

L'IMPLEMENTAZIONE DEL D.LGS. 161/2010 SUL RECIPROCO RICONOSCIMENTO DELLE SENTENZE DI CONDANNA A PENA DETENTIVA: UN CASO DI DOPPIO FALLIMENTO¹

di Valeria Ferraris

(*Ricercatore di sociologia del diritto e della devianza, Università degli Studi di Torino*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Decisione-quadro 2008/909/ GAI e il d.lgs. 161/2010. 2.1 Le circolari. – 3. La ricerca realizzata: metodologia. – 4. I risultati della ricerca: i dati statistici sui trasferimenti e l'attività delle Procure. – 5. I risultati della ricerca: le difficoltà del funzionamento del meccanismo di cooperazione come riflesso delle criticità dell'amministrazione della giustizia. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. Questo articolo si propone di contribuire alla limitata letteratura relativa all'implementazione negli Stati membri della "Decisione-quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea" (di seguito Decisione-quadro) sul trasferimento dei detenuti comunitari. In particolare, ci si concentrerà sul funzionamento complessivo di questo meccanismo di cooperazione penale in Italia e sul ruolo dei diversi attori coinvolti nelle cd. procedure attive, ovvero i casi di trasferimento di un condannato dall'Italia all'estero. Ci si propone di offrire con un approccio socio-giuridico alcuni spunti di riflessione a partire dal funzionamento del meccanismo di cooperazione, individuato come sintomo della difficoltà non solo di europeizzare l'esecuzione penale ma anche della giustizia italiana di garantire una legittima pretesa da parte dei cittadini europei. Si ipotizza che la difficile soddisfazione della domanda di giustizia nella fase di esecuzione della pena siano qui dovute non solo a ragioni tecniche, pur rilevanti, ma a una difficoltà dell'amministrazione di adottare soluzioni organizzative efficaci e ad un agire che tende a ripetere schemi consolidati e routinari finendo con il sacrificare i diritti dei detenuti senza tuttavia ottenere il risultato auspicato di ridurre il sovraffollamento.

L'attività di ricerca realizzata si inserisce nell'ambito del progetto europeo *Repers – Mutual trust and social rehabilitation into Practice*², uno studio comparato tra Italia, Spagna e Romania che si propone di approfondire il funzionamento della Decisione-quadro e delle leggi di recepimento nei tre Stati considerati, a partire dal dato della presenza del tutto maggioritaria dei detenuti rumeni in entrambi i Paesi. Nello

¹ Questa ricerca è stata finanziata dal Programma Giustizia dell'Unione europea (2014-2020). Il contenuto di questo articolo riflette unicamente le opinioni dell'autrice e sono sua sola responsabilità. La Commissione europea non è in alcun modo responsabile per le informazioni qui contenute e per il loro uso.

² Per informazioni sul progetto si veda www.eurehabilitation.unito.it

specifico i risultati qui presentati si basano sullo studio di 362 fascicoli provenienti dall'archivio del Ministero della Giustizia relativi a procedure di trasferimento aperte nel 2016 e 2017.

2. La Decisione-quadro, approvata dopo una lunga negoziazione e poco prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sostituisce, per quanto riguarda i cittadini europei, la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1983 sul trasferimento delle persone condannate. Nonostante 66 ratifiche, di cui molte anche di Stati non membri del Consiglio d'Europa, seguite dal tentativo, non riuscito³, di modifica delle condizioni necessarie per il trasferimento con il Protocollo Addizionale del 1997, l'applicazione di quest'ultimo strumento è stata episodica per molteplici ragioni⁴.

La Decisione-quadro cerca di superare le difficoltà applicative della Convenzione del 1983, prevedendo una procedura più snella, da concludersi in un tempo definito e caratterizzata, in linea generale, da maggiore automatismo.

In breve, la Decisione-quadro prevede il mutuo riconoscimento delle sentenze di condanna a pene detentive o comunque privative della libertà personale⁵.

L'obiettivo principale del riconoscimento è identificato nell'aumento delle possibilità di reinserimento sociale⁶ della persona condannata, tenendo in considerazione elementi quali «l'attaccamento della persona allo Stato di esecuzione e il fatto che questa consideri tale Stato il luogo in cui mantiene legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici e di altro tipo»⁷ (Preambolo punto 9).

La procedura prevista è improntata alla velocità e alla semplificazione, in particolare se paragonata a quella prevista dagli strumenti del Consiglio d'Europa. Lo Stato che ha condannato la persona da trasferire trasmette la sentenza insieme ad un formulario standard (il cd. certificato) che riassume il provvedimento giurisdizionale e illustra le ragioni che giustificano il trasferimento.

Il trasferendo può esprimere la propria opinione, ma le sue possibilità di opporsi al trasferimento sono decisamente limitate. Non è richiesto il consenso nei casi in cui il trasferimento sia verso lo Stato di cui è cittadino o in cui risiede, in cui verrebbe espulso al termine della pena, o da cui il trasferendo è fuggito o è tornato⁸. Appare evidente che queste tre ipotesi rappresentano le situazioni più frequenti. Unico caso

³ Si parla di tentativo perché il numero di ratifiche fu bassissimo e nessun beneficio sostanziale si è venuto a determinare nell'attuazione dei trasferimenti.

⁴ Per alcune considerazioni sulle difficoltà applicative della Convenzione si veda *European Commission, Green paper on the approximation, mutual recognition and enforcement of criminal sanctions in the European Union*, COM (2004) 334 final, Bruxelles, European Union, 2004, 39-41.

⁵ A nulla rileva che oltre alla pena sia irrogata una pena pecuniaria o una decisione di confisca che vivono di vita autonoma e potranno a loro volta essere oggetto di riconoscimento in accordo con gli strumenti legislativi comunitari previsti.

⁶ Si veda per una disamina del concetto di reinserimento sociale nel diritto comunitario, Stefano Montaldo, *Offenders' rehabilitation: towards a new paradigm for EU criminal law?*, in ECLR, 2018, 223-243.

