria, essenziale per l'imparzialità del giudice estraneo alle tesi dell'accusa.

<sup>38</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 5, f. 1 r.

<sup>39</sup> Ivi, f. 5 r.-v.

Mainardi tali disposizioni trovavano piena e totale applicazione. Una volta accolta la richiesta avanzata dall'accusa o dalla difesa, «il presidente o il giudice delegato, di accordo col ministero pubblico», avrebbe stabilito «la giornata in cui questo sperimento dovrà eseguirsi; ne disporrà la notificazione alle parti, a' testimonj ed a' periti co' quali dee farsi lo sperimento». La sequenza di azioni e di termini indicati dall'art. 186 contribuiva a rendere denso di forme e di garanzie l'intero *iter*. Il radicamento del principio di legalità anche in ambiente processuale funzionava da immediato «fattore ordinante»<sup>40</sup>.

Nell'omicidio del bettoliere l'«sperimento probatorio» venne disposto dalla Corte salernitana con provvedimento del 16 novembre 1819. La delibera fu presa all'unanimità constatando «che la dimanda è stata fatta nel termine stabilito dalle leggi di procedura, considerando che le chieste osservazioni e misure con una pianta topografica possono somministrare delle delucidazioni utili allo sviluppo della verità». Si trattava di un accertamento sollecitato dal «patrocinatore» dell'imputato in quanto perfettamente congruente anche con il diritto alla difesa<sup>41</sup>.

Le operazioni di consulenza, fissate per il 31 dicembre 1819, dovevano avere svolgimento secondo una sequenza di attività e di rilievi tutt'altro che sommaria e con la partecipazione attiva di una pluralità di soggetti: al fine di procedere alla redazione tecnica dell'«esatta pianta topografica di detto locale con precisare e descrivere minuziosamente tutti i luoghi enunciati nel ricorso con fissare le rispettive distanze, [...] nella maniera più chiara e precisa»<sup>42</sup>, conformemente agli interrogativi ed ai termini stabiliti dalla Corte, era chiamato ad intervenire anche il sindaco o il primo eletto del Comune. Oltre al Giudice del circondario di Pagani, dr. Mariano Ursomando, ed al cancelliere della Suprema Magistratura, Michele Fabozzi, il Collegio giudicante aveva altresì previsto, in rappresentanza e nell'interesse dell'accusato, la presenza del suo «patrocinatore», dr. Giovanni Tommaso Positano, e dell'avvocato Matteo Guida<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, cit., nt. 37, p. 242. Il principio di legalità è «l'originaria e massima forma di garanzia del penale liberale, dalla quale discendono tutte le altre». Come ha evidenziato L. Lacchè, riferendo il pensiero di Francesco Carrara, le norme eccezionali «non possono essere escluse dall'orizzonte di governo», ma devono sussistere «il meno possibile» e rimanere «“fuori” dall'ordine» e dagli assetti costituiti. Cfr. L. Lacchè, «*Alzate l'architrave, carpentieri*». I livelli della legalità penale e le «crisi» tra Otto e Novecento, in *Le legalità*, cit., pp. 191-193. Sul tema del doppio livello di legalità si è lungamente profuso nei suoi studi M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, cit., pp. 524, 596-7, 654-5, 647 e *passim*.

<sup>41</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 8, ff. 17-23 r.-v.

<sup>42</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 5, ff. 5-6 r.-v.

<sup>43</sup> Ivi, f. 7 r.-v.

In quella data il dr. d'Elia provvide a redigere un regolare verbale, certificando quanto era accaduto in sua presenza: «in unione dei detti sig. Positano e Guida ci siamo conferiti in Pagani dove abbiamo rilevato il sig. Mariano Urso-mando [...] e tutti innanzi ed assieme al dicto Fabozzi ci siamo trasferiti nella Taverna de' Bagni ove abbiamo ritrovato presente il signor Vincenzo Donelli, primo eletto del comune di Anagni»<sup>44</sup>. Dopo il giuramento prestato con le formule di rito da quest'ultimo e dall'architetto Forte, affidatario dell'incarico peritale, data lettura dei quesiti posti nel libello difensivo e prima che cominciassero concretamente i rilievi tecnici, l'autorità municipale interpellata forniva risposta ad alcune domande, precisando l'ubicazione delle stanze ove dormivano i fucilieri, la composizione della caserma temporaneamente collocata presso la Taverna de' Bagni, nonché indicava le strade di collegamento e di accesso ai luoghi di interesse. Era a norma dell'art. 188 del nuovo Codice di rito che al giudice delegato si attribuiva la facoltà di fare «al testimone o al perito le domande che stima utili allo scovimento del vero», così come «le parti hanno diritto ancor esse di far le osservazioni opportune»<sup>45</sup>. I passaggi compiuti e tutti i particolari emersi dovevano essere fedelmente annotati a cura dell'istruttore.

Approntate dall'architetto<sup>46</sup> le misurazioni e le attività tecniche, furono redatti ed allegati al fascicolo processuale una serie di disegni in scala per descrivere e raffigurare nei dettagli lo stato dei luoghi, dei locali adiacenti, le distanze e le vie di accesso, dovendosi stabilire la dinamica dell'omicidio e valutare percorso e traiettoria del tiro, ma pure da quali siti esistesse la possibilità reale di udire e vedere i fatti. Oggetto di massima attenzione furono le «stanze di cui si compone la taverna, indicando anche la tipologia di chiusura delle loro porte (chiavistello, passamano di ferro, mascature, sbarre di legno)»<sup>47</sup>. La pianta topografica veniva altresì corredata di una legenda esplicativa con la quale si tracciavano e spiegavano in modo certosino spazi esterni ed interni, arredi e loro caratteristiche e destinazioni, puntando a soddisfare attraverso punti fermi gli interrogativi ed i dubbi che sino ad allora avevano avvolto la vicenda o che

---

<sup>44</sup> *Ibidem*. Nello stesso carteggio è contenuta anche la delega sottoscritta dal sindaco a favore del primo eletto.

<sup>45</sup> La procedura appariva fedele a quanto disposto negli artt. 187-190 del codice di rito.

<sup>46</sup> Nel *Rapporto e progetto di Legge fatto nel 1811 dalla Commissione straordinaria* (n. 45), in *Collezione delle leggi, decreti ed altri atti riguardante la pubblica istruzione, promulgati nel già Reame di Napoli dall'anno 1806 in poi*, I, dal 1806 al 1820, Napoli 1861, p. 222, si dichiarava che gli «architetti hanno bisogno di laurea, se vogliono esser adoprati come periti dei Tribunali, o aver le direzioni delle opere pubbliche», dopo aver studiato nella «facoltà delle scienze fisiche e matematiche» ed aver conseguito il grado dottorale presso l'Accademia delle belle arti.

<sup>47</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 5, ff. 8-9 r.-v.

avrebbero potuto far vacillare il convincimento del giudice o limitare le possibilità difensive dell'imputato<sup>48</sup>.

Nel fitto, quanto lacunoso e caotico, materiale archivistico<sup>49</sup> inerente ai processi celebrati per reati comuni innanzi alla Corte salernitana è possibile rintracciare un analogo 'esperimento probatorio' compiuto nella stessa fase processuale e nei medesimi termini<sup>50</sup>. Si tratta della pianta topografica della «Bottega ove accadde il misfatto», ossia il tentato omicidio di Giacomo Gaiano abitante di Sava, un villaggio di Baronissi, anch'essa corredata da una minuziosa ed esplicativa legenda.

