**GIUDICE DEI DIRITTI E DELLE GARANZIE**

*Premessa*. Il sistema processuale della Repubblica di San Marino, ispirato al modello inquisitorio, ha in origine (quanto meno fino alla riforma del 1994) consentito di far largo uso dei poteri di coercizione personale, rimessi alla quasi totale discrezionalità dell’inquirente, in aperto contrasto con l’art. 5 Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo, che la Repubblica di San Marino aveva ratificato con decreto n. 22 del 1989 ed elevato a rango di norma costituzionale.

La riforma del 1994 ha parzialmente limitato l’ampio potere dell’Inquirente nel disporre la carcerazione cautelare preventiva e gli altri provvedimenti cautelari, anche se i margini di discrezionalità, dei quali invero i magistrati ne fanno uso prudente, restano tutt’ora molto ampi.

Risulta opportuno, in questo senso, un intervento legislativo che detti regole certe e chiare relativamente a:

* i provvedimenti cautelari che possano essere adottati;
* i reati per i quali debbano essere obbligatoriamente o discrezionalmente applicati tali misure in presenza di determinate condizioni;
* la durata delle misure nel rispetto del principio di rango costituzionale della presunzione di innocenza.

*Progetto di riforma*. Una delle novità più interessanti caratterizzante il progetto di riforma del nuovo codice di procedura penale di San Marino concerne l’introduzione di una figura sconosciuta all’ordinamento vigente: il Giudice dei diritti e delle garanzie.

Trattasi del Giudice che sarà incaricato di provvedere in merito all’emissione di misure cautelari personali e reali, in materia di intercettazioni, ed infine in materia di eventuale formazione anticipata della prova, prevista solo in casi eccezionali.

Il punto di rottura rispetto all’ordinamento vigente riguarda, in particolare, l’opportunità di attuare il c.d. “*contradditorio anticipato*” tra le parti, in un momento antecedente all’esecuzione della misura cautelare personale, consentendo così all’interessato un confronto con il proprio accusatore prima dell’emissione del provvedimento cautelare, in maniera tale da garantire, anche in tale fase, la tutela del pieno diritto di difesa, nel rispetto dei principi sovranazionali di garanzia della persona.

Prevedendo l'instaurazione di un contraddittorio «*anticipato*» rispetto all'emanazione del provvedimento cautelare, si pone il Giudice nella condizione di adottare la propria decisione soltanto dopo avere vagliato anche le ipotesi alternative eventualmente prospettate dalla difesa, tutelando in tal modo pienamente il diritto di difesa del soggetto nei cui confronti potrà essere eseguita la misura cautelare.

È noto che sulla possibilità di attuare il contraddittorio anticipato nel procedimento di applica­zione della misura cautelare, la dottrina si interroga da tempo.

Si tratta di una scelta che indubbiamente presenta numerose difficoltà sotto il pro­filo pratico, che può determinare l’aumento di alcuni costi, in termini di impiego di risorse umane e materiali, e che, in particolare, richiede l’adozione di meccanismi volti ad impedire che l’imputato possa sottrarsi al provvedimento del giudice, alterando gli equilibri tra efficienza e garanzie.

Ciò nondimeno è una scelta che, al di là di tutto, impone di essere attentamente valuta­ta. Se compito del legislatore e dell’interprete è attuare gli “*assiomi garantisti*”, è opportu­no verificare se le difficoltà siano insuperabili e se i costi siano davvero superiori ai benefici che nascono dal rispetto di regole e di valori fondamentali in uno Stato di diritto. Di certo va respinta la tendenza a far dipendere il mantenimento dello *status quo* da mera pigrizia intellettuale o dalla preoccupazione per le novità che impongono un cambiamento, anche dal punto di vista organizzativo o logistico, dei modi di gestire la vicenda cautelare da parte degli operatori del settore, innanzitutto: giudici, pubblici ministeri e avvocati.

Semmai, sposato un principio, occorre accertarsi che esso non rimanga o non risulti applicato in modo meramente formale, senza una reale attuazione della garanzia che esso intendeva tutelare. In questo caso, sì, non vale la pena introdurre cambiamenti e riforme che rischiano solo di indebolire la garanzia che ci si preoccupava di irrobustire, svelandone l’ineffettività.

Si è osservato che una posizione di supplenza riconosciuta al tribunale della libertà, lungi dall’incentivare il rigore argomentativo del provvedimento *de libertate*, non farebbe che accrescere la “*tentazione*”, per l’ufficio emittente, di privilegiare l’urgenza della coercizione rispetto al consolidarsi delle ragioni che la dovrebbero supportare» (M. Ceresa Gastaldo, *Il riesame*, cit., pp. 199-200).

