

## CLASSIFICAZIONE

EQUO PROCESSO – RINNOVAZIONE DELLA TESTIMONIANZA DECISIVA IN DIBATTIMENTO

## RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, ART. 6 – DIRITTO AL PROCESSO EQUO – *OVERTURNING* IN APPELLO DI SENTENZA ASSOLUTORIA – MANCATA RINNOVAZIONE TESTIMONIANZE RILEVANTI – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 § 1 DELLA CONVENZIONE.

## RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

5/07/2011, Dan c. Moldavia; 05/03/2013, Manolachic.Romania; 04/06/2013, Hanu c. Romania; 04/06/2013, sentenza 9 aprile 2013, Flueras c. Romania, 9/04/2013; Hogeia c. Romania, 29/10/2013; Lorefice c. Italia, 29/06/17; Lazu c. Moldavia. 5/07/2016; Ekbatani c. Svezia, 26 maggio 1988, Constantinescu c. Romania, no 28871/95, CEDH 2000-VIII, Dondarini c. Saint-Marin, n 50545/99, § 27, 6 luglio 2004, et IgualColl c. Spagna, no 37496/04, § 27, 10 marzo 2009.

Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016 - dep. 06/07/2016, Dasgupta, Rv. 267486. Sez. U, n. 18620 del 19/01/2017 - dep. 14/04/2017, Patalano, Rv. 269786; Sez. U, n. 14800 del 21/12/2017 - dep. 03/04/2018, P.G. in proc. Troise, Rv. 272430; Sez. U, n. 14426 del 28/01/2019 - dep. 02/04/2019, PAVAN DEVIS, Rv. 275112.

## PRONUNCIA SEGNALATA

CORTE EDU, Prima sezione, decisione del 20 ottobre 2020, Tondo v. Italia, n. 75037\14

**ABSTRACT:** *la Corte europea di diritti umani ribadisce che quando il giudice dell'impugnazione è competente a valutare non solo questioni **di diritto**, ma anche di **fatto** ed è impugnata una sentenza di assoluzione è obbligatorio procedere alla rinnovazione **di tutte** le testimonianze sottoposte a **nuova interpretazione** ed assumere le **prove allegare dall'accusato** che nega la responsabilità. Ribadisce che la valutazione della prova dichiarativa è una **operazione complessa** che **non** può essere effettuata solo su base cartolare.*

*Ha concluso ritenendo che il ricorrente, in mancanza della suddetta rinnovazione, è stato privato del suo diritto ad un processo equo e, applicando il disposto dell'art. 41 della*

*Convenzione, ha ritenuto, per l'effetto, adeguato accordare al ricorrente una somma a titolo di danno morale.*

### **1. Il caso.**

1.1. La Corte di assise di appello di Lecce, **reformando radicalmente** la sentenza assolutoria di primo grado, riteneva insussistente l'esimente della **legittima difesa** e condannava Fernando Tondo e Fabio Tondo per i reati di omicidio consumato e tentato.

La Corte territoriale procedeva all'*overturning* ritenendo necessario esaminare nuovamente solo un imputato, Fabio Tondo, senza procedere all'esame di Fernando (ricorrente alla Corte Edu), ritenendo necessario l'esame a causa dell'emersione di una progressione dichiarativa discontinua.

La Corte di assise di appello, pur limitandosi a rinnovare l'esame del solo Tondo Fabio, procedeva ad una complessiva **rivalutazione di tutte le testimonianze** raccolte in primo grado, compresa quella del teste oculare Garzia, che aveva assistito all'evento omicidiario e che era stata ritenuta espressamente "decisiva" (§ 18).

L'*overturning* si fondava:

(a) sulla **testimonianza del teste oculare**, ritenuta non credibile dai primi giudici: il Garzia aveva dichiarato che la vittima al momento dell'esplosione del colpo mortale era gravemente ferita, piegata e non aveva capacità reattive;

(b) sulla **consulenza tecnica del pubblico ministero** che indicava che la vittima gravemente ferita, al momento in cui fu esplosa il corpo mortale era priva di capacità reattive, mentre che il Tondo Fernando, che aveva sparato, sebbene ferito era ancora in condizioni di potersi allontanare; veniva espressamente svalutata la consulenza della difesa secondo cui l'offeso, al momento dello sparo, era invece in condizioni di reagire (§ 20);

(c) sulle **dichiarazioni della madre vittima**, che a sua volta era stata attinta da un colpo, rilevatosi non mortale, cui era seguita la contestazione di tentato omicidio.