Il reato consumatosi il 27 aprile 1816<sup>51</sup> era stato istruito solo due anni più tardi, a causa di lungaggini preliminari dovute a molteplici questioni di competenza e legittimazioni processuali. L'esperimento era stato richiesto e compiuto addirittura più di quattro anni dopo, il 9 giugno 1820<sup>52</sup>. Nonostante l'esteso periodo intercorso tra l'avvenimento illecito ed i rilievi peritali, a firma sempre dell'architetto Forte, la ricostruzione emersa e contenuta nei verbali, nella pianta e relativa legenda, sembrava poter rispecchiare fedelmente la dinamica del reato, individuando i soggetti coinvolti ed il loro ruolo nella vicenda, descritta tanto realisticamente da indicare le precise traiettorie dei colpi esplosi dal principale

---

<sup>48</sup> Ivi, ff. 9-11 *r.-v.* Tra i quesiti posti vi era quello di «come era situata la sagrestia (confrontare la "legenda" allegata al fascicolo), posta nel dintorno della Taverna de' Bagni» e con questa comunicante; «se la sagrestia si trovasse sotto, sopra, affianco alla stanza ove fu trovato ucciso il Mainardi la notte del 10 giugno ultimo»; ancora, «se la brigata dei fucilieri nel ritirarsi dalla contrada detta "Quarto" presso la strada consolare tra il comune di Pagani e la Taverna de' Bagni dopo aver pattugliato dovette passare avanti la porta d'ingresso della stanza ove dormiva il bettoliere e, in questo caso, quale distanza intercede tra la detta porta e quella per cui si va alla caserma occupata dai fucilieri e come dette porte siano distanti»; «se la stanza ove dormiva il bettoliere e quella in cui si ritrovò ucciso era diversa da quella destinata ad alloggiare il fuciliere reale de Santis»; «se le stanze erano diverse verificare se fornite di chiavi e mascature o aperte e senza di esse»; «osservare come siano situate le stanze dei due religiosi addetti al mantenimento del locale della chiesa, se di fianco, al di sopra o al di sotto della taverna e come siano poste le rispettive porte d'ingresso ed in qual distanza erano»; «osservarsi la distanza che intercede tra la mangiatoia e la stalla in cui dormiva Luigi Longhi [...] e se poteva chiudersi la porta d'ingresso della stanza in cui fu ucciso il bettoliere».

<sup>49</sup> Molta della documentazione della Gran Corte del Principato Citeriore, presente nell'Archivio di Salerno, non è stata ancora inventariata, ma nemmeno sistemata in maniera consapevole da esperti di diritto in grado di individuare le diverse fasi dei lunghi ed articolati procedimenti spesso collegati tra loro. I molteplici atti, verbali e documenti rinvenuti, sovente non risultano collocati nel loro corretto ordine cronologico e logico.

<sup>50</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 1, fasc. 7, f. 6 *r.*

<sup>51</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 1, fasc. 2, f. 1 *r.*

<sup>52</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 1, fasc. 7, f. 45 *r.-v.*, 46 *r.*



incolpato Luigi Barbariti. Il tutto trovava conferma anche nei reperti raccolti e custoditi.

Significativa appare la circostanza che vennero chiamati dei «periti cacciatori»<sup>53</sup>. Costoro erano stati interpellati in virtù della competenza tecnica e balistica per rispondere agli interrogativi di volta in volta emersi durante l'accertamento, specie somministrando i necessari chiarimenti su «buchi» e «direzione dei colpi tirati». Fu proprio il loro ausilio a rendere accurata la consulenza che, non subendo efficaci contestazioni, consentì alla Corte di concludere il processo nello stesso anno con «condanna all'unanimità ai lavori forzati in perpetuo» dell'imputato<sup>54</sup>.

Il nuovo sistema di garanzie processuali assicurava una seria partecipazione delle parti nell'assunzione dell'«esperimento probatorio» che, per le capacità tecniche dell'architetto, per i minuziosi quesiti posti, per l'accuratezza dell'esecuzione ed alla luce dell'ausilio fornito dai periti, cacciatori o altri esperti, come dal primo cittadino, prometteva una fedele ed oggettiva ricostruzione dello stato dei luoghi e degli oggetti repertati. Le molte assonanze con la moderna consulenza/perizia apparivano *ictu oculi*. Tale tipo di «esame» espletato materialmente al di fuori del processo, ma acquisito in giudizio nel contraddittorio delle parti e con le forme di legge, avrebbe potuto «placare» le inquietudini del giudice ed indirizzare la Corte su un verificabile e sicuro argomento a sostegno della sua determinazione. Quest'ultima nel processo Mainardi, costellato da istanze e rinvii, pervenne tuttavia dopo oltre quattro anni, producendo un'infinità di incartamenti e di ricorsi<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Ivi, f. 45 r., 46.

<sup>54</sup> A seguito del ricorso del Barbariti alla Suprema Corte di Giustizia di Napoli ed a causa di «incertezze probatorie» la pena venne commutata a sette anni di reclusione. In realtà dalla motivazione traspariva la preoccupazione di un possibile scambio di identità tra il condannato e suo fratello. Quest'ultimo, la cui presenza al delitto emergeva dalla perizia, aveva esploso a sua volta dei colpi di arma da fuoco, ma era oramai deceduto. Proprio tale circostanza pareva avesse spinto il ricorrente ad impugnare la pronuncia non mostrandosi più necessario un suo totale accollo di responsabilità. Il che aveva opportunamente instillato, sul punto, dubbi nella Corte. ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 1, fasc. 2, ff. 97-100 r.-v.

<sup>55</sup> L'incartamento del processo Mainardi è costituito dalla busta 78 al cui interno sono custoditi otto fascicoli, più altri due in realtà appartenenti a diverso giudizio. I primi tre riguardano «atti generici ed altre carte specifiche relative all'omicidio», il fascicolo quarto contiene alcuni atti stragiudiziali ed una parte dell'istruttoria, il successivo concerne il conferimento dell'incarico all'architetto Forte di rilevare la pianta topografica, il sesto raccoglie le pubbliche discussioni, gli ultimi due i provvedimenti emessi dalle differenti giurisdizioni.

b) *Il caso Tisi*

Da quando era entrata in vigore la legge sull'Ordinamento giudiziario del 29 maggio 1817<sup>56</sup>, che aveva attribuito ai Giudici d'istruzione la competenza penale e li aveva inquadrati come ufficiali di polizia giudiziaria, affidando loro il compito di raccogliere le prove dei reati, scoprire ed arrestare i rei, istruire i processi ed operare rispetto ai colpevoli nei modi di legge<sup>57</sup>, il volto della giustizia penale era profondamente cambiato. Di tale intenso lavoro di scomposizione e ricomposizione si incontrano dirette conferme in altri fascicoli giudiziari coevi. Infatti risulta immediatamente che il medesimo impegno ricognitivo ed un'analoga puntuale accortezza guidarono le indagini relative all'omicidio di Matteo Tisi, avvenuto presso la sua abitazione in Salerno, il 14 settembre 1818<sup>58</sup>. A primo acchito le cause e le circostanze del reato apparirono oscure, ma si suppose abbastanza presto il probabile movente di natura patrimoniale. Instaurato il processo, il Giudice istruttore, dr. Gaetano Berardelli, curò scrupolosamente le attività relative all'individuazione delle notizie e degli elementi utili a ricostruire le dinamiche del delitto, come l'espletamento e la certificazione delle ispezioni compiute per scoprire le ipotizzabili modalità di accesso e di fuga dalla 'scena del crimine', nonché per individuarne il plausibile autore.

A differenza dei suesposti casi Mainardi e Gaiano in cui erano già stati identificati i probabili responsabili, nella vicenda giudiziaria Tisi il sopralluogo degli esperti e dei tecnici fu disposto dall'«istruttore», nonché ufficiale di polizia giudiziaria, all'inizio delle indagini. Sembrava concretizzarsi, come segnalato da Niccola Nicolini, l'idea che la funzione di quel magistrato, in quanto «*primo giudice dell'affare*», fosse assolutamente determinante, provvedendo a disporre le

<sup>56</sup> Ribadendo il superamento delle giurisdizioni 'privilegiate', affidava tutti i cittadini ai giudici statali, cfr. G. Landi, *Istituzioni di Diritto Pubblico del Regno delle Due Sicilie, 1815-1861*, Milano 1977, pp. 841 ss.; E. Dezza, *Saggi di Storia del Diritto Penale Moderno*, Milano 1992, p. 79.