⁷ DQ 2008/909/GAI, Preambolo n. 9

⁸ Si veda articolo 6 DQ 2008/909/GAI

di un certo rilievo statistico che richiede il consenso del trasferendo riguarda la situazione in cui il condannato risieda in uno Stato di cui non è cittadino (si pensi ad un cittadino spagnolo condannato in Italia che risieda in Belgio).

Il trasferimento avviene senza necessità di verifica della doppia incriminabilità del fatto per un numero rilevante di reati, gli stessi previsti per l'operatività del mandato di arresto europeo⁹. Tuttavia ben nove Stati Membri (Austria, Repubblica Ceca, Francia, Ungheria, Irlanda, Lituania, Polonia, Romania e Slovenia) hanno optato per la non applicabilità di tale disposizione. Tale riserva rappresenta un segnale evidente del mancato compimento della europeizzazione dell'esecuzione penale.

L'operare del principio del mutuo riconoscimento determina che, una volta avviata la procedura da parte dello Stato di emissione con la trasmissione della documentazione necessaria¹⁰, l'autorità competente dello Stato di esecuzione debba riconoscere la sentenza entro 90 giorni.

A differenza della Convenzione di Strasburgo, non residua in capo allo Stato di esecuzione la possibilità in linea generale di rifiutare il riconoscimento. La Decisione-quadro, infatti, tipicizza i motivi di rifiuto da parte dello Stato di esecuzione¹¹ e, come appare chiaro sin da una prima lettura, sono casi definiti e pressoché tutti di natura tecnica legati a difetti procedurali o all'operare del principio del *ne bis in idem*, senza spazio per discrezionalità o ragioni di opportunità. L'intento del legislatore comunitario di favorire il più possibile il riconoscimento risulta evidente anche nell'ampio spazio lasciato al riconoscimento e all'esecuzione parziale della sentenza in tutti i casi in cui ciò possa evitare il rifiuto da parte dello Stato membro¹².

La trasposizione italiana della normativa europea è avvenuta con il d. lgs. 7.9.2010 n. 161 adottato in conformità con la l. delega 7.7.2009 n.88 (legge comunitaria 2008). Il testo italiano ricalca in gran parte quello della Decisione-quadro e le specificità sono pressoché inesistenti.

È utile sottolineare sin da ora che si tratta di uno dei pochi casi in cui l'Italia ha trasposto un atto comunitario con largo anticipo rispetto alla scadenza del termine, in questo caso il 5 dicembre 2011. Le ragioni di questa inusuale diligenza da parte delle autorità italiane emergono in modo chiaro dalle circolari attuative che verranno esaminate nel prossimo paragrafo¹³.

Le autorità competenti sono il Ministero della Giustizia e l'autorità giudiziaria. In particolare, per le procedure qui di interesse, relative al riconoscimento all'estero di decisioni di condanna italiane, il Ministero trasmette all'autorità straniera la sentenza e il certificato precedentemente ricevuti dalle autorità giudiziarie territoriali, cura la corrispondenza ufficiale e svolge un'azione di raccordo. Competente all'emissione dell'ordine di trasferimento è il pubblico ministero presso il giudice dell'esecuzione

⁹ Si veda articolo 7 DQ 2008/909/GAI.

¹⁰ Il certificato e la sentenza di condanna tradotta nella lingua dello stato di esecuzione.

¹¹ Si veda articolo 9 DQ 2008/909/GAI

¹² Si veda articolo 10 FD 2008/909/GAI

¹³ Se si considerano i ritardi che hanno per lungo tempo caratterizzato il recepimento di atti dell'Unione Europea da parte dell'Italia, il dato è certamente interessante, anche alla luce del fatto che le altre due Decisioni Quadro sul mutuo riconoscimento di decisioni, la 2009/947/GAI e la 2009/829/GAI sono state recepite ben oltre i termini.

per le sentenze di condanna e il pubblico ministero presso il giudice indicato all'art. 665 Cpp per le misure di sicurezza. La trasmissione può avvenire per qualunque reato la cui pena sia di almeno 3 anni, una previsione più ampia di quella della Decisione-quadro. Piuttosto evidente è quindi l'intento del legislatore italiano di non limitare le possibilità di trasferimento di detenuti in un altro paese europeo. A contrario, per le procedure cd. passive i reati per cui ciò è consentito il trasferimento dall'estero in Italia, sono esclusivamente quelli indicati dalla Decisione-quadro.

L'art. 5 d.lgs. 161/2010 stabilisce inoltre che il residuo pena non debba essere inferiore a sei mesi, non devono ricorrere cause di sospensione dell'esecuzione, il trasferimento deve favorire il reinserimento sociale del condannato e la persona deve trovarsi sul territorio italiano o sul territorio dello Stato di esecuzione. Conformemente all'articolo 4 della Decisione-quadro, l'art. 5 comma 3 individua lo Stato verso cui può essere disposta la trasmissione identificandolo nello Stato Membro: 1) in cui il condannato vive e di cui è cittadino; 2) verso cui il condannato deve essere allontanato; 3) verso cui il condannato abbia acconsentito al trasferimento. La disciplina del consenso ricalca pedissequamente le previsioni della Decisione-quadro.

La procedura, in conformità con la Decisione-quadro, prevede che la trasmissione all'estero possa avvenire d'ufficio o su richiesta del condannato o dello Stato di esecuzione e previa consultazione dello Stato di esecuzione al fine di acquisire le informazioni necessarie (art. 6 d.lgs. 161/2010).

2.1 Se la trasposizione italiana della Decisione-quadro non riserva particolari sorprese, risulta di particolare interesse l'intensa attività regolativa interna che ha seguito l'approvazione del decreto.

