LOST IN COOPERATION? LE SFIDE POSTE DALLA CRESCENTE STRATIFICAZIONE DEGLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE NELL'UNIONE EUROPEA

di Francesco Sanvitale
(*Ricercatore in Diritto processuale penale, Università della Tuscia*)

La progressiva proliferazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea ha ampliato le possibilità a disposizione delle autorità nazionali ma ha anche determinato una crescente stratificazione di meccanismi concepiti in momenti e per finalità differenti. Il contributo esamina alcune delle interazioni più problematiche tra tali strumenti, mostrando come il dato normativo non offra sempre criteri sufficienti per governarne i rapporti. In questo quadro, un ruolo centrale è assunto dalla Corte di giustizia, nella cui giurisprudenza acquista crescente rilievo il richiamo al rischio di impunità, con possibili ricadute sulla tutela dei diritti individuali. Ne emerge, pertanto, l'esigenza di un assetto maggiormente coordinato, fondato su una più chiara definizione dei rapporti tra i diversi strumenti e su un più incisivo ricorso al principio di proporzionalità.
The progressive proliferation of judicial cooperation instruments in criminal matters within the European Union has broadened the range of options available to national authorities but has also led to a growing stratification of mechanisms conceived at different times and for different purposes. The article examines some of the most problematic interactions between these instruments, showing that the legal framework does not always provide sufficient criteria for governing their relationships. In this context, the Court of Justice plays a central role, and references to the risk of impunity are gaining increasing prominence in its case law, with possible repercussions for the protection of individual rights. This highlights the need for a more coordinated framework, based on a clearer definition of the relationships between the different instruments and on greater reliance on the principle of proportionality.

Coordinamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria penale – rischio di impunità – principio di proporzionalità
Coordination of judicial cooperation instruments in criminal matters – risk of impunity – proportionality

Sommario: 1. La proliferazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria penale all'interno dell'Unione europea. – 2. Le possibili interazioni tra gli strumenti di cooperazione. – 2.1. Il problematico incontro tra la DQ MAE e la DQ 2008/909/GAI. – 2.2. Il ruolo subalterno delle alternative alla detenzione (la DQ 2008/947/GAI e la DQ 2009/829/GAI). – 2.3. Il punto di contatto tra mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine. – 3. L'ordine europeo di indagine: da strumento egemone a strumento residuale? – 4. Il governo dei rapporti tra gli strumenti di cooperazione. – 4.1. Il crescente rilievo del rischio di impunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. Per un migliore coordinamento degli strumenti di cooperazione.

1. Da quando il Consiglio europeo di Tampere ha stabilito che il reciproco riconoscimento sarebbe dovuto «diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione»[1], si è assistito a una significativa proliferazione di atti ispirati da tale scelta politica[2]. Com'è noto, alla DQ 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (d'ora in avanti DQ MAE) sono seguite normative diverse, accomunate dall'avere nel reciproco riconoscimento il loro principale fondamento.

Tra le più rilevanti – senza alcuna pretesa di completezza – possono ricordarsi la DQ 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; la DQ 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive; la DQ 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare; la direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (d'ora in avanti dir. OEI); il regolamento 2023/1543/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2023, relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali, approvato insieme alla direttiva 2023/1544/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2023, recante norme armonizzate sulla designazione di stabilimenti designati e sulla nomina

[1] Si veda Consiglio europeo di Tampere, *Conclusioni della Presidenza*, 15 e 16 ottobre 1999, sez. VI.

[2] Cfr. D. Brodowski, *European Criminal Justice – From Mutual Recognition to Coherence*, in *20 Years Anniversary of the Tampere Programme. Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, a cura di S. Carrera, D. Curtin, A. Geddes, San Domenico di Fiesole 2020, 225.

di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove elettroniche nei procedimenti penali (c.d. *e-evidence package*).

L'elenco, già di per sé ampio, non esaurisce la produzione normativa in materia e testimonia la vitalità di un settore nel quale il legislatore eurounitario continua a intervenire. Il processo non sembra, infatti, destinato ad arrestarsi. Lo dimostra la recente proposta di rifusione (*recast*) della direttiva OEI[3], che, tra le altre innovazioni, introdurrebbe un ordine europeo di partecipazione a distanza, volto a facilitare la presenza mediante videoconferenza alle udienze penali di indagati, imputati e vittime che siano parti del procedimento, i quali si trovino in un altro Stato membro[4].