<sup>57</sup> Cfr. artt. 95-96. I Giudici d'istruzione dipendevano dalle Gran Corti criminali e dai Regi procuratori. I procuratori valutavano l'opportunità dell'azione e formavano l'atto di accusa se ritenevano i reati di competenza della Gran Corte Criminale o della Gran Corte Speciale. Sul giudice di circondario come ufficiale di polizia giudiziaria e sui legami col giudice d'istruzione, cfr. l'art. 42 della legge del 1817. Secondo il dettato dell'art. 13 del Codice di rito del 1819 «la polizia giudiziaria né misfatti appartiene al giudice d'istruzione ed al giudice di circondario». Cfr. P. Liberatore, *Trattato degli ufiziali di polizia giudiziaria nell'istruzione delle pruove ne' processi penali*, Napoli 1826, pp. 3-6; «vigile debb'essere l'occhio di questa polizia, ma non come l'occhio del ciclope che non si apriva se non per scegliere le sue vittime, e'l suo sguardo debb'essere diretto più dalla legge, che dal funzionario che n'è incaricato», ivi, p. 14.

<sup>58</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 52, fasc. 5, f. 129 r.

investigazioni opportune e quasi, sin da subito, a «*creare i mezzi del convincimento*»<sup>59</sup> per il giudice di merito.

In apertura del fascicolo, la *Cedola di assegnazione a testimoni* appare di particolare rilievo. Questa consisteva in un invito a comparire nel luogo e nel tempo indicato ed è rintracciabile nei diversi incartamenti esaminati<sup>60</sup>. Come espressamente ribadito nel Libro I, Titolo IV, *Terza parte della istruzione delle pruove*, delle *Leggi della Procedura ne' giudizi penali*<sup>61</sup>, «l'uffiziale di polizia giudiziaria esaminerà i testimonj designati ne' rapporti, nelle querele o nelle denunzie», ma anche «chiunque altro egli crederà utile allo scoprimento del vero» (art. 75). Nel delitto Tisi, per la nebulosità che avvolgeva il fatto, la specifica convocazione era stata rivolta specificamente ai 'testi', affinché si presentassero «per deporre in affari che alla giustizia interessano»<sup>62</sup>. È significativo in questa circostanza che tra le persone citate fossero anche qui annoverate i soggetti che avessero conoscenza diretta del delitto ed altresì artigiani e tecnici professionisti<sup>63</sup> chiamati a porre le loro competenze al servizio della verità. Se la testimonianza *tout court* verteva su un fatto «permanente», il teste dichiarante poteva essere condotto sul luogo del delitto per fornire spiegazioni. In aggiunta, assumeva l'ufficio di 'testimone' a tutti gli effetti anche colui che era designato a coadiuvare le attività di ricerca nelle varie ipotesi di ricostruzione dell'accaduto, presentando personali osservazioni con una collaborazione attiva all'indagine ed all'assunzione dei reperti<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> N. Nicolini, *Della Procedura penale*, cit., sez. XIII, pp. 295-299.

<sup>60</sup> Cfr. per conferme, con riferimento al caso Mainardi, ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 5, f. 1 r. Per il caso Tisi, ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 52, fasc. 3, f. 1. r.

<sup>61</sup> Il Codice del 1819 avrebbe trovato applicazione anche nel processo Tisi, la cui durata si potesse ben oltre l'entrata in vigore di quel testo ufficiale: «veduta la nostra legge de' 26 di marzo 1819 colla quale è disposto che dal giorno primo di settembre 1819 sarà legge pe' nostri reali dominj al di qua e al di là del Faro *il Codice per lo Regno delle due Sicilie*». Nelle *Leggi della procedura*, l'art.1 confermava che «il codice civile, il codice penale, il codice di procedura civile, le disposizioni contenute nel decreto de' 20 di maggio 1808 intorno alla giustizia criminale, ed il codice di commercio, pubblicati durante l'occupazione militare, e per nostra sovrana disposizione provvisoriamente in vigore, saranno pienamente aboliti a contare dal primo giorno di settembre del corrente anno 1819».

<sup>62</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 52, fasc. 3, f. 1 r.

<sup>63</sup> «Chiunque è citato per far testimonianza o perizia, sarà tenuto a comparire; altrimenti potrà esservi astretto in forza di un mandato di accompagnamento dell'uffiziale di polizia giudiziaria, che ha spedito l'ordinanza di citazione» (art. 82).

<sup>64</sup> Cfr. artt. 89-90 del Codice di rito penale del 1819. Utile precisare che in materia di istruzione, a norma dell'art. 54, «l'ingenero è diretto a stabilire la pruova della esistenza del reato» e che gli artt. 55 e 56 indicavano le modalità che «l'uffiziale di polizia giudiziaria» avrebbe dovuto seguire per assicurarla e conservarla o almeno descriverne lo stato attuale e dedurne quello precedente, precisando che «se una parte soltanto della esistenza del soggetto

Dal primo verbale rinvenuto si evince che il giudice istruttore, con l'assistenza del cancelliere, dei periti e dei testimoni, intesi in senso ampio, procedeva al sopralluogo nella casa della vittima in Largo della Dogana Regia. Venivano descritti vie ed attività commerciali ivi presenti, specificando in più occasioni che, «analizzate le componenti della porta», i falegnami hanno dichiarato che «non vi erano segni né di effrazioni né di violenza». Il composito gruppo si era addentrato nel palazzo, «passando per diversi ballatoi» muniti di porta «priva di serratura e senza segni di manomissione» e di un piccolo balcone che dava sulla piazza. Giunti al piano del delitto, si notavano due ingressi uno di Tisi, l'altro di Andrea Dini di Giffoni, prete ed «affittuario del deceduto»<sup>65</sup>.

La serietà della ricerca e delle garanzie predisposte nel corso delle indagini si evincono dalle minuziose descrizioni presenti nei verbali e nelle seguenti raffigurazioni compiute in questo procedimento come negli altri richiamati. Secondo quanto indicato nei documenti archivistici, ad ogni accesso ufficiale si procedeva preliminarmente ad accertare e ad attestare che i sigilli apposti risultassero integri e che la «sbarra di legno posizionata precedentemente dai falegnami»<sup>66</sup> non fosse stata spostata o rimossa. Nello specifico, recuperata la chiave dell'abitazione presso il giudice del circondario, sempre gli stessi artigiani avevano attestato che la parte interna della porta non presentava «segni di effrazione» e che tutto appariva regolare. A tal punto l'indagine si concentrava sull'audizione dei testimoni: erano interpellati, per i dovuti riscontri, sulle circostanze a loro note, indicando il luogo dove la chiave era stata ritrovata, quali indumenti indossava la vittima, in quale posizione era stato rinvenuto il cadavere. L'esame compiuto ad ampio raggio, attraverso le tracce di sangue lasciate, l'osservazione degli arredi e degli oggetti ritrovati, dello stanzino e degli accessi alla casa e sulle loro modalità di chiusura, nonché dalla «polvere e la fuliggine» rinvenuta sulle porte, mirava a ricostruire l'intera sequenza dei fatti, che andava dall'omicidio sino al momento della fuga dell'aggressore.