1.2. La Cassazione con decisione del 5 marzo (a) rigettava il ricorso proposto dal Tondo Fernando sull'accertamento di responsabilità, ritenendo che non vi fossero dubbi sulla univocità dimostrativa delle prove a carico; (b) annullava la sentenza di condanna a carico di Tondo Fabio rilevando che la stessa, in violazione del diritto convenzionale consolidato, era fondata sulla rivalutazione cartolare della testimonianza del Garzia, ritenuta ininfluenza dai primi giudici, ma decisiva in appello; (c) annullava la sentenza di condanna nei confronti di entrambi gli imputati relativamente alla mancata concessione delle attenuanti generiche.

1.3. In sede di rinvio la Corte di assise di appello di Taranto, previa audizione del Garzia, condannava il Tondo Fabio alla pena di dodici anni di reclusione e rideterminava il

trattamento sanzionatorio del Tondo Fernando, che veniva condannato alla pena di anni diciannove di reclusione.

1.3. Il Tondo Fernando proponeva ricorso alla Corte Edulamentando che **anche** la sua condanna, come quella del Tondo Fabio "dipendeva" dalla testimonianza del Garzia, che tuttavia con riguardo alla sua posizione, non era stata rinnovata in appello.

## **2. La ratio decidendi.**

La Corte europea ribadiva la sua consolidata giurisprudenza ed affermava chequando il giudice di secondo grado ha poteri di **cognizione piena**, che comprendono non solo la valutazione di questioni di diritto, ma anchela capacità dimostrativa delle prove, il ribaltamento di una decisione assolutoria - se è fondata sul**diverso apprezzamento di una testimonianza** -postula la sua rinnovazione, ovvero la sua "percezione" diretta (§ 38 e 39). La Corte ha ribadito che la valutazione della testimonianza è un accertamento **complesso non effettuabile su base esclusivamente cartolare** (§ 43). Affermava altresì la necessità di procedere all'assunzione delle **prove allegare a discarico dall'accusato** che nega la sua colpevolezza (§ 38).

## **3. La decisione.**

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto "non equo" il processo che si era concluso con la condanna del Tondo Fernando, in quanto la riforma della sentenza assolutoria era"fondata" sulla rivalutazione - su base esclusivamente cartolare -della capacità dimostrativa di **tutte** le testimonianze assunte in primo grado, **compresa quella del Garzia**(ritenuta espressamente "decisiva" dai giudici di secondo grado: §§ 42 e 45).

Veniva altresì rilevata la anomala differenziazione tra il percorso processuale del Tondo Fabio rispetto e quello del Tondo Fernando: non era in dubbio infatti che la vittima fosse morta a causa del colpo esplosivo da Fernando, ma era in valutazione, per entrambi gli imputati, la sussistenza dell'esimente della legittima difesa, dipendente dalla valutazione delle condizioni e dalla posizione della vittima al momento della sparò

## **4.Note**

4.1. La decisione ribadisce la giurisprudenza consolidata della Corte Edusulla necessità della rinnovazione delle testimonianzeoggetto di**diversa** valutazione in caso di *overturning* della sentenza assolutoria.

La Corte europea manifesta ancora una volta la sua tensione verso la valutazione della **equità complessiva del processo** ribadendo che, in caso di *overturning* basato su una **nuova interpretazione**delle testimonianze, le stesse devono essere rinnovate, **a prescindere dalla loro incidenza** sulla decisione. Dal percorso argomentativo della

sentenza non trapela, infatti, quella distinzione tra **prova decisiva e prova di contesto** che informa la nostra giurisprudenza in materia di rinnovazione.

Sul punto la Corte Edu è chiara: quando si procede ad un *overturning* bisogna rinnovare **tutte** le prove testimoniali sottoposte ad una nuova interpretazione. Ed ammettere le **prove allegate a discarico** dall'accusato che nega la sua responsabilità: questa indicazione della Corte Edu, invero, non è affatto "assorbita" dal nostro ordinamento (§§ 38 e 39), sebbene risulti coerente con la *ratio* che informa molte decisioni della Corte Edu, ovvero la massima tensione verso la tutela prerogative dell'accusato che partecipa "attivamente" al processo.