Sono, infatti, numerose le circolari emanate e dalla loro analisi emerge un approccio fortemente proattivo dell'amministrazione verso il riconoscimento. Per garantire il funzionamento di questo meccanismo di cooperazione è previsto che siano avviate azioni diverse su tre fronti: 1) attività di *screening* preliminare dei detenuti candidabili al trasferimento; 2) esortazioni ripetute rivolte alle procure della Repubblica sul carattere di priorità da dare all'avvio di procedure di trasferimento; 3) parallelo stimolo alla cooperazione bilaterale con la Romania, in quanto Stato membro da cui proviene la maggioranza dei detenuti comunitari in Italia.

Passando all'esame analitico delle circolari, si nota che la prima circolare datata 2 maggio 2012¹⁴ si limita a ripercorrere i punti più rilevanti della nuova normativa, dando risalto alle novità rispetto alla Convenzione di Strasburgo e in particolare al fatto che il riconoscimento non è più subordinato allo stato di detenzione del condannato e alla necessità del consenso nella maggior parte dei casi. Si tratta quindi di una circolare di carattere meramente ricognitivo.

¹⁴ Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli Affari di Giustizia Direzione Generale della Giustizia Penale Ufficio II, *Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze penali straniere. D.lgs, 161/2010 recante disposizioni per conformare il diritto interno alla Decisione-quadro 2008/909/GAI. Prime questioni applicative*, Roma, 2 maggio 2012

Di maggiore interesse le due circolari del 2014, rispettivamente del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria¹⁵ e del Dipartimento per gli Affari di Giustizia¹⁶.

La prima, datata 18 aprile 2014, indirizzata ai Procuratori della Repubblica presso i Tribunali e ai Procuratori Generali presso le Corti di Appello, ricorda che il Ministro nell'incontro del 16 aprile con i Procuratori generali «ha ribadito che le procedure di trasferimento dei detenuti in esecuzione di pena verso il loro Paese d'origine hanno **carattere di priorità**»¹⁷. Inoltre, rende noto che, entro il 29 aprile 2014, i Direttori degli Istituti di pena devono trasmettere agli uffici di Procura competenti una serie di documenti utili per accelerare il trasferimento: gli elenchi di nominativi dei detenuti in possesso dei requisiti per il trasferimento, le informazioni relative alla posizione giuridica di ciascun detenuto, la copia della sentenza di condanna se contenuta nel fascicolo del detenuto e infine la scheda riassuntiva della situazione socio-familiare del detenuto completa di parere redatta su un fac-simile allegato alla circolare.

A seguire viene nuovamente chiarito quali documenti il pubblico ministero che intenda procedere al trasferimento deve inoltrare all'ufficio cooperazione internazionale della Direzione Generale della Giustizia penale e quali provvedimenti vadano adottati in caso di cumulo (art. 663 Cpp).

Ciò che interessa qui rilevare è l'approccio efficientista, come vedremo non necessariamente efficace, dell'Amministrazione penitenziaria, che opta per la realizzazione di uno *screening* dei detenuti al fine di stimolare l'avvio di ufficio delle richieste da parte dei pubblici ministeri, chiedendo ai direttori degli istituti di pena uno sforzo organizzativo significativo.

Segue di pochi giorni, il 28 aprile, la circolare del Dipartimento per gli Affari di Giustizia ai Procuratori Generali che - oltre a ripercorrere i tratti salienti della Decisione-quadro e del decreto legislativo di recepimento - contiene un incipit che recita «Nel quadro dell'attuazione da parte dello Stato italiano del Piano di azione a seguito della sentenza dell'8 gennaio 2013 della Corte di Strasburgo *Torreggiani c. Italia*¹⁸, si è tenuta lo scorso 16 aprile presso questo Ministero una riunione volta ad auspicare un più ampio ricorso da parte delle autorità giudiziarie italiane al meccanismo di cooperazione giudiziaria introdotto dalla Decisione-quadro 909/2008, al fine di realizzare, nel rispetto della funzione rieducativa della pena, una distribuzione sul territorio dell'Unione Europea della popolazione carceraria straniera, attualmente presente negli istituti italiani».

Il trasferimento dei detenuti cittadini UE viene così collocato nel quadro delle misure per ridurre il sovraffollamento e per ovviare alle problematiche sollevate dalla

¹⁵ Ministero della Giustizia, Dipartimento amministrazione penitenziaria Ufficio del capo del Dipartimento Ufficio studi ricerche legislazione e rapporti internazionali, *Trasferimento dei detenuti stranieri attuazione della Decisione-quadro 2008/909/GAI*, N. 145680, Roma, 18 aprile 2014

¹⁶ Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli Affari di Giustizia Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani Direzione Generale della Giustizia penale, *Trasferimento dei detenuti stranieri in esecuzione pena verso il loro Paese origine. Decisione-quadro 2008/909/GAI*, N. 54227.U, Roma, 22 aprile 2015

¹⁷ Grassetto nel testo originale.

¹⁸ C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani c. Italia*

condanna dell'Italia nel caso Torreggiani per trattamenti inumani e degradanti a causa delle condizioni dei detenuti negli istituti di pena.

A questo proposito è utile ricordare che nel dibattito sulla Decisione-quadro, da più parti¹⁹, si sono sollevati interrogativi sulla reale centralità della *social rehabilitation* come criterio guida del trasferimento. Infatti il meccanismo molto più rapido e automatico di trasferimento sembra celare l'intenzione di servire gli interessi dello Stato ad un veloce trasferimento (e alla riduzione del sovraffollamento) più che quelli del detenuto e del suo reinserimento sociale. Si vedrà che la ricerca effettuata offre diversi spunti di riflessione sul punto.

Un altro aspetto interessante della circolare è il richiamo agli indici elaborati dalla giurisprudenza per valutare l'assenza di un «effettivo e stabile radicamento nel territorio italiano del cittadino comunitario» al fine di indicare come maggiori le possibilità di reinserimento sociale nel Paese comunitario. Si sottolinea in particolare «una non adeguata comprensione od uso della lingua italiana da parte dell'interessato» come criterio dirimente.