In quest’ottica rappresenta un sicuro termine di confronto l’esperienza di altri ordi­namenti che tali riforme hanno già realizzato, sperimentandone luci ed ombre.

*L’esperienza francese*. L’ordinamento giuridico francese, già a partire della legge n. 84-576 del 9 luglio 1984 *tendant à renforcer les droits des personnes en matière de placement en détention provisoire et d’exécution d’un mandat de justice*, prevede che la custodia cautelare sia disposta a seguito di un *débat contradictoire* tra il pubblico ministero e il difensore. Tale impostazione, compiuta nel preciso intento di rafforzare le garanzie che accompagnano il collocamento in detenzione provvisoria – una volta introdotta – pur avendo la materia formato oggetto di diversi interventi legislativi, è stata mantenuta an­che dalle riforme successive, a conferma del principio secondo cui la funzione difensiva si esplica nel pieno contraddittorio. Il riferimento è, specialmente, alla legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000 *renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes*, che ha portato alla istituzione del *juge des libertés et de la détention* al quale è stata affidata la competenza a disporre la detenzione provvisoria e la proroga della stes­sa. Si è trattato di una riforma – da taluni definita – ambiziosa, avente come preciso intento quello di ridurre il ricorso alla detenzione in via cautelare e di rafforzare la pre­sunzione d’innocenza sottraendo il potere di disporre la più grave forma di limitazione della libertà in via provvisoria al giudice istruttore, affidandola ad un organo terzo e imparziale, estraneo all’inchiesta e, dunque, meno condizionato.

Il procedimento prevede che, ove ne ricorrano i presupposti, il pubblico ministero formuli la richiesta di applicazione della detenzione provvisoria al giudice istruttore, il quale, se la ritiene fondata (ritenendo, in particolare, sufficienti le obbligazioni derivanti dal c.d. controllo giudiziario), emette un’ordinanza motivata e la trasmette, insieme al *dossier* del procedimento e alla richiesta del pubblico ministero, al *juge des libertés et de la détention*. Alla luce degli elementi del *dossier* e dopo avere, se ritenuto utile, raccolto le osservazioni dell’interessato, il giudice informa quest’ultimo della sua intenzione di disporre la detenzione provvisoria e che egli ha il diritto di richiedere un termine per preparare la difesa. Nel caso in cui il soggetto non eserciti tale diritto, si procede im­mediatamente al *débat contradictoire*. L’udienza, salvo alcune eccezioni, è pubblica; vi partecipano il pubblico ministero, la persona *mise en examen* e il difensore, nominato d’ufficio o di fiducia. Al termine dell’udienza il giudice decide con ordinanza motiva­ta, la quale, nell’ipotesi in cui è disposta la misura custodiale, deve indicare le ragioni dell’insufficienza del controllo giudiziario (alla stessa stregua dell’ordinanza del giudice istruttore che ha richiesto la misura). Ove l’indagato o il suo difensore chiedano un ter­mine a difesa, il giudice non può disporre immediatamente la detenzione provvisoria, ma può disporre, con ordinanza motivata inappellabile, che il soggetto venga posto in stato di detenzione per una durata determinata che non può in alcun caso eccedere il termine di quattro giorni feriali. Segue, poi, il *débat contradictoire*, secondo le caratte­ristiche sopra illustrate.

Per la verità, la riforma ha incontrato le perplessità della dottrina, che ha, sin dall’inizio, segnalato il rischio potesse trattarsi di un’innovazione inutile, incapace di arginare il fenomeno del massiccio ricorso alla custodia cautelare in carcere e di raf­forzare la presunzione di innocenza; ma che, soprattutto, non avrebbe offerto maggiori garanzie in termini di imparzialità del giudice, atteso che il *juge des libertés et de la détention* sarebbe stato comunque influenzato dal parere del giudice istruttore. Pesa, in particolare, la limitata conoscenza degli atti da parte del primo, che in mancanza della possibilità di avere i tempi e i modi per giungere ad una visione approfondita e completa della vicenda, nella maggior parte dei casi, c’è la possibilità che finisca con il far affidamento sull’orientamento di chi, invece, l’inchiesta conosce bene. In più, vi è il timore che l’idea del “*double regard*” possa indebolire ancor di più il giudice istruttore, il quale potrebbe sentirsi deresponsabilizzato proprio dal fatto che tale decisione neces­siti l’approvazione del *juge des libertés et de la détention*. Non solo: si corre il rischio che ciascuno dei due giudici possa apparire come non responsabile per le decisioni assunte.