2. Nonostante il nucleo fattuale decisivo del caso "Tondo" fosse costituito dalla identificazione della posizione e delle capacità reattive della vittima al momento dello sparo, e che la ricostruzione di tali circostanze sia stata effettuata attraverso la valutazione **non solo** delle testimonianze (del teste oculare Garzia e della madre della vittima), **ma anche** delle consulenze tecniche, la Corte non fa **alcun cenno alla necessità di rinnovare la prova scientifica** (§§ 44, 45).

Si tratta di una scelta che conferma che l'estensione dell'obbligo di rinnovazione **all'esame del perito** non trova esplicito conforto nella giurisprudenza di Strasburgo, che si limita a ritenere imprescindibile per la formazione della prova scientifica il rispetto del diritto alla "parità delle armi" ed al contraddittorio, tutelato dall'art. 6 § 1 della Convenzione.

Nella lettura dei giudici europei la parità delle armi nella formazione della prova scientifica non è garantita tanto (e solo) dall'esame del perito, quanto (a) dal diritto di **presentare fonti tecniche alternative a quelle dell'accusa** e che proponano valutazioni rispetto a quelle antagoniste (b) dal diritto di **partecipare alle operazioni tecniche**. La violazione dell'art. 6 della Convenzione è stata infatti ritenuta in tutti i casi in cui all'imputato non è stata offerta una concreta possibilità di falsificare le tesi tecniche introdotte dall'accusa, non (solo) attraverso l'esame del tecnico, ma (soprattutto) attraverso l'allegazione di prove tecniche antagoniste, o è stata negata la partecipazione alle operazioni tecniche.

Nel caso in esame la difesa ha avuto la possibilità di criticare attraverso il proprio consulente le conclusioni del tecnico dell'accusa (che aveva concluso per il difetto di capacità reattive della vittima): è per questa ragione - deve ritenersi - che la Corte europea non ha fatto alcun cenno alla necessità di riedizione della prova scientifica.

3. In sintesi la decisione Tondo v. Italia evidenzia diverse asincronie tra l'ordinamento convenzionale e quello interno; secondo la Corte Edu infatti:

- (a) devono essere rinnovate **tutte** le testimonianze che in appello vengono sottoposte a nuova interpretazione e non solo quelle decisive;

- (b) devono essere ammesse e rinnovate le prove **allegate dall'accusato** che nega la sua colpevolezza;
- (c) la parità delle armi quando si raccoglie la prova scientifica è garantita dal **contraddittorio tecnico** e non solo dall'esame incrociato del perito (del quale non è richiesta la rinnovazione obbligatoria in appello).

#### 4. Addenda

Di seguito una breve rassegna delle maggiori decisioni della Corte Edu in materia di prova scientifica:

- caso Matytsina v. Russia (5 sez. 27 aprile 14): la Corte Edu ha affermato che «*witnesses and experts play a different role in proceedings and have a different status. The latter cannot be fully associated with "witnesses", at least not for all purposes (see Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, nos. 11082/06 and 13772/05, § 711, 25 July 2013)*» (§ 168) distinguendo nettamente la prova scientifica dalla testimonianza ed identificando la lesione del contraddittorio nella mancata acquisizione delle prove tecniche di parte e, segnatamente nella mancata escussione degli esperti dell'accusa dei quali era stata acquisita la relazione.
- Caso Poletan e Azirovik v. Macedonia (5 sez. 12 maggio 2016): la Corte non ha rilevato la violazione dell'art. 6 § 1 non ritenendo in contrasto con le garanzie convenzionali il fatto che i tecnici che avevano esaminato la qualità della sostanza in sequestro fossero della Polizia e che non vi erano ragioni per ritenere violato il contraddittorio in relazione al rifiuto di ripetizione della perizia.
- Caso Sara Lind v. Islanda (3 sez. 5 luglio 2007) la Corte ha invece rilevato la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione ritenendo che la nomina di una commissione peritale medica, composta da professionisti che lavoravano nello stesso ospedale dove prestavano servizio gli imputati, non garantisse la neutralità dell'organo cui era affidata la valutazione tecnica e, ledesse il principio della parità delle armi, privando le prerogative difensive della ricorrente.
- Caso Stoimenov c. Macedonia (5 sez. 5 aprile 2007) la Corte Edu ha rilevato la violazione del principio della parità delle armi in quanto nel corso del processo non era stata disposta una "ulteriore" perizia sul corpo del reato come richiesto dal ricorrente che aveva evidenziato che l'analisi tecnica posta alla base della condanna era stata compiuta prima dell'avvio del procedimento, allo specifico fine di proporre la denuncia.