La ricerca di elementi probanti aveva finito per concentrarsi sul terrazzo scoperto ed in specie su di un «piccolo balcone» in linea con «il piccolo tetto» della

---

materiale su cui è stato commesso il reato, può essere provata dal fatto permanente, questa parte sarà verificata come un ingenero principale; il rimanente come un ingenero suppletorio» (art 57), e che «l'ingenero ne' misfatti e delitti appartiene al giudice d'istruzione, al giudice di circondario» (art. 58). Infine, «l'atto legale con cui l'uffiziale di polizia giudiziaria sorprende o si assicura di ciò che sia stato il soggetto materiale di un reato, o che ne indichi la esistenza o ne mostri le reliquie, o che ne sia stato l'istrumento, il mezzo o il prodotto, o che serva alla pruova così del corpo del reato, come dell'autore del medesimo, o della innocenza o scusa dell'imputato, chiamasi *reperto*» (art. 60).

<sup>65</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 52, fasc. 3, f. 4 r.-v., Tavola I, f. 34 r.

<sup>66</sup> Ivi, f. 28 r., Tavola IV, f. 40 r.-v.

vittima<sup>67</sup>. Anzi, «ritornando sul terrazzo scoperto, nella parte ad oriente, si era notato che vi era la possibilità dal ‘lastrico a cielo’ di Giuseppe Fontanella di passare, per mezzo del tetto, in quello di Tisi». Ivi erano state anche ritrovate «due tegole smosse dal loro sito»<sup>68</sup>. Formulata più di un’ipotesi, il prosieguo dell’ispezione si concentrava sugli altri ambienti che componevano la casa del Tisi e sugli oggetti ritrovati, tra cui «una gran quantità di cuoio per i cavalli da carrozza» che uno dei testimoni «affermeva appartenere ad Andrea Dini», inquilino della vittima. Si trattava di roba che, al tempo delle prime operazioni eseguite «dal regio giudice del circondario», era stata trovata nella «sala» e poi spostata «per maggior sicurezza» nella grande stanza «galleria»<sup>69</sup>. Valutando sempre la presenza di balconi, insieme a quella di aperture e porte, e la loro eventuale alterazione (per assenza di polvere e fuliggine), il giudice istruttore ordinava ulteriori misure a garanzia della serietà delle operazioni di accertamento: c’era da raccogliere una serie di oggetti, per conservarli come reperti, alla presenza dei testimoni, in una cassa chiusa e sigillata. Presi pure i vestiti ed il fazzoletto insanguinati, si procedeva ad assumere le dichiarazioni dei testimoni in merito al modo in cui erano state trovate le porte e le finestre al tempo del primo accesso effettuato. A conclusione dell’intervento, si poteva dichiarare che a seguito di verifica di quali soglie si aprivano con le chiavi rinvenute nell’abitazione, rinchiusi gli usci e finestre, sigillate nuovamente le porte della casa del Tisi, riconsegnati in custodia il sigillo e la chiave d’ingresso, «si e[ra] ordinato a due fucilieri di trasportare la cassa nel Giudicato del Distretto sotto la sorveglianza del cancelliere»<sup>70</sup>.

Il successivo verbale sintetizzava il sopralluogo espletato nella casa affittata da Andrea Dini di Giffoni e nei magazzini di Tisi, mirando a fissare le vie di ingresso alla casa della vittima, ma pure a decifrare possibili motivi di conflitto tra i due, così come eventuali moventi in capo ad altri sospettati<sup>71</sup>. Valutate e

<sup>67</sup> Ivi, ff. 10-11 *r.-v.*, Tavola V, f. 42 *r.*

<sup>68</sup> Ivi, f. 12 *r.*, Tavola V, f. 42 *r.-v.* Infine, analizzando l’ultima possibile via di accesso, «si è ritenuto di tenere in considerazione anche l’eventualità che, essendo il terrazzo di Tisi sporgente verso mezzogiorno rispetto alla sua stessa casa, si potesse passare con una piccola scala o strumento simile sulla loggetta dell’anticucina. Sono state ritrovate diverse buche nel muro che potevano facilitarne la discesa, ma, non trovando a terra alcuna traccia di intonaco né piccoli sassi, che necessariamente sarebbero caduti nel caso in cui fosse stata quella la strada scelta dal reo, si è pensato di escludere anche questa opzione».

<sup>69</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 52, fasc. 3, ff. 13-14 *r.-v.*, Tavola VII, f. 47 *r.*

<sup>70</sup> Ivi, f. 18 *r.*

<sup>71</sup> Ivi, ff. 19-21 *r.-v.*, Tavola VII, f. 46 *r.* Osservando l’abitazione dal Largo della Dogana, «i presenti sono stati concordi nell’ammettere l’impossibilità, nonostante il quartino di Dini risulti essere immediatamente sottoposto a quello dell’assassinato, di accedere alla casa della vittima». Pur segnalata una porta che collega l’appartamento con la camera da letto del Tisi,

scartate molteplici ipotesi dell'avvenuto passaggio attraverso altri locali e case, si procedeva ad individuare eventuali punti di osservazione dei fatti, pure dall'area esterna fronte strada.

Esprese le opinioni e fornite con dovizia di particolari credibili ricostruzioni del caso, il giudice istruttore aveva a disposizione elementi sufficienti per ordinare ai periti di procedere alla redazione di un rilievo topografico con opportuno disegno e pianta, da cui risultasse la dettagliata raffigurazione dell'abitazione della vittima con l'inserimento nella leggenda di tutti i dati appresi e dedotti dalle indagini condotte nei diversi locali esaminati. Così procedendo, il notevole lavoro di raccolta di informazioni tecniche e logiche sin a quel momento svolto veniva immortalato e consegnato nella sua integrità alle parti, al pubblico ed alla stessa Corte che, qualora ne fosse conseguito un formale atto di accusa, avrebbe dovuto poi pronunciarsi in fatto ed in diritto sul funesto accadimento<sup>72</sup>. Le disposizioni normative degli ultimi anni, così come le *Leggi della procedura ne' giudizi penali*, sembravano pertanto ricevere, presso la Corte, fedele applicazione<sup>73</sup>.

#### 4. Una nuova 'prova regina'

Presso la Gran Corte Criminale del Principato Citeriore iniziavano a raccogliere i frutti di quel lungo dibattito che si era avviato sin dal XVIII secolo e che aveva sollecitato la riforma del giudizio penale con una «veemente critica rivolta alle prove legali ed alla tortura [...] e al processo scritto e segreto». Tale più datata maniera di «concepire il processo, in relazione alla sua struttura, ai suoi fini ed al rapporto in genere tra cittadino e autorità», caricava di significato emblematico le battaglie intraprese in funzione del progressivo consolidarsi dell'ideale accusatorio<sup>74</sup>. Era oramai chiaro che al processo fossero soggetti

---

la stessa, a dire dei falegnami, non poteva essere stata la via di accesso dell'omicida dal momento che, «proprio come dal versante di Tisi si era osservato, risulta essere impolverata e non presenta la benché minima presenza di segni di violenza ed effrazione».

<sup>72</sup> A riprova della minuzia dell'accertamento occorre segnalare che lo stesso giorno fu predisposta un'ulteriore perlustrazione con un nuovo testimone, il prete Giuseppe Pastina di Giffoni, per ricercare la 'giamberga' che questi dichiarava aver visto indosso alla vittima e che non era stata rinvenuta.

<sup>73</sup> Mi riferisco, in particolare, al dettato degli artt. 64, 66 e 70.