Segue una circolare di aprile 2015²⁰ dell'Amministrazione penitenziaria rivolta ai Provveditorati Regionali e ai Direttori di istituto che si pone in linea con la precedente e dispone relativamente all'individuazione di potenziali candidati per il trasferimento. La circolare dà conto della trasmissione ai Provveditorati regionali dell'amministrazione penitenziaria dell'elenco dei nominativi dei detenuti precedentemente individuati (1044 persone), informa sull'invio di tale elenco e altra documentazione raccolta come previsto dalla precedente circolare agli uffici di Procura competenti e invita i direttori a segnalare al pubblico ministero dell'esecuzione informazioni rilevanti riguardo alla posizione del detenuto. Inoltre si cita per la prima volta «l'intensificarsi ed il rafforzamento dei rapporti di collaborazione con le autorità rumene» e «la necessità per il nostro Paese di incentivare tale strumento di trasferimento, atteso l'elevato numero di detenuti rumeni presenti negli istituti penitenziari italiani e la conseguente possibilità di procedere, per una parte rilevante degli stessi al trasferimento nel loro Paese d'origine».

¹⁹ V. Mitsilegas, *The Third Wave of Third Pillar Law*, in *ELR*, 34, 2009, 523 ss; E. De Wree, T. Vander Beken e G. Vermeulen, *The transfer of sentenced persons in Europe: Much ado about reintegration*, in *Punishment & Society (P&S)*, 2009, p. 111-128; A. Martufi, *Assessing the resilience of 'social rehabilitation' as a rationale for transfer: a commentary on the aims of the Framework Decision 2008/909/JHA*, in *NJECL*, 2018, 43 ss..

²⁰ Ministero della Giustizia, Dipartimento amministrazione penitenziaria Ufficio capo del Dipartimento Ufficio studi ricerche legislazione e rapporti internazionali, *Trasferimento dei detenuti stranieri in esecuzione pena verso il loro Paese origine. Decisione-quadro 2008/909/GAI*, N. 142825, Roma, 22 aprile 2015

Nel settembre 2016²¹ viene emanata una circolare dedicata ai rapporti con la Romania, preceduta da due ulteriori circolari di febbraio²² e aprile 2016²³, entrambe dell'Amministrazione penitenziaria, contenenti indicazioni di carattere tecnico riguardanti l'applicativo informatico da utilizzare e la documentazione da trasmettere alle Procure.

L'aspetto interessante della circolare relativa ai rapporti con la Romania è la ricognizione che viene fatta delle problematiche riscontrate nell'attuazione della disciplina e di guida per l'autorità giudiziaria su come procedere *pro futuro*. Numerosi elementi sottolineati dalla circolare trovano riscontro nell'analisi dei fascicoli.

La circolare osserva che l'impulso al trasferimento dei condannati è uno degli obiettivi prioritari delle politiche internazionali del dicastero, «cogliendo la coerenza di questo profilo della cooperazione internazionale con le finalità rieducative della pena e i suoi riflessi positivi ai fini dell'ulteriore riduzione dell'affollamento carcerario». Successivamente richiama le iniziative assunte per incoraggiare il ricorso alla procedura dando conto dello *screening* preliminare effettuato dall'Amministrazione penitenziaria, le iniziative volte a sensibilizzare gli uffici di Procura e da ultimo il Memorandum di intesa firmato il 29 aprile 2015 tra autorità Italiane e rumene volto a intervenire sulle criticità procedurali individuate da entrambe le parti.

Le carenze individuate attengono a profili diversi, quali la mancata instaurazione tempestiva della procedura da parte dell'autorità giudiziaria; l'assenza di raccordo con le procedure di mandato di arresto europeo esecutivo; le inesattezze e carenze nella compilazione del certificato da parte dell'autorità giudiziaria; la non tempestiva comunicazione delle variazioni della posizione giuridica del condannato all'ufficio cooperazione internazionale del Ministero.

Viene invece individuato come punto di forza il provvedimento di allontanamento sia giudiziario che amministrativo, tanto che si richiamano le autorità giudiziarie ad applicare la misura di sicurezza dell'espulsione qualora ne ricorrano le condizioni. Una indicazione piuttosto curiosa in quanto nel suo portato letterale non è altro che un richiamo alle autorità giudiziarie ad applicare la legge, mentre volendo leggere tra le righe appare una esortazione a usare con maggiore frequenza l'espulsione come misura di sicurezza.

Tali punti di forza e di debolezza, nonché le indicazioni fornite dalla circolare, saranno ripresi nel corso dell'esame dei risultati della ricerca.

²¹ Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli Affari di Giustizia Direzione Generale della Giustizia Penale, *Circolare in tema di trasferimento dei detenuti ai sensi della DQ 909/2008/GAI. Rapporti con la Repubblica di Romania*, Roma, 19 settembre 2016

²² Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria Direzione Generale dei detenuti e del trattamento Ufficio dell'organizzazione e delle relazioni, *Trasferimento detenuti stranieri in esecuzione pena nel loro Paese origine*, N. 0057951, Roma, 17 febbraio 2016

²³ Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria Direzione Generale dei detenuti e del trattamento Ufficio dell'organizzazione e delle relazioni, *Trasferimento detenuti stranieri in esecuzione pena nel loro Paese origine*, N. 129607, Roma, 15 aprile 2016

3. La fase iniziale dello studio, di cui qui si presentano i primi risultati per quanto riguarda l'Italia, ricostruisce l'implementazione della normativa in Italia.

A questo proposito, oltre allo studio degli atti normativi e regolativi, grazie all'autorizzazione rilasciata dal Ministero della Giustizia si sta portando avanti una analisi dei fascicoli presenti presso l'ufficio cooperazione internazionale. Se, infatti, la predisposizione del certificato è di competenza delle singole procure, è il Ministero, come già detto, che trasmette il certificato e cura la corrispondenza. Si tratta quindi di un angolo visuale del tutto privilegiato, che permette di avere un quadro nazionale delle problematiche e delle buone prassi esistenti.