Alcuni di questi timori sono stati confermati nel c.d. Rapporto d’Outreau, redatto dalla Commissione d’inchiesta, di nomina parlamentare, istituita con il compito di *re­chercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l’affaire d’Outreau et de for­muler des propositions pour éviter leur renouvellement*. Si tratta di un rapporto molto articolato, da cui emerge che il *juge des libertés et de la détention* non è che una garanzia apparente. Descritto come uno “spettatore episodico del *dossier*”, si è segnalato come questo giudice abbia finito spesso per condurre un contraddittorio monco o artificiale che ha dato luogo, nella maggior parte dei casi, ad una conferma di quanto richiesto dal *parquet* e dal giudice istruttore. Le ragioni per cui il dibattito è “monco” derivano dall’orientamento secondo cui il giudice non è in grado di conoscere i fatti e dunque l’essenza del *dossier*.

In verità, quest’analisi non è unanimemente condivisa, atteso che l’art. 145 *code de procédure pénale* – si è osservato – prevede che il giudice decide «*au vu des éléments du dossier*», il che significa che deve conoscere quest’ultimo. Inoltre, questa prassi di non esaminare il contenuto del *dossier* non è comune a tutti i giudici. Semmai il problema deriva dal fatto che sovente essi si sono trovati ad operare in situazioni d’urgenza e, peraltro, dopo una giornata trascorsa ad occuparsi di altre questioni. Incarichi affidati, infine, a magistrati che spesso, contrariamente alle intenzioni del legislatore del 2000, sono risultati privi di esperienza e di una conoscenza approfondita del diritto e della procedura penale.

A suscitare le maggiori perplessità sono stati il fatto che il *juge des libertés et de la détention* intervenisse «*en bout de chaine*» e fosse privo di poteri in materia istruttoria, non potendo sollecitare l’acquisizione di altro materiale probatorio. Il che, unitamente alla mancanza di tempo per una conoscenza approfondita degli atti, ha reso la sua fun­zione priva di quel significato di garanzia che si voleva perseguire.

Queste sono solo alcune delle critiche rilevate dal *Rapport d’Outreau*. Ci sarebbe, in­fatti, ancora tanto da aggiungere; si pensi, ad esempio, alla denunciata assenza di una re­ale cultura del controllo, dovuta ad un diffuso *suivisme judiciare*. Con questo risultato: «*la tentation pour l’acteur de la chaîne judiciaire, qui intervient dans la procédure de con­firmer purement et simplement la position de son prédécesseur par confort intellectuel ou par manque de temps*». Quel che però preme qui rilevare – come si è anticipato – è che nel corso del dibattito non è stata avanzata alcuna proposta in ordine alla eliminazione del confronto delle parti davanti al giudice che decide sulla applicazione della misura; al contrario, il punto è stato quello di individuare dei meccanismi che capaci di rendere questo contraddittorio meno artificiale, garantendo un più agevole accesso della difesa al *dossier*, ma soprattutto assicurando un controllo più effettivo da parte del giudice.

L’esperienza francese non è stata esente da critiche neppure dalla dottrina italiana. Si veda in particolare, Ennio Amodio: “L'istituto di maggior interesse nella logica di un ampliamento delle garanzie è certamente quello del contraddittorio anticipato secondo il modello francese. A me sembra però che questo nuovo istituto si risolva sostanzialmente in una riforma di facciata dal momento che comporta sempre un arresto provvisorio prima che si possa discutere davanti al giudice se sussistono i presupposti per disporre la misura coercitiva. Il bilancio dell'esperienza messo a punto da studiosi e pratici di quel Paese sembra del resto confermare che non si è giunti ad un effettivo arricchimento sul piano delle garanzie”.

La strada, evidentemente, è quella di intervenire per aumentare le garanzie toccando gli aspetti critici dell’istituto: non è certo quella di sopprimere un istituto che tutela, ormai più di quello attuale, i diritti di libertà.

*L’esperienza spagnola*. Il progetto di riforma[[1]](#footnote-1) del codice di procedura penale spagnolo, tutt’ora ancorato al sistema inquisitorio, presenta importanti novità, segnatamente in materia di misure cautelari: il prospettato procedimento di applicazione delle misure cautelari spagnoli distingue al proprio interno un regime differenziato in base alla tipologia di misura cautelare da applicare.

La misura custodiale in carcere può, in astratto, essere adottata dal Giudice secondo due differenti procedure: quando è dettata da ragioni di urgenza viene assunta senza la previa comparizione dell’indagato, che sarà sentito dopo l’esecuzione della stessa. Il Giudice, all’esito dell’interrogatorio, potrà revocarla; se, invece, non si rileva l’urgenza, il Giudice, prima dell’adozione della misura richiesta, invita il destinatario a presentarsi per rendere l’interrogatorio. All’esito dello stesso il Giudice deciderà se emettere la misura o meno.

Al contrario, se l’indagato non si presenta davanti al Giudice a seguito della citazione, senza addurre un legittimo impedimento, l’A.G. potrà procedere con l’esecuzione immediata della misura custodiale.