<sup>74</sup> M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, cit., pp. 119-122. «Dal 1791 fino all'emanazione del codice di istruzione criminale del 1808, la giuria cambiò pelle più volte». [...] La diffidenza di Napoleone verso la stessa «lo indusse a ridare spazio e autorità ai professionisti del diritto, quasi conseguenza dell'abbandono di un processo a totale vocazione accusatoria per un parziale ripristino, nella fase istruttoria, dei canoni inquisitori». Il timore, però, che la loro

anche «coloro che risulteranno poi innocenti» ed in una società civile doveva prevalere l'interesse «a saper assolto un colpevole, piuttosto che condannato un innocente». Di conseguenza «nella scoperta del colpevole non deve scorgersi il fine unico del metodo probatorio, al quale ogni altro vada sacrificato» in base ad «una fanatica visione unilaterale»<sup>75</sup>. Accantonando vendetta ed intimidazione, e con esse crudeltà e spettacolarità, il rito penale ed i suoi attori erano chiamato ad applicare la legge e, separato il peccato dal crimine, a rendere giustizia 'nel e del' caso concreto. In tal maniera si riteneva la condanna legittima solo ove, nel rispetto delle prescrizioni e delle garanzie difensive, fosse fugato ogni intimo e ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato e sull'opportunità della sanzione. Avversando gli inutili tecnicismi ed artifici, si affidava al giudice un lavoro da compiere, coscienziosamente, in egual misura a favore di tutti i consociati<sup>76</sup>.

Era stata avviata una stretta connessione tra la predeterminazione legale dei delitti e delle pene, la certezza del diritto e la salvaguardia delle aspettative individuali di ciascuno, con reazioni punitive proporzionate alla concreta gravità del delitto come all'entità dell'obiettivo danno sociale provocato dal reato<sup>77</sup>. Che tali ideali e tutele, pur quando recepiti a livello normativo, si fossero dovuti

---

abolizione «conducesse quasi inevitabilmente al ripristino delle prove legali finì alla fine per prevalere», dunque primeggiò «l'impossibilità di separare il libero convincimento dall'istituto della giuria senza correre il rischio di giudici nuovamente armati di poteri straordinari per limitare i quali occorreva rispolverare la teorica delle prove legali». Così L. Garlati, *La sovranità alla nazione, la giustizia al popolo: l'istituzione della giuria in Francia tra principi costituzionali e leggi penali (1789-1910)*, in «Revista europea de historia de las ideas politicas y de las instituciones públicas», VI (noviembre 2013), pp. 99-121, spec. pp. 100s., 113.

<sup>75</sup> Ivi, con richiami alle fonti, pp. 122 ss., sottolineando che era stata la riflessione penale maturata sul finire dell'*Ancien Régime* ad elaborare un insieme di presupposti e principi fondamentali capaci di segnare una svolta storica in una prospettiva di razionalità punitiva tendente a contemperare efficienza repressiva e garanzie dei diritti individuali.

<sup>76</sup> Cfr. l'art. 195 della l. 29/05/1917, secondo cui «senza distinzione o privilegio di persone saranno sottoposti alla medesima giurisdizione e alle stesse forme de' giudizi, salvo ciò ch'è disposto dalle leggi per la repressione de' delitti militari».

<sup>77</sup> Esaltano il peculiare contributo del pensiero illuministico G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014, pp. XIII-XVIII. Sul favore espresso da Beccaria per il criterio morale del libero convincimento, come valutazione delle prove mediante «semplice ed ordinato buon senso», cfr. E. Dezza, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia 2013, p. 95. Sui fini ed i caratteri della pena, sulla sua 'determinazione' afflittiva, ma non tirannica, capace di dissuadere dal reato rispettando la dignità umana, anche alla luce della partecipazione psicologica volontaria del reo al delitto (dolo) e considerando la difficoltà di provare l'esistenza di alcuni reati, cfr. le riflessioni di G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, tomo V, Genova 1798, spec., continuazione del libro III, capi XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, pp. 87-147.

scontrare con tendenze conservatrici ed orientamenti di compromesso sin dal primo Ottocento<sup>78</sup> è un dato dimostrato e acquisito: «la giustizia penale, assunta come il fine per il quale diritto e processo si compendiano, non è storicamente rappresentabile dentro lo schema di un costante processo verso l'incivilimento. Essa ha conosciuto crisi e regressioni, insieme a fasi in cui è stata asservita a disegni tirannici e a progetti di dominio politico»<sup>79</sup>. Tuttavia, pur tra ostacoli, arretramenti e limiti, alcuni assunti di fondo, quali l'idea del diritto penale come *extrema ratio*, la funzione preventiva delle misure sanzionatorie e l'esigenza della proporzionalità tra delitto e pena rappresentano punti di svolta di una concezione attenta alla necessità di bilanciare repressione e tutela dell'incolpato<sup>80</sup>.

Nondimeno, restituendo al magistrato la libertà della propria coscienza e l'autonomia del giudizio sul fatto, si era avviata la ricerca di strumenti, tra cui la stesura dei 'motivi', che potessero impedire a queste facoltà di degenerare in rinnovati arbitrii<sup>81</sup>. L'individuazione degli argini e dei contrappesi capaci di bilanciare l'attribuzione di tali 'poteri' ai giudici si era andata riverberando sulle osservazioni relative alle fasi del procedimento, al pubblico dibattimento<sup>82</sup>, ai principi dell'immediatezza, oralità ed imparzialità, alla motivazione ed alla

<sup>78</sup> Il *Code d'instruction criminelle* cercò di mediare tra metodi processuali opposti, tentando di conciliare, «alla luce del libero convincimento, una fase di impronta inquisitoria con una fase dibattimentale a carattere accusatorio, basata sui principi del 1791». (M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, cit., pp. 172s). Molte riflessioni sui «lavori delle commissioni nominate da Murat nel 1810 per l'adattamento dei nuovi codici francesi al Regno» e sul contributo dei ministri dell'Interno e della Giustizia, Giuseppe Zurlo e Francesco Ricciardi, si leggono in Mastroberti, *Per una storia unitaria della svolta napoleonica nel Regno di Napoli, Introduzione a Il Regno di Napoli*, cit., p.13; Id, *Codificazione e giustizia penale*, cit., pp. 164 ss.

<sup>79</sup> M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., p. 4.

<sup>80</sup> Tra i segnalati limiti dell'illuminismo penale: concezione meccanicistica dell'attività interpretativa, preferenza per le pene fisse, ancoraggio della graduazione delle pene alla sola gravità della lesione del bene giuridico. Così Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., p. XIX.

<sup>81</sup> Cfr. diffusamente M. Tita, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Napoli 2000 ed i tanti spunti in Id. *L'eccesso di motivazione. In margine al tema storico delle sentenze ragionate*, in *Il potere dei conflitti*, cit., pp. 155 ss.

<sup>82</sup> Sulle dispute in tema di dibattimento pubblico e sui suoi principi ispiratori, è interessante lo scontro di posizioni emerso nel gennaio 1833, in occasione del discorso di apertura del nuovo anno giudiziario, tra Nicolini, quale avvocato generale della Suprema Corte di Giustizia, ed il presidente della Suprema Corte di Giustizia di Napoli, Antonio Ilario de Blasio, che addirittura invocava la soppressione del dibattimento segnalandone le gravi disfunzioni. Il magistrato rispose con sentenza al Nicolini al fine di mostrare la gravità della questione. F. Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio*, cit., pp. 184-200.



separazione di questioni di fatto e di diritto, capaci di indirizzare molte delle scelte legislative formulate negli anni successivi<sup>83</sup>.

Il sistema dell'intimo convincimento fin dal suo primo affermarsi, in uno scenario articolato ed impegnativo, si era posto in termini problematici, con particolare riferimento alla scelta e all'uso di strumenti idonei a responsabilizzare e controllare la correttezza dell'istruzione come l'operato del magistrato, paventando quasi sistemi intermedi fra prove legali e morali.