In astratto, ciascuno di questi strumenti dovrebbe distinguersi chiaramente dagli altri, per specifico ambito operativo di riferimento. Sennonché, la realtà applicativa appare meno lineare. Soprattutto, il dato normativo non sempre chiarisce quale rapporto debba intercorrere tra strumenti utilizzabili nella medesima vicenda. Diviene allora utile individuare i parametri dei quali le autorità competenti possano servirsi per muoversi entro un quadro ormai assai articolato. In tale prospettiva, e senza aspirare a una ricognizione esaustiva, si prenderanno in esame alcune delle interazioni più problematiche, riservando particolare attenzione alle soluzioni offerte dalla Corte di giustizia.

2. Che strumenti di cooperazione diversi operino in settori e fasi differenti del procedimento è, naturalmente, un dato fisiologico; ed è altrettanto normale che essi possano succedersi all'interno del medesimo procedimento dalla dimensione transfrontaliera. E tuttavia, talvolta, le rispettive sfere applicative si avvicinano e più meccanismi consentono, almeno in parte, di perseguire risultati analoghi. In casi come questi sorgono problemi complessi e – come avremo modo di sottolineare – affiora una sorta di competizione tra gli strumenti stessi. Può accadere, poi, che il ricorso all'uno o all'altro dipenda anche, a monte, dall'adozione di misure o decisioni di natura diversa. In tali ipotesi, il problema del coordinamento tra gli strumenti di cooperazione finisce per investire pure la scelta interna del provvedimento destinato a circolare.

2.1. Una significativa sovrapposizione tra ambiti applicativi distinti si realizza nel campo degli istituti in grado di incidere sulla libertà personale. È il caso del rapporto tra la DQ MAE e la DQ 2008/909/GAI. Quando una persona condannata in uno Stato membro si trovi nel territorio di un altro, il mandato d'arresto europeo c.d. esecutivo

[3] Commissione europea, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters and the European Remote Participation Order (recast)*, Bruxelles 23.6.2026. Per un primo commento, v. G. Forlani, *La riforma dell'Ordine Europeo di Indagine tra efficienza investigativa, nuove tecnologie e garanzie processuali: la nuova proposta della Commissione europea sul recast della Direttiva 2014/41/UE relativa all'Ordine Europeo di Indagine (OEI)*, in *IUS UE e Internazionale* 7.7.2026.

[4] *Ivi*, articoli 1 paragrafo 1 lett. *d* e 36 paragrafo 1.

permette di ottenerne la consegna allo Stato che intende dare esecuzione alla condanna; la DQ 2008/909/GAI consente, invece, di trasmettere la sentenza, assieme all'apposito certificato, affinché la pena sia riconosciuta ed eseguita in un diverso Stato membro, segnatamente quando ciò sia funzionale al reinserimento sociale del condannato.

In prima approssimazione, i due meccanismi appaiono dunque come vie alternative per assicurare l'esecuzione della pena: ricondurre il condannato nello Stato della condanna oppure trasferire l'esecuzione nello Stato con il quale egli presenta legami più significativi[5]. Qualora il condannato si trovi quindi in uno Stato che può essere individuato quale miglior Paese in cui scontare la pena affinché sia favorito il suo reinserimento nella società, l'autorità emittente si potrebbe trovare a scegliere tra i due strumenti. Così, dove quest'ultima consideri l'emissione di un mandato d'arresto e la persona ricercata si trovi nello Stato membro di cui sia cittadina o in cui risieda, il manuale della Commissione del 15 dicembre 2023 sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo consiglia di preferire il meccanismo di cui alla DQ 2008/909/GAI[6]. Peraltro, non può neppure escludersi l'emissione parallela di un mandato d'arresto europeo e di un certificato a norma della DQ 2008/909/GAI[7].