- Caso G. B. v. Francia (3 sez. 2 ottobre 2001) la Corte ha rilevato la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione perché in seguito ad un repentino mutamento di opinione dell'esperto in ordine alla pericolosità del ricorrente verificatosi in udienza dopo l'esame di nuove allegazioni del pubblico ministero non era stata concessa la possibilità di effettuare una nuova analisi tecnica.
- Caso Mantovanelli v. Francia (18 marzo 1997) la Corte europea ha rilevato l'iniquità del processo e la violazione dell'art. 6 § 1 perché ai ricorrenti non era stato consentito di partecipare alle operazioni peritali, extraprocessuali, sviluppatesi attraverso l'audizione di persone in possesso di informazioni decisive.
- Caso Doorson v. Paesi Bassi (26 marzo 96) (pronuncia nota per la questione dei testimoni anonimi), la Corte ha ritenuto che il principio della parità delle armi non fosse stato lesa dalla mancata audizione dell'esperto, tenuto conto che è di competenza delle giurisdizioni nazionali stabilire quali sono i testimoni utili per l'accertamento della responsabilità.
- Caso Brandstetter v. Austria (28 agosto 1991) la Corte Edu analizzailricorso sotto ilprofilodellaviolazionedell'art. 6 § 1 precisando«*the Court considers it appropriate to examine the applicant's complaint under the general rule of paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1) of the Convention, whilst having due regard to the guarantees of paragraph 3 (art. 6-3) (see, inter alia, the Bönisch judgment of 6 May 1985, Series A no. 92, pp. 14-15, para. 29). The Court notes that, read literally, sub-paragraph (d) of paragraph 3 (art. 6-3-d) relates to witnesses and not experts. It points out that in any event the guarantees contained in paragraph 3 (art. 6-3) are constituent elements, amongst others, of the concept of a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6-1) (ibid.)*»(§ 42). Nel caso in esame la Corte nonharitenuto la violazione delle garanzie convenzionali in relazione alla mancata assunzione degli esperti proposti dalla difesa del ricorrente.
- Caso Bonisch v. Austria (6 maggio 85) la Corte europea rileva la complessiva iniquità della procedura per violazione del principio della parità delle armi, tenuto conto che il consulente di parte era stato inquadrato come testimone e aveva partecipato solo all'udienza nel corso della quale era stato udito, mentre il perito nominato dal giudice aveva potuto partecipare a tutto il dibattimento. La Corte ha ribadito che in materia di perizia viene in considerazione il § 1 dell'art. 6 della Convenzione dato che il § 3 lett. d) è riservato ai testimoni, di nuovo distinguendo lo statuto della testimonianza da quello della perizia. Si leggenellapronuncia «*the Court would recall that the guarantees contained in paragraph 3 (art. 6-3) are constituent elements,*

*amongst others, of the concept of a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6-1) (see, inter alia, the Artico judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 15, para. 32, the Goddi judgment of 9 April 1984, Series A no. 76, p. 11, para. 28, and the Colozza judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 14, para. 26).» (§ 29).*

Si segnala **l'unica decisione rinvenuta** in cui la Corte ha rilevato l'iniquità convenzionale a causa dell'omesso esame del tecnico, con specifico riguardo parametro previsto dall'art. 6 § 3 lett. d), **sebbene non espressamente riferito al caso dell'overturing**, ma della Carta di Roma, ritenuto una declinazione delle più generali garanzie previste dall'art. 6 § 1: caso *Constantinides v. Grecia* (1 sez 6\10\2016) dove si afferma «*if a court decidesthat an expertassessmentisneeded, the defenceshouldhave the opportunity to put questions to the experts, to challengetheirfindings and to examinethemdirectlyat the trial (seeMirilashvili v. Russia, no. 6293/04, § 190, 11 December 2008*».

Da questa breve rassegna emerge che la Corte europea distingue nettamente la testimonianza dalla prova scientifica ed evidenza come la garanzia prevista dall'art. 6 § 3 lett. d) della Convenzione sia espressamente prevista solo per i testimoni, ovvero per dichiaranti **non** esperti; questo sebbene il § 1 dell'art. 6 nel delineare il diritto al processo equo comprenda anche i profili di garanzia specificamente declinati nel § 3.