In ragione di detto criterio, i giudizi per gli assassini del Mainardi e del Tisi, come del tentato assassinio del Gaiano, celebrati con 'rito ordinario'<sup>84</sup> perché inerenti a delitti comuni, furono permeati dall'idea che non avesse significato pervenire a condanne in assenza di prove e tantomeno al di là della legge, ma al contrario che, in nome della giustizia sostanziale, la punizione dovesse legarsi alla certezza, intesa pure nel senso che «il giudice deve cominciare a condannare solo quando intimamente persuaso della colpevolezza», con una determina-

<sup>83</sup> Favorì il libero convincimento «la fiducia in un ordinamento giudiziario in cui la giustizia venisse amministrata da 'incorrotti magistrati'». In realtà, più che ragioni logico-giuridico, fu l'urgenza di sovvertire il passato e la volontà (poi inattuata) di costruire un sistema analogo a quello anglosassone, «che indussero a forzare - in materia di prove - il postulato essenziale della teoria illuministica del processo, consistente in una ferrea osservanza del principio di legalità». M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, cit., pp. 130-135. Sulla procedura penale 'mista' adottata a Lucca negli stessi anni e sulle garanzie offerte, specie tramite la scrittura, all'intimo convincimento del giudice professionista, cfr. F. Carrara, *La cessata procedura*, cit., pp. 46-51: «non può dirsi processo orale puro quello che in parte si fa con lo udire la viva voce dei testimoni, e in parte col leggerne le deposizioni. Ma i nostri maggiori stimarono meglio impropriare in tal guisa la oralità, perché trovarono ragioni che consigliavano questo metodo, e non trovarono ragioni bastanti per temerlo pericoloso. Le ragioni per adottarlo furono: [...] l'agio ad una migliore ponderazione. Quando non ai giurati, ma ai giudici permanenti, si affidavano le risoluzioni del fatto; affinché il sussidio della scienza non fosse una farisaica sembianza, ma una realtà, occorreva dare agio a cribare i varii deposti nella quiete, e col confronto presente tra deposto e deposto, anziché sulla reminiscenza; la quale rileva più spesso una impressione del cuore, che un calcolo della mente» (p. 48).

<sup>84</sup> A fronte di reati contro l'ordine pubblico ed al cospetto di compagnie armate che davano vita a 'società del lucro e del sopruso', ricorrendo a violenze efferate, era prevista anche un'opzione di rito più idonea a reprimere, o almeno a scoraggiare, gli illeciti particolarmente gravi con la possibile adozione del procedimento speciale: quando la Gran Corte Criminale, in presenza dell'imputato, dichiarava la 'competenza speciale' «come dalla legge del 29 maggio 1817 (art. 88)». Siffatta attribuzione «poteva essere impugnata nelle ventiquattro ore dalla notifica con ricorso alla Corte suprema, che giudicava in modo urgentissimo. Una volta respinto il ricorso o divenuta inoppugnabile la dichiarazione di competenza speciale, il presidente della Gran Corte Speciale dava di tempo ventiquattro ore per la presentazione della lista testimoniale o per qualsivoglia altro adempimento istruttorio». G. Greco, *L'evoluzione del controllo sociale*, cit., p. 317. Cfr. Id., *Istituzione e procedure delle Gran Corti Criminali*, in A. Massafra (cur.), *Il Mezzogiorno preunitario. Economia, società e istituzioni*, Bari 1988, pp. 547-553.

zione raggiunta nel rispetto del diritto di difesa e sotto lo sguardo attento delle parti e della società<sup>85</sup>.

Di sicuro, in ogni tipologia di rito, la prova dei fatti rimaneva innanzi alla Corte essenziale al giudizio, pure quando le condotte di ribellione al restaurato governo ed alla sicurezza del territorio reclamavano una certa celerità degli accertamenti e rigore nelle risposte punitive. Infatti le vie progressivamente battute dalla Gran Corte appaiono equilibrate o comunque indirizzate a scongiurare conseguenze irreparabili ed *in primis* che venisse condannato un innocente<sup>86</sup>. Era assicurata l'autorità di giudizio, accanto ai controlli necessitati da fini di legalità e giustizia, quasi a non voler manifestamente privare la repressione di possibili garanzie.

Proprio dal copioso materiale archivistico emerge che, nel corso del dibattimento e della pubblica discussione innanzi alla Gran Corte Criminale, la consulenza, mostrando e chiarendo anche visivamente l'ambientazione e lo sviluppo del delitto, in danno del Gaiano quanto del bettoliere, venne apprezzata tanto da assumere un ruolo probatorio primario. Pure nella vicenda Mainardi il Regio procuratore generale la richiamò con forza a supporto delle sue tesi accusatorie, mettendo in grossa difficoltà la difesa che, con vana fatica, tentò di evidenziare incongruenze e lacune nell'intento di intaccare gli elementi di reità che da essa nitidamente trasparivano<sup>87</sup>. Naturale conseguenza fu che su tale antesignana perizia il collegio agevolmente ancorò la decisione di pena di morte con decapitazione dell'imputato Giovanni de Santis<sup>88</sup>. La «pianta», impiegata

---

<sup>85</sup> Così si esprimeva M. Foucault, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, cura e trad. di V. Marchetti - A. Salomoni, Milano 2000, p. 18, precisando che comunque «a una certezza non del tutto acquisita corrisponderà di fatto una pena leggermente o ampiamente attenuate, ma pur sempre una pena. Ciò significa che ancor oggi nel nostro sistema, e malgrado il principio dell'intimo convincimento, dei forti indizi non restano mai del tutto impuniti. È in questo modo che si applicano le circostanze attenuanti» (p. 19).

<sup>86</sup> «La Gran Corte Speciale deliberava con ordinanze non soggette a nessun tipo di ricorso soltanto nel caso di decisioni che operavano un declassamento della imputazione, nel ripristino sostanziale della competenza ordinaria, nelle decisioni di condanna a morte o di pene perpetue non assunte all'unanimità, si poteva far ricorso alla Corte Suprema». G. Greco, *L'evoluzione del controllo sociale*, cit., pp. 317s.; interessanti anche le osservazioni sull'inquadramento delle Gran Corti Speciali, p. 318. Su tali tematiche e sulle giurisdizioni 'straordinarie', cfr. L. Turco, *La giustizia d'eccezione tra antico e nuovo diritto: i tribunali straordinari nel regno di Napoli*, Napoli 2009.

<sup>87</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 4, ff. 4-6 *r.-v.* Per l'art. 192 «il processo verbale dello sperimento verrà depositato in cancelleria; e le parti ne saranno certiorate. Le parti ed il loro difensore han dritto di osservarlo con tutto il rimanente degli atti».

<sup>88</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 8, ff. 118-119 *r.-v.*

altresì per negare recisamente la richiesta di annullamento della condanna, ottenne l'incoronazione a prova regina del processo<sup>89</sup>.

Sino a quel momento, specie nel caso Mainardi, la sequela decisamente eccessiva di dichiarazioni rese da testi sulla dinamica del reato (molte, tra l'altro di dubbio peso istruttorio in quanto effettuate da persone che affermavano di non aver avuto percezione diretta dell'evento) aveva fornito una verità fumosa e parziale, ma soprattutto contraddittoria del fatto storico. Addirittura sembravano emergere elementi di corresponsabilità in capo ad alcuni altri deponenti, anch'essi fucilieri, come si rileva dai verbali delle perquisizioni successivamente disposte nei loro confronti<sup>90</sup>. Quelle tante voci sembravano non meritare piena 'fede', pur numerose e legislativamente regolamentate, non riuscendo a favorire quella opportuna serenità interiore da porre alla base della persuasione del giudice. Nel valutarle, egli avrebbe dovuto necessariamente operare una scrupolosa cernita ed un esame accurato per stabilirne il valore ed assumere una decisione che legittimamente rispecchiasse il 'vero': «quando l'animo crede finalmente aver trovato il vero, ei pruova un sentimento di riposo e di quiete; e lo pruova appunto», ma «la combinazione delle pruove che un dì si faceva numericamente e materialmente quasi fuori del giudice, cominciò ad essere un calcolo analitico e sintetico nell'interno del suo animo». Attraverso questa fitta «catena» doveva esser nello stato di calarsi nell'avvenimento, come se fosse stato presente, quasi 'partecipe' al momento: «di tutto ciò in cui la legge fissava norme certe di convincimento, tal che dato il tal modo e la tale spezie di pruova, il reo dovea dichiararsi convinto, fu detto poi *criterio legale*: tutto ciò che è rimesso alle combinazioni ed al calcolo del senso interno del giudice, favellante più col suo cuore che col raccoglitore delle pruove per valutarne il *peso morale*, è *criterio morale*»<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Ivi, f. 142 r.-v.; fasc. 7, ff. 249-251 r.-v., 264 r. «La Gran Corte lo condanna alla pena di morte da espiarla colla decapitazione nel pubblico mercato di questa città», 18 marzo 1822.