Sono stati analizzati i fascicoli nuovi aperti nel 2016 e nel 2017. Si tratta in buona parte di *living documents*: alcuni fascicoli sono aperti e quindi oggetto di lavorazione durante lo svolgimento della ricerca. Ciò significa che, nonostante siano stati analizzati entrambi gli anni, non tutti i fascicoli erano accessibili nei giorni²⁴ in cui lo studio è stato condotto. Sono stati analizzati 289 fascicoli relativi al 2016 e 73 del 2017, tutti relativi all'attuazione della Decisione-quadro 2008/909/GAI²⁵. I fascicoli del 2016 riguardano 20 Stati di esecuzione²⁶, quelli dell'anno successivo coinvolgono dieci Stati membri²⁷.

Gli aspetti analizzati attraverso una scheda di rilevazione sono stati: il significato assunto dal reinserimento sociale e gli elementi addotti per provarlo; il ruolo del parere del detenuto e le modalità di rilevazione; la corrispondenza tra le autorità; la tempestività e qualità dell'azione delle procure; la ricorrenza dei provvedimenti di espulsione a carico del trasferendo; l'esito della procedura di trasferimento.

Accanto all'analisi dei fascicoli sono stati richiesti i dati statistici relativi al movimento dei fascicoli (aperture, pendenze, tipologia di esito), classificati per Stato membro coinvolto e procura intevenuta.

4. Effettuata una breve disamina dei contenuti della Decisione-quadro e della normativa di attuazione, è utile dare conto di quale sia, in base ai dati disponibili, il numero dei trasferimenti dall'Italia verso altri Stati membri. Come rilevato nel 2017 nella Relazione sull'impatto della Decisione-quadro in Italia, «il ricorso a tale importante meccanismo di trasferimento dei detenuti stranieri è stato molto

²⁴ Lo studio è stato realizzato tra aprile e giugno 2018.

²⁵ Questa precisazione è dovuta al fatto che i fascicoli relativi ai trasferimenti riguardano anche i trasferimenti relativi alla Decisione-quadro 2009/947/GAI e 2008/829/GAI, recepite dall'Italia soltanto nel 2016. Per quanto non oggetto del presente contributo è interessante rilevare, a margine, che soltanto 2 fascicoli relativi alla Decisione-quadro 947 sono stati al momento aperti e nessuno fascicolo relativo alla Decisione-quadro 829.

²⁶ I fascicoli sono così distribuiti: Austria 2, Belgio 2, Croazia 3, Francia 8, Germania 8, Regno Unito 6, Grecia 3, Lettonia 1, Lituania 1, Lussemburgo 1, Paesi Bassi 6, Polonia 8, Portogallo 5, Slovacchia 5, Repubblica Ceca 1, Romania 194, Slovenia 3, Spagna 28, Svezia 1, Ungheria 1.

²⁷ I fascicoli sono così distribuiti: Austria 1, Croazia 1, Francia 1, Germania 4, Regno Unito 2, Paesi Bassi 2, Polonia 4, Romania 42, Slovenia 3, Spagna 11.

limitato»²⁸ e per tali ragioni sono state avviate le iniziative di stimolo all'uso dello strumento ampiamente descritte nelle circolari.

I dati disponibili (tabella 1) indicano che, a partire dal 2014, il numero di fascicoli aperti nei singoli anni non aumenta in modo sensibile, ma la percentuale di procedure pendenti a fine anno è in continua crescita.

Infatti il 2014 si chiude con 101 fascicoli chiusi (tra consegne e archiviazioni) e 397 pendenti, il 2015 con 121 consegne e 594 fascicoli pendenti, il 2016 con 194 fascicoli chiusi (tra consegne e archiviazioni) e 793 fascicoli pendenti e infine il 2017 con 109 fascicoli chiusi e 1008 fascicoli pendenti. Il numero di consegne è stabile, venendosi così a determinare una situazione in cui non riuscendo a chiudere positivamente un maggiore numero di pratiche viene necessariamente ad aumentare il numero di fascicoli pendenti.

Tabella 1 – Procedure instaurate ai sensi della Decisione-quadro 2008/909/GAI

			2014	2015	2016	2017	2018*	
A	Fascicoli pendenti all'inizio del periodo		n.d.	397	594	793	1008	
B	Fascicoli aperti nel periodo		498	318	393	324	150	
	B1	di cui	Romania	424	217	243	216	109
	B2		Altri Stati membri	74	101	150	108	41
C	Autorizzazioni/Consegne		48	121	121	107	49	
D	Archiviati per scarcerazione o decisione negativa dello Stato straniero		53	n.d.	73	2	2	
E	Fascicoli pendenti alla fine del periodo		397	594	793	1008	n.d.	

*dati relativi ai primi 6 mesi

Fonte: nostra elaborazione su dati Ministero della Giustizia, Dipartimento Affari Generali Ufficio II

Per quanto è stato possibile osservare dalla consultazione dei fascicoli, è frequente la situazione in cui il fascicolo non risulta archiviato ma di fatto si trova in un limbo, anche per molti mesi, per inazione della procura o assenza di risposta del Paese estero. Si tratta di fascicoli che potremmo definire *de facto* chiusi e in diversi casi il trascorrere del tempo ha determinato una evoluzione nella situazione del detenuto, dall'accesso a una misura alternativa alla scarcerazione. Pur non essendo possibile dall'analisi effettuata darne una quantificazione precisa, la situazione descritta non appare episodica e viene quindi ad incidere in modo significativo sul numero di fascicoli pendenti che potrebbero ancora concludersi positivamente con una consegna.