La relazione, tuttavia, non si esaurisce in un'alternativa rimessa all'autorità dello Stato in cui sia stata pronunciata la sentenza di condanna. Se il mandato d'arresto è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva e la persona ricercata dimori nello Stato di esecuzione, ne sia cittadina o vi risieda, l'art. 4 punto 6 DQ MAE consente di rifiutare la consegna qualora tale Stato si impegni a eseguire la pena. Nella stessa situazione, anche nell'ipotesi di mandato c.d. processuale – di regola fondato su un provvedimento cautelare custodiale –, lo Stato di esecuzione può subordinare la consegna alla condizione che la persona sia rinviata nello Stato stesso per scontarvi la pena eventualmente pronunciata nei suoi confronti nello Stato membro emittente (art. 5 punto 3 DQ MAE). In entrambe le eventualità si realizza, dunque, un risultato analogo a quello perseguito dalla DQ 2008/909/GAI: la condanna è pronunciata in uno Stato membro, ma la pena viene eseguita altrove.

Il legislatore dell'Unione ha avvertito l'esigenza di coordinare le due discipline. L'art. 25 DQ 2008/909/GAI stabilisce, infatti, che, fatta salva la DQ MAE e nella misura in

[5] Secondo D. Vigoni, *Riconoscimento della sentenza straniera ed esecuzione all'estero della sentenza italiana*, Torino 2013, 75, il meccanismo di cui alla DQ 2008/909/GAI sarebbe stato destinato a sostituire, progressivamente, il mandato d'arresto europeo c.d. esecutivo.

[6] Commissione europea, *Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, 15.12.2023, 60. Sul punto, v. anche S. Montaldo, A. Damian, J.A. Brandariz, *The Road Ahead: Proposals for Improving the Implementation of Framework Decision 2008/909/JHA*, in *The Transfer of Prisoners in the European Union. Challenges and Prospects in the Implementation of Framework Decision 2008/909/JHA*, a cura di S. Montaldo, L'Aia 2020, 161-162.

[7] Commissione europea, *Manuale sull'emissione*, cit., 60.

cui siano con essa compatibili, le disposizioni sulla trasmissione delle sentenze si applicano anche nei casi contemplati dagli articoli 4 punto 6 e 5 punto 3 DQ MAE.

L'applicazione della DQ 2008/909/GAI non è però priva di conseguenze, come emerge da recenti pronunce della Corte di giustizia. In particolare, nel caso *C.J.*, la Corte ha fatto leva su una serie di disposizioni della DQ 2008/909/GAI per affermare la necessità del consenso dell'autorità dello Stato di emissione affinché si proceda al trasferimento del detenuto e alla contestuale esecuzione della pena nello Stato estero[8]. Si fa soprattutto riferimento all'art. 4 paragrafo 2 DQ 2008/909/GAI, ai sensi del quale l'autorità dello Stato di emissione, per procedere alla trasmissione della sentenza, deve avere la certezza che l'esecuzione della pena nello Stato di esecuzione sia funzionale al reinserimento sociale della persona condannata. Rileva poi l'art. 4 paragrafo 5 DQ 2008/909/GAI, da cui si evince che, qualora sia lo Stato di esecuzione ad attivarsi chiedendo la trasmissione della sentenza, non sorge alcun obbligo in capo allo Stato di emissione. Infine, si cita l'art. 13 DQ 2008/909/GAI, che consente a quest'ultimo di ritirare il certificato, indicandone i motivi, finché lo Stato di esecuzione non abbia eseguito la pena. La Corte ne fa derivare che, in seguito al rifiuto opposto all'esecuzione del mandato d'arresto europeo *ex* art. 4 punto 6 DQ MAE, poiché l'autorità di esecuzione deve chiedere la trasmissione della sentenza ai sensi della DQ 2008/909/GAI, lo Stato di emissione può tenere fermo il mandato e rifiutare di trasmettere la sentenza, anche sulla base di non meglio specificate ragioni di politica penale[9].

Una simile impostazione non appare del tutto persuasiva innanzitutto sul piano dell'efficienza del sistema. Infatti, subordinando la presa in carico della pena ai sensi della DQ 2008/909/GAI al rispetto di ulteriori condizioni, si finisce per introdurre un ostacolo capace di determinare un contrasto tra le autorità giudiziarie difficile da superare. L'impressione è che la Corte sia così restia ad ammettere che, in alcuni casi, altri interessi debbano prevalere sulle esigenze della cooperazione – anche a costo che questa non abbia seguito[10] – da non considerare fino in fondo le ricadute sistematiche delle proprie statuizioni.