<sup>90</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 3, *Incartamento di fogli scritti relativi al verbale e certificati di perquisizione di Luigi Longhi ed Antonio Pedullà*, f.n.n.

<sup>91</sup> N. Nicolini, *Della Procedura Penale*, cit., sez. XIII, pp. 290s. Il corsivo è nel testo. Il giurista dichiarava che «non vi è fonte da cui non possa attingersi una pruova, purché sia ben calcolata e discussa. Cominciò allora a sentirsi che la testimonianza di chi certifica un fatto non merita fede se non per quanto i giudici credono ch'egli vi sia stato presente, e ch'egli lo abbia veduto [...] in tutti i particolari ch'ei ne racconta, e che il suo senso non lo abbia ingannato. Ecco una serie di fatti che conveniva sviluppare ad ogni dichiarazione. – Che s'egli lo avesse, non veduto, ma inteso da altri, questa serie di fatti è maggiore, ed a proporzione che la catena se ne fa più lunga e se ne moltiplicano gli anelli, il giudice è in maggior distanza morale dal fatto criminoso, e per ciascuno di questi anelli occorre una certa pruova onde assicurarsi della esattezza de' sensi del testimone, e ch'egli non ha interesse a mentire. [...] Così si venne a *cribare* ed a *cernere*. Quindi la voce *criterio*». *Ibidem*.

In tale prospettiva, l'esame compiuto ed i puntuali disegni prodotti dall'architetto Forte fornivano elementi difficilmente sovvertibili, concentrando l'attenzione degli organi giudicanti su dati tecnici e scientifici che, fotografando luoghi ed azioni, consentivano quasi di proiettarsi nel tempo e nei luoghi del passato ed assistere da spettatori all'evento delittuoso. Coordinata con altri elementi di prova, la 'perizia' offriva una ricostruzione della verità processuale e non più assoluta, ma il più aderente possibile al campo degli avvenimenti realmente accaduti, in grado di garantire parametri di giudizio potenzialmente convincenti e condivisibili, in quanto 'oggettivi' e con «effetti di verità e di potere»<sup>92</sup>. In particolare, a conferma del peso assunto da planimetrie e rappresentazioni grafiche, non è trascurabile che, tra le tante testimonianze, quella resa dal cuoco dell'Osteria venne ritenuta la più attendibile perché la sua ricostruzione sui fatti antecedenti al reato, sulla posizione del de Santis, sul rinvenimento del cadavere e sullo stato dei luoghi nell'immediatezza dell'omicidio, era aderente a quanto emerso nell'esame tecnico e conforme alle notizie certe che da questo erano derivate. Anche riguardo al movente, le relative dichiarazioni risultarono assai consone a quel che verosimilmente era già affiorato dalle indagini compiute<sup>93</sup>.

Nell'omicidio Tisi i disegni e documenti figurativi furono il risultato dell'ispezione compiuta nei giorni immediatamente successivi al delitto, nella ricerca di possibili canali investigativi e dell'autore e ragioni del crimine. Confutando molte delle primissime dichiarazioni ed ipotesi avanzate, le 'carte' subito redatte avevano fornito chiarimenti ed osservazioni logiche, con ampio valore dimostrativo, rivelando l'intrinseca capacità di palesare che per soggetti il cui coinvolgimento era in astratto possibile, nell'esame concreto dei fatti, dei luoghi e dei reperti, potesse divenire dubbio o da scartare. Il che evitò che fossero incluse nel novero degli 'incolpati' e, in assenza di provate e «convincenti risultanze»<sup>94</sup>, messe in stato d'accusa o addirittura condannate persone innocenti e del tutto estranee ai fatti.

«Visti gli atti della voluminosa procedura compilata sull'assassinio di Matteo Tisi di Salerno», il Regio procuratore sostituto presso la Gran Corte Criminale di Principato Citra, infatti, rilevava che «fin dai primi istanti due tracce diverse si offrirono alla giustizia, la prima individuata dal prete Don Andrea Dini di Giffoni contro di Antonio Avallone ed altri congiunti di costui della stessa città

<sup>92</sup> Utilizzo tale espressione di Foucault (*Gli anormali*, cit., p. 21), benché riferita a tutt'altro ambiente storico e scientifico-istituzionale, nonché aspramente criticata nella sua intima sostanza, per sottolineare che certi «enunciati giudiziari privilegiati» di alto valore probatorio, almeno ai loro albori, riuscirono ad assumere una formidabile portata ed una carica positiva ai fini della risoluzione delle controversie.

<sup>93</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 6, f. 144 r.v.

<sup>94</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 52, fasc. 5, f. 138 r.-v.

di Salerno. La seconda da mano ignota spinta dall'interesse di Avallone ed i suoi complici contro il prete Dini. Queste due tracce furono in principio rapidamente percorse, ma tosto abbandonata la prima, si attese a coltivare la seconda». Determinanti in tal senso furono diversi elementi che «consigliarono l'inquisitore a seguire con il massimo impegno la traccia indicata contro del Dini»: tra questi «l'essersi Dini asserito erede universale e particolare dell'estinto Tisi in forza di testamento e ciò nel dì seguente all'invenzione del cadavere. La sorpresa del testamento suddetto che apparisce scritto il 10 settembre alle ore 17 in casa del Tisi e che poi si è riconosciuto falso; l'aver il Dini immediatamente dopo la invenzione del cadavere del Tisi fatto trasportare nella di lui masseria tutti i generi esistenti in quella dell'assassinato con animo di appropriarseli ed altri diversi amminnicoli». Se a seguito delle varie ispezioni effettuate «le prove della reità» contro i mandatari risultarono fallaci, escludendone la presenza sul luogo del crimine o nelle sue vicinanze, la posizione del mandante apparve sin da subito compromessa. Benché a carico del prete Dini le risultanze probatorie si mostrassero convergenti alla luce delle merci rinvenute, delle misurazioni e delle distanze cristallizzate nella pianta topografica, elaborata anche in questo caso dall'architetto Forte, furono comunque necessarie ulteriori verifiche che potessero confermare il quadro emergente<sup>95</sup>.

##### 5. *Un sistema di prova misto*

Il processo penale sembrava oramai avvalersi di un giudice, soggetto alla legge, ma disposto e legittimato a condannare solo quando le risultanze probatorie, più o meno numerose, e gli altri elementi emersi attraverso il giudizio lo avessero intimamente convinto della colpevolezza, quindi della verità delle vicende su cui fondava l'accusa e della necessità di punire il reo con la sanzione penale. Proprio la norma positiva, indicando requisiti e consistenza di ogni elemento probatorio o fatto vagliabile, fissandone i tempi ed i modi di ingresso nel processo e nella sfera di conoscenza e valutazione del magistrato, costituiva una rassicurante garanzia. Come avrebbe dichiarato Francesco Carrara a proposito dello *ius puniendi* dello Stato, «anche la convinzione deve avere i suoi canoni e le sue misure»<sup>96</sup> ancorandosi ad esteriori e verificabili vincoli che, guidando 'saggiamente' il magistrato ed illuminandone la coscienza, lo avrebbero trattenuto da impulsi ed abusi<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> Ivi, ff. 129-138 *r.-v.* Il testamento siglato 10 settembre 1818 a favore del Dini risultò falso, o meglio retrodatato, e lo stesso notaio rogante, dr. Domenico d'Andria di Giffoni, fu inquisito quale autore connivente della falsificazione.