Del tutto preponderante è il peso dei fascicoli relativi ai detenuti rumeni, seppur in diminuzione rispetto al 2014. Ben l'85% dei fascicoli aperti coinvolge infatti la Romania²⁹. Il dato così rilevante del 2014 potrebbe essere anche ascrivibile al forte

²⁸ Camera dei Deputati, Relazione sullo stato di attuazione dell'analisi di impatto della regolamentazione. Trasmessa alla Presidenza il 15 maggio 2017, http://presidenza.governo.it/DAGL/uff_studi/Relazione_2017.pdf

²⁹ Il numero scende al 68%, 62%, 70% e 72% rispettivamente nel 2015, 2016, 2017 e nei primi sei mesi del 2018.

impulso dato all'avvio di procedimenti riguardanti cittadini rumeni nel 2014 a seguito del primo *screening* effettuato dall'Amministrazione penitenziaria. Non va inoltre trascurato che, a fine dicembre 2013, ben 10 Stati Membri non avevano ancora recepito la Decisione-quadro.³⁰

Ne risulta un quadro in cui il meccanismo di cooperazione ha interessato in modo non episodico soltanto pochi Stati Membri e la preponderanza della Romania è innegabile. Il dato relativo alle consegne non risulta sorprendente se si considera che i detenuti rumeni rappresentano circa il 70% dei detenuti presenti negli Istituti di pena italiani.

Tabella 2 – Autorizzazioni/consegne verso l'estero (Decisione-quadro 2008/909/GAI)

Paesi	2014	2015	2016	2017	1 sem 2018	Totale
Romania	42	100	89	67	26	324
Spagna	0	9	19	14	7	49
Francia	1	3	2	5	0	11
Paesi Bassi	0	1	1	6	3	11
Belgio	2	3	3	0	0	8
Germania	0	0	0	2	4	6
Slovenia	2	1	2	1	0	6
Gran Bretagna	1	1	0	1	2	5
Grecia	0	0	1	3	1	5
Polonia	0	2	0	2	0	4
Ungheria	0	0	0	1	3	4
Croazia	0	0	2	1	0	3
Portogallo	0	0	0	2	1	3
Lettonia	0	1	1	0	0	2
Lussemburgo	0	0	1	0	1	2
Austria	0	0	0	0	1	1
Slovacchia	0	0	0	1	0	1
Svezia	0	0	0	1	0	1
Lituania	0	0	0	0	0	0
Repubblica Ceca	0	0	0	0	0	0
Totale	48	121	121	107	49	446

Fonte: nostra elaborazione su dati Ministero della Giustizia, Dipartimento Affari Generali Ufficio II

³⁰ Si tratta di Bulgaria, Cipro, Germania, Estonia, Grecia, Irlanda, Spagna, Lituania, Portogallo e Svezia, come indicato in European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation by the Member States of the Framework Decisions 2008/909/JHA, 2008/947/JHA and 2009/829/JHA on the mutual recognition of judicial decisions on custodial sentences or measures involving deprivation of liberty, on probation decisions and alternative sanctions and on supervision measures as an alternative to provisional detention {SWD(2014) 34 final}*, 5.2.2014, 6

Passando ad esaminare i dati ricavati dal protocollo informatico del Ministero relativi al movimento dei procedimenti, dall'entrata in vigore della Decisione-quadro fino all'8 giugno 2018 risultano inseriti 1371 procedimenti. Di questi, 468³¹ risultano conclusi con l'autorizzazione o la consegna, 819 in corso e per i restanti 84 non è stato registrato alcun dato e quindi non possono essere considerati nell'analisi. Ben 117 Procure hanno avviato, seppur non necessariamente concluso positivamente, almeno una procedura, ma poche presentano un numero di procedimenti di una certa rilevanza. Circa 1/3 ha aperto soltanto 1 o 2 fascicoli. Il 37% dei procedimenti avviati riguarda soltanto quattro città: Roma, Milano, Torino e Genova. Come si vede dalla tabella che segue, soltanto in 12 sedi di uffici della Procura in tutta Italia sono stati portati a compimento più di 10 casi e se ne sono registrati almeno 30.

Tabella 3 – Distribuzione delle procedure aperte (Uffici con almeno 10 casi conclusi)

Sede della procura	Procedure completate	Procedure in corso	Dati mancanti	Totale
Roma	73	105	6	184
Milano	61	97	7	165
Torino	39	56	3	98
Genova	14	45	3	62
Civitavecchia	25	18	3	46
Padova	14	30	2	46
Napoli	18	22	3	43
Brescia	15	23	2	40
Firenze	10	28	2	40
Venezia	12	25	2	39
Bologna	13	16	1	30
Ancona	14	13	2	29

*L'applicativo informatico evidenzia la città, quindi la Procura della Repubblica e la procura generale sono considerate in modo congiunto.

Fonte: nostra elaborazione su dati Ministero della Giustizia, Dipartimento Affari Generali Ufficio II

Appare evidente che questa materia sia principalmente un *affaire* dei centri urbani, principalmente del centro-nord (con l'eccezione del caso del tutto peculiare di Roma ³²). Anche in questa materia sembra quindi emergere una spaccatura nell'amministrazione della giustizia che non è solo nord-sud, ma che riguarda le procure di maggiori dimensioni rispetto alle piccole. Il tema dell'organizzazione giudiziaria risulta quindi cruciale anche da questa prima analisi. Il dato ovviamente richiede ulteriori approfondimenti che saranno effettuati nel prosieguo della ricerca, ma non pare ultroneo leggerlo come spia della incapacità di soddisfare le legittime

³¹ Il numero di consegne non coincide con quello della tabella 2 perché in questo caso sono comprese anche le consegne anteriori al 2014.

³² La procura di Roma presenta un ufficio cooperazione internazionale maggiormente strutturato data la sua più ampia competenza e non va trascurato che alcuni dei magistrati lì operanti hanno precedentemente lavorato all'ufficio cooperazione internazionale del Ministero.

pretese degli utenti del sistema giustizia anche e forse soprattutto nelle materie “ancillari”³³. Sul punto si ritornerà nella parte finale di questo contributo.