Per l’adozione di misure diverse da quella custodiale in carcere, compresa la misura degli arresti domiciliari, si dovrà dare alla difesa la possibilità di fornire elementi a proprio discarico per mezzo di un atto scritto ovvero comparendo personalmente.

E’ interessante sottolineare, a tal proposito, come non verrà sentito unicamente l’indagato – come avviene al contrario nel sistema italiano – dovendo il Giudice citare per detta udienza anche le altre parti (inclusa la persona offesa) estendendo quindi il confronto tra le stesse già in una fase preliminare al giudizio, e avendo in tal modo la possibilità di assumere una decisione in ragione di un compendio probatorio più esteso, e formatosi per giunta avanti allo stesso Giudicante .

Elemento di novità è la possibilità in capo alla difesa di richiedere l’assunzione di una prova davanti allo stesso Giudice chiamato a emettere o confermare la misura, il quale assumerà le dichiarazioni di eventuali testimoni indicati dalla difesa, nell’ottica di un eventuale ripensamento circa le condizioni di applicabilità della misura in essere.

E’ innegabile che un tal modo di procedere costituisca un rilevante potenziamento delle garanzie difensive sul versante cautelare, essendo ampiamente esteso il diritto a confrontarsi con il proprio accusatore già in fase di indagini preliminari.

Tuttavia, non può sottacersi il rischio rappresentato dall’assumere una prova in una fase di giudizio in cui la difesa non ha a disposizione l’intero fascicolo di indagini; a meno che la validità degli elementi di prova assunti in tale fase del giudizio sia limitata alla materia cautelare, ed il mezzo di prova in questione possa essere riassunto, se eventualmente richiesto dalle parti, durante l’istruttoria dibattimentale.

*L’esperienza italiana*. Il legislatore italiano, ha da tempo introdotto (con legge n. 234/1997) il contraddittorio anticipato in materia cautelare, all’articolo 289 c.p.p. comma 2, relativamente all’applicazione della misura interdittiva della sospensione dell’esercizio di un pubblico ufficio o servizio: l’esecuzione della misura in oggetto, qualora richiesta dal Pubblico Ministero nel corso delle indagini preliminari, dovrà necessariamente essere preceduta dall’interrogatorio dell’indagato.

L’attuale disciplina, tuttavia, preclude alla difesa l’accesso alle risultanze delle indagini in vista dell’interrogatorio anticipato: in assenza della *discovery* degli atti d’accusa, come ha avuto modo di osservare la dottrina, viene vanificata la *ratio* dell’istituto stesso, riducendosi ad una mera offerta di considerazioni di ordine logico-giuridico in capo alla difesa e non ad un pieno contraddittorio.

In tema di responsabilità amministrativa degli enti, inoltre, l'applicazione di una misura cautelare nei confronti di una persona giuridica, ove richiesta fuori udienza, deve avvenire dopo l'instaurazione del contraddittorio tra le parti e la celebrazione di un'apposita udienza camerale (a pena di nullità, ai sensi degli artt. 178, lett. b) e c), 179 e 180 e 181 c.p.p., dell'ordinanza pronunciata dal giudice di prime cure), così come espressamente previsto dall'art. 47 d.lg. n. 231 del 2001.

Tale ultimo procedimento si caratterizza quindi per una piena esplicazione del contraddittorio, prodromico alla decisione del giudice sull'applicazione della misura: il contraddittorio si svolge in udienza (senza che sia disposta alcuna misura provvisoria e precautelare), preceduta dalla totale *discovery* degli elementi d'accusa posti a fondamento della richiesta del pubblico ministero, in una situazione nella quale le parti sono quindi realmente in posizione di parità dinanzi al giudice terzo.

In questo senso il contraddittorio anticipato non assume solamente una funzione difensiva, ma connota pure il procedimento decisionale del giudice di prime cure e del tribunale del riesame, i quali solo dopo aver sentito le parti contrapposte, sono in grado di pronunciare una vera decisione.

*Conclusioni*. L’esigenza di una riforma programmatica della procedura penale sammarinese costituisce l’occasione per sviluppare e tradurre, nel codice di procedura, una cultura giuridica particolarmente attenta al diritto di difesa e alle garanzie difensive in genere, nel rispetto di quanto già sancito dai Trattati e dalle Convenzioni Internazionali in tema di giusto processo e riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, pur nella consapevolezza delle difficoltà pratiche che l’istituto del “*contraddittorio anticipato*” ha incontrato nell’esperienza degli altri ordinamenti europei, primo tra tutti quello francese.

1. Denominato “Anteproyecto Lecrim 2013 [↑](#footnote-ref-1)