<sup>96</sup> Ivi, ff. 136 *r.-v.*, 137 *r.* F. Carrara, *La cessata procedura lucchese*, cit., p. 51.

<sup>97</sup> Sull'indipendenza e, soprattutto, sulla libertà e 'forza' del giudice rispetto alla legge, cfr. le recenti riflessioni di G. Zagrebelsky, *La giustizia come professione*, Torino 2021, spec. pp. 129,

Chiusosi il processo Mainardi, il de Santis per l'assodata scelleratezza del suo comportamento venne condannato alla pena di morte che, rinunciando all'esemplarità contemplata dal codice in vigore, fu disposta con decapitazione (17 aprile 1820). Ciò a riprova delle maggiori facoltà accordate all'interprete nel momento applicativo della legislazione criminale, sino a consentirgli di scegliere modalità di esecuzione da lui sentite come più adeguate. Lo stesso, nella stesura della motivazione finale, che, per quanto in una versione ancora abbozzata e meramente parziale, si soffermava sulla valutazione della solida impalcatura probatoria posta a suo fondamento, affinché la decisione potesse ricevere pubblico consenso, creare fiducia nelle istituzioni ed essere accettata dalla parte.

Nel caso in esame, risultando l'omicida tutt'altro che persuaso di meritare la pena capitale, è interessante notare come il difensore fosse pronto ad impugnare la decisione, tanto da instradare il giudizio per la via dei ricorsi e da trascinarlo innanzi per diversi anni<sup>98</sup>. In proposito le dichiarazioni della Corte appaiono suggestive: la condanna non venne annullata perché si ritenne «di non esservi differenza di pena nella sua entità, cioè nella morte, ma bensì esist[esse] differenza sul modo di esecuzione di essa. Giacché le leggi previgenti la culminano con la decapitazione e le leggi presenti la impongono con un modo speciale, cioè quello di doversi eseguire col laccio sulle forche e quindi in rapporto al modo si trova più mite il codice penale abolito»<sup>99</sup>. Con tali argomenti, di accompagnamento al rigetto dell'istanza, il giudice intendeva sottolineare che suo interesse, nella 'transizione' tra vecchio e nuovo diritto criminale, sostanziale e processuale, era quello di accordare la punizione estrema, ma attuando le modalità che meno ferivano la dignità dell'individuo riconosciuto reo. Oltre ad avvalersi della libera valutazione delle prove in merito all'accertamento del fatto, il giudice si mostrava in possesso di margini di discrezionalità in ordine alla congruità della pena ed alla sua materiale inflizione.

A distanza di secoli, appare tuttavia ancora ineliminabile la questione riguardante l'individuazione di un punto di equilibrio tra «il bisogno di certezza formale, ancorato ad un sistema di tassative fattispecie legali, e il bisogno di

---

142s. «La legge è un'astrazione e, nel momento in cui la si deve rendere concreta, il giudice è solo», ivi, p. 142.

<sup>98</sup> Matteo Guida, avvocato del de Santis, presentava ricorso per annullamento il 20 maggio 1820. Il processo venne rimesso alla G.C. Criminale di Terra di Lavoro. ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 7, ff. 249-250 r.-v., 264 r. Nonostante la conferma della condanna, fu proposto nuovo ricorso per annullamento innanzi alla Suprema Corte, 20 maggio 1822, conclusosi il 22 giugno 1824 con convalida della pena di morte da seguirsi però con modalità immediate e meno spettacolari, ivi, f. 388 r.-v.

<sup>99</sup> ASSA, *Gran Corte Criminale*, II Serie, busta 78, fasc. 6, ff. 249-265, 327-389 r.-v.

giustizia sostanziale»<sup>100</sup>. Il dibattito in tema di prova penale resta aperto. Una parte della dottrina processualistica sostiene l'importanza, pur all'interno del contemporaneo sistema del libero convincimento, del principio della tassatività dei mezzi probatori<sup>101</sup> e non manca chi segnala il permanere di ipotesi di prova legale<sup>102</sup>. Inserendosi nel dibattito sul libero convincimento del magistrato, dal suo angolo visuale Foucault piuttosto sosteneva che dovesse trovare accoglimento qualsiasi strumento «probante», cioè «tale da comportare l'adesione di una mente suscettibile di giudizio (dunque di verità)», concludendo che «è la dimostrabilità della prova che la rende accettabile»<sup>103</sup>. Alla luce dei tanti nodi problematici ancora da sciogliere, lo studio del modellarsi, arricchirsi ed affinarsi della disciplina del settore criminale e dei suoi fini impone di essere affiancato e connesso a quello sui mutamenti e sugli sviluppi delle sue forme attuative. Nell'attualità il processo rappresenta non solo il mezzo funzionale all'applicazione della normativa, ma pure il primario strumento di tutela dell'individuo che ha infranto la 'serenità' sociale e colpito i beni da questa protetti. Nondimeno, il processualpenale continua a destare preoccupazioni sebbene, in nome dell'acquisita civiltà e della dignità umana, le società moderne proclamino l'ancoraggio al 'giusto processo' ed il formale ripudio di ogni forma di tortura o superflua coercizione. Se è creduta imprescindibile una proporzionata relazione tra uso legittimo, controllato e limitato, dell'autorità e del 'castigo' con garanzie di libertà e difesa dell'individuo sottoposto a giudizio, non può escludersi che le contingenze, come i mutamenti nei poteri e nelle priorità della politica, possano nuovamente indurre spinte regressive, con «la volontà di farne un ottuso mezzo repressivo» o trasformarlo «in occasione di privilegiata impunità»<sup>104</sup>. Ed è

<sup>100</sup> Cfr. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, Milano 1965, p. IX.

<sup>101</sup> Cfr. G. Sabatini, Voce *Prova*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino 1967, pp. 365 ss. Per approfondimenti recenti, cfr. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, I, Torino 2017, spec. capitoli I, III e VIII; G. Pasini, *Le prove deboli nel processo penale italiano*, Torino 2018.

<sup>102</sup> F. Antonioni, *Regole di prova legale e processo penale*, in «La Giustizia penale», (1955), parte III, col. 9 ss. Cfr. A. Gaito, *La prova penale*, I, *Il sistema della prova*, Milano <sup>2008</sup>.

<sup>103</sup> M. Foucault, *Gli anormali*, cit., p. 18s. Di seguito argomentava che «il criterio in base al quale si riconoscerà che la dimostrazione è stata stabilita non è il quadro canonico delle buone prove, ma è la convinzione: la convinzione di un soggetto qualsiasi, di un soggetto indifferente. In quanto individuo pensante, egli è suscettibile di conoscenza e verità. Ciò significa che, con il principio del libero convincimento, si è passati dal regime aritmetico-scolastico (e così ridicolo) della prova classica al sistema comune, al regime ordinario o anonimo della verità per un soggetto che si presuppone universale» (p. 19).

<sup>104</sup> Cfr. M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, cit., p. 4. Sulle contraddizioni del sistema penale liberale e sulla specificità del 'diritto penale politico', cfr. F. Colao, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da «delitto fittizio» a «nemico dello Stato»*, Milano 1986, spec. pp. 1-69. Sulle antinomie, in termini di diritti, e sui fini ed esigenze repressive incidenti sul 'modello' di rito

proprio allora che il giudice con la sua coscienza potrà divenire l'oppositore ed il mediatore di tali scelte o, all'inverso, il principale esecutore.

---

penale italiano contemporaneo, con particolare riferimento agli ultimi tre decenni, cfr. le suggestive considerazioni di F. Colao, *Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano 2003, spec. cap. XI.