5. I primi elementi che emergono dall'analisi dei fascicoli riguarda le difficoltà della cooperazione e dell'operare del principio del mutuo riconoscimento e i loro riflessi sulla procedura. La Decisione-quadro è stata recepita negli ordinamenti statali con due principali distinguo da parte degli Stati Membri: l'uno, già citato, relativo alla non necessità della verifica della doppia incriminabilità del fatto per alcuni reati, rigettato da nove Stati Membri, e l'altro relativo al posticipo dell'operatività della normativa³⁴. Alle opzioni esercitate in sede di recepimento si aggiunge la diversità delle procedure di riconoscimento presenti nei vari Stati Membri, che incide significativamente sulla conduzione e sull'esito della procedura: ogni Stato Membro adotta una propria modalità che spazia da una procedura giurisdizionale, in alcuni casi anche con la previsione di un diritto di appello del trasferendo (come accade in Romania) a procedure di riconoscimento di carattere amministrativo o para-amministrativo che si risolvono con una conferma scritta inviata via e-mail, in alcuni casi con allegato il parere di una autorità non necessariamente giudiziaria (il magistrato di collegamento presente in Ambasciata, l'ufficio del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, ecc.).

Inoltre, alcuni Stati (anche in questo caso uno degli esempi è la Romania) richiedono, nel caso di più sentenze di condanna, la compilazione di un unico certificato da parte della Procura, in assenza del quale non procedono e restituiscono gli atti.

Questa varietà fa emergere in primo luogo una difficoltà generalizzata del sistema giustizia di comprendere e rispondere adeguatamente a modalità operative diverse: da un lato, l'ufficio cooperazione internazionale del Ministero risulta il reale (e unico) depositario della conoscenza e delle competenze giuridiche e tecniche, mentre le procure della Repubblica solo faticosamente, salvo alcune eccezioni, riescono a svolgere in modo efficiente il proprio compito. Non sono infrequenti i casi di procedure avviate dalle Procure verso Stati per cui la Decisione-quadro non si applica. Molti anche i casi di procedure che si bloccano per errori o omissioni³⁵ nella

³³ Non si può non rilevare come il dibattito sulla magistratura e sulla amministrazione della giustizia sia da tempo principalmente un dibattito interno alla stessa magistratura con alcuni interventi di giuristi e che vede assenti riflessioni socio-giuridiche. Da ultimo il libro di E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza 2018, precedentemente G. Salvi, R. Finocchi Gersi, *Amministrazione della giustizia, crescita e competitività del Paese*, Firenze, 2012. Si veda anche l'intervento di S. Cassese *Radiografia della magistratura*, Sole 24 Ore, 31 dicembre 2018, proprio sul libro di Bruti Liberati. Di notevole interesse il testo storico di A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2012.

³⁴ È il caso della Polonia che avvalendosi della facoltà prevista nell'art. 28 comma 2 della Decisione-quadro ha stabilito che tutti i provvedimenti emanati nei 3 anni successivi all'entrata in vigore della Decisione-quadro (cioè il 5.12.2011) restano disciplinati dalla Convenzione di Strasburgo.

³⁵ Si veda la già citata Circolare del Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli Affari di Giustizia Direzione Generale della Giustizia Penale del 19 settembre 2016 che dedica ampio spazio

compilazione del certificato da parte delle Procure. Questo può essere individuato come uno degli aspetti più problematici: l'errata compilazione del certificato determina la restituzione degli atti da parte dello Stato estero, la necessità di correzione da parte della Procura e un nuovo invio. A ciò si aggiungono i casi numerosi di instaurazione della procedura con notevole ritardo non soltanto rispetto all'emissione dell'ordine di esecuzione, come indicherebbe la legislazione, ma anche rispetto al momento in cui il detenuto manifesta con ogni mezzo possibile la sua volontà di essere trasferito (peraltro non necessaria nella maggior parte dei casi). Simili ma opposti i casi in cui si avviano procedure che non avrebbero mai dovuto cominciare stante il radicamento sul territorio italiano del detenuto o il residuo pena del tutto irrisorio. In questi casi sono evidenti le conseguenze non volute dell'approccio proattivo dell'amministrazione penitenziaria che, nell'effettuare lo *screening* dei trasferendi, ha realizzato una mappatura dei detenuti cittadini UE senza alcun raccordo effettivo con gli uffici deputati all'avvio della procedura.

Questo tipo di difficoltà gestionali-organizzative rischiano di pregiudicare l'intera procedura: il decorrere del tempo determina spesso una situazione in cui si arriva al riconoscimento quando il soggetto ha terminato o è prossimo a terminare l'esecuzione della propria pena. In sintesi si ha di fronte un deficit organizzativo e di conoscenza che non riesce ad essere colmato dall'alto livello di competenza che si riscontra negli uffici centrali.

Un altro dato emergente è l'assenza del trasferendo e del difensore. Il trasferendo è, per volontà del legislatore, il convitato di pietra di questa procedura: la *ratio legis* lo vorrebbe silente e trasferito ogni volta in cui ciò risulti possibile. Il paradosso che si rileva dall'analisi dei casi è che nemmeno quando il detenuto si fa parte attiva per essere trasferito riesce ad avere la certezza di una conclusione in tempi ragionevoli del suo caso. Nonostante sia il protagonista principale di questa procedura, questa figura è pressoché impotente. E una delle ragioni di tale emarginazione è l'assenza del difensore. Non è un dato nuovo che l'esercizio del diritto di difesa sia in difficoltà nell'esprimersi appieno nello stato di detenzione, lo si riscontra nella pratica quotidiana degli uffici di sorveglianza. Nei fascicoli esaminati solo in due casi è emerso un ruolo attivo del difensore: se già la fase esecutiva vede normalmente la scomparsa *de facto* del difensore, in molti dei fascicoli analizzati risultavano le richieste scritte a mano dei detenuti di trasferimento indirizzate alle più diverse autorità (dal direttore, al Ministro, all'ambasciata) ed una evidente assenza di assistenza. Il diritto ad essere assistiti da un difensore diviene qui un diritto gravemente compromesso, prossimo alla scomparsa.

6. La Decisione-quadro sul trasferimento dei detenuti è certamente un atto normativo ritenuto di minore rilevanza nell'ambito della cooperazione in materia penale se lo paragoniamo ad esempio al Mandato di arresto europeo e solo di recente sta ricevendo interesse anche a livello europeo. Altrettanto indubitabile è che la

all'elencazione delle carenze nella compilazione del certificato.

procedura di riconoscimento, così come attuata nell'ordinamento italiano, costituisca un elemento ancillare di una fase già residuale, quella dell'esecuzione penale, da sempre alla ricerca di una identità³⁶.

Nell'ambito della ricerca effettuata è risultato evidente quanto i fascicoli di cooperazione internazionale, non solo quelli relativi al trasferimento dei detenuti, rappresentino in molti uffici giudiziari un carico di lavoro che si aggiunge a quello ordinario senza alcun particolare riconoscimento che questa attività giudiziaria necessiti di un tempo dedicato. Una attività marginale, poco considerata come i suoi protagonisti.

Quasi paradossalmente, questa giustizia ancillare si è venuta a scontrare con la forte accelerazione impressa dal legislatore e con un approccio che potremmo definire al contempo efficientista e routinario dell'amministrazione penitenziaria, che intravede nella Decisione-quadro una interessante *back door strategy*³⁷ per contribuire alla risoluzione del problema del sovraffollamento.

Se si guarda ai numeri dei soggetti trasferiti (intorno al centinaio all'anno), l'importante sforzo di mappatura effettuato dall'amministrazione penitenziaria ha portato a risultati assai limitati e di molto inferiori alle aspettative, evidenziando inoltre una significativa difficoltà nel raccordo con gli uffici giudiziari, peraltro perno della procedura. L'amministrazione penitenziaria ha agito in modo del tutto autonomo nel privilegiato rapporto con i suoi ospiti, non considerando adeguatamente la necessità di cooperare con altri attori del sistema giustizia al fine di raggiungere i suoi fini. Una amministrazione, quindi, efficiente ma non efficace. Emerge una sorta di incomunicabilità dei due soggetti cardini della fase esecutiva: chi detiene il condannato e chi del trasferimento del condannato può decidere. Dopotutto non sono segmenti della giustizia penale abituati a interloquire in modo operativo, visto che l'unico magistrato con cui l'amministrazione penitenziaria ha una relazione è il magistrato di sorveglianza. Dal canto suo, il trasferendo è relegato in un angolo ed il diritto ad essere assistito da un difensore appare una formalità priva di reale riscontro.

Alcuni fascicoli, come già detto, evidenziano che chi vuole effettivamente essere trasferito e si fa parte attiva per raggiungere questo risultato non necessariamente ottiene soddisfazione, quantomeno in tempi più rapidi. Inazione della procura o ostacoli frapposti dallo Stato membro di destinazione si concretizzano in una denegata giustizia e in un'evidente frustrazione di quello che dovrebbe essere il fine primario dello strumento, ossia il reinserimento sociale del condannato.

Chi sono quindi i principali responsabili di questa frustrazione dei diritti del condannato?

³⁶ Di crisi di identità della giurisdizione esecutiva si è parlato nella dottrina processual-penalistica, si veda ad esempio F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011.

³⁷ Wright e Rosky individuano tre tipologie di approcci per affrontare il problema del sovraffollamento: *straightforward approach* (l'aumento della capacità penitenziaria), un *front-end approach* (i programmi di *diversion*) e infine il *back door approach* (come i programmi di *early release*). Si veda K.A. Wright e J.W. Rosky, *Too early is too soon: Lessons from the Montana department of correction early release program*, in *Criminology & Public policy (C&PP)*, 2011, 881 ss.

Come limpidamente afferma la già citata Relazione sull'impatto della Decisione-quadro, «non risultano allo studio presso questa Amministrazione interventi correttivi dell'atto normativo oggetto della presente relazione posto che le problematiche rilevate attengono a profili di carattere sostanzialmente tecnico-organizzativo»³⁸.

Tali profili di carattere tecnico-organizzativo ci sembrano non relegabili alla necessità di semplici correttivi tecnici, per quanto auspicabili, ma attengono ad una difficoltà dell'amministrazione di agire per obiettivi e in modo concertato tra le diverse sue articolazioni. Una criticità che in questo caso si manifesta in modo paradigmatico proprio per l'ancillarità della materia. Se l'amministrazione non avesse nobilitato il trasferimento dei detenuti comunitari tra gli strumenti che potevano contribuire alla riduzione del sovraffollamento, non solo il recepimento della normativa comunitaria sarebbe stato più lento ma difficilmente vi sarebbe stata l'intensa attività regolamentare e la materia sarebbe stata probabilmente abbandonata ad una sostanziale non attuazione.

I pochi procedimenti di trasferimento andati a buon fine concentrati in poche procure, la mancanza di raccordo tra l'amministrazione e la giurisdizione della fase esecutiva, la poca conoscenza delle materie di cooperazione internazionale, la scarsa considerazione del detenuto e l'assenza di assistenza difensiva ci sembrano delineare un doppio fallimento. Questa giustizia non sacrifica i diritti sull'altare dell'efficienza - come gli studi sulla mcdonaldizzazione della giustizia³⁹ e in particolare di quella penale⁴⁰ hanno evidenziato - ma fallisce due volte: non tutela il condannato e non riesce a ridurre il sovraffollamento.

³⁸ Camera dei Deputati, *Relazione sullo stato di attuazione dell'analisi di impatto della regolamentazione*. Trasmessa alla Presidenza il 15 maggio 2017, http://presidenza.governo.it/DAGL/uff_studi/Relazione_2017.pdf, 479.

³⁹ G. Ritzer, *The McDonaldization of society*, California, 2004

⁴⁰ Bohm Robert M. (2006), 'McJustice': on the Mcdonaldization of Criminal Justice, in *Justice Quarterly (JQ)*, 23, 127 ss.