A orientare i giudici di Lussemburgo sembra essere, primariamente, l'esigenza di preservare le prerogative dell'autorità di emissione, che si fa portatrice dell'istanza repressiva nei confronti del condannato. Viceversa, l'esigenza di favorire il

[8] C.G.UE, 4.9.2025, C-305/22, *C.J. (Exécution d'une condamnation à la suite d'un MAE)*, in *CP* 2025, 4181 ss., con *Osservazioni* di G. Colaiacovo. A commento, v. anche N. Canestrini, Il *consenso come veto: la Corte di Giustizia svuota il diritto al reinserimento sociale nel sistema MAE a favore della sovranità punitiva. La Sentenza C-305/22 della Corte di Giustizia del 4 settembre 2025*, in *Giur. pen.* 8.9.2025 e A. Damato, *Il motivo di rifiuto facoltativo previsto dall'art. 4, punto 6 del mandato d'arresto europeo: la Grande sezione della Corte di giustizia ne precisa i termini di applicazione*, in *Eurojus* 29.12.2025.

[9] C.G.UE, *C.J.*, cit., 4185.

[10] Cfr. F. Nicolicchia, *Riflessioni minime su diritti dell'accusato e cooperazione giudiziaria europea a quasi un ventennio da Stoccolma*, in www.lalegislazionepenale.eu (in questa sezione) 3.6.2026, 14.

reinserimento sociale del condannato – obiettivo primario della DQ 2008/909/GAI, di cui si fa tendenzialmente portatrice l'autorità di esecuzione[11] – viene valutata come recessiva rispetto all'«obiettivo della lotta contro l'impunità»[12] perseguito dalla DQ MAE (l'esigenza di «evitare l'impunità della persona» è inoltre menzionata espressamente nell'art. 25 DQ 2008/909/GAI). La Corte di giustizia ritiene infatti che riconoscere allo Stato di esecuzione la possibilità di rifiutare il mandato d'arresto europeo sulla base dell'obiettivo di favorire il reinserimento sociale del condannato senza il consenso dello Stato emittente equivarrebbe a «creare un rischio elevato di impunità di persone che tentano di sfuggire alla giustizia dopo essere state condannate in uno Stato»[13].

Il rilievo attribuito all'esigenza di evitare l'impunità emerge con particolare chiarezza altresì nella successiva sentenza *Rugu*, in forza della quale si impone di ricorrere alla DQ 2008/909/GAI affinché la condanna trovi attuazione nello Stato di esecuzione non solo nel caso di cui all'art. 4 punto 6 DQ MAE, bensì pure qualora il motivo di rifiuto opposto sia costituito dalla presenza di un rischio di trattamento inumano o degradante per effetto della consegna del condannato[14]. Ne discende che anche in tale ipotesi, sebbene nel silenzio del dato normativo sul punto, l'autorità di esecuzione può sì evitare che si realizzi una grave violazione dei diritti fondamentali, ricorrendo al noto test inaugurato dalla sentenza *Aranyosi e Căldăraru*[15], ma alla condizione che comunque si faccia carico di eseguire la sentenza di condanna.

---

[11] Lo si desume dal considerando 9, dall'art. 3 paragrafo 1 e dall'art. 4 paragrafi 2, 4 e 6 DQ 2008/909/GAI.

[12] C.G.UE, *C.J.*, cit., 4186.

[13] *Ivi*, 4187. In senso critico sui passaggi appena richiamati, v. G. Colaiacovo, *op. cit.*, 4190.

[14] C.G.UE, 4.6.2026, C-722/23, *Rugu*, in *Penaledp* 9.6.2026, § 57 ss. A commento della pronuncia v. A. Damato, *Le conseguenze del rifiuto di esecuzione del mandato d'arresto europeo per violazione dei diritti fondamentali nella sentenza Rugu della Corte di giustizia*, in *Eurojus* 20.7.2026 e A. Stirone, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: morfologia del sistema e aggiustamenti pretori. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia UE nelle cause riunite C-722/23 e C-91/24 (Rugu e Aucroix)*, in *Penaledp*, 9.7.2026.

[15] C.G.UE, 5.4.2016, C-404/15, *Aranyosi e Căldăraru*, in *CP* 2016, 3470 ss. Tra i moltissimi commenti, v. G. Anagnostaras, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant:* Aranyosi and Căldăraru, in *Common Mark. Law Rev.* 2016, 6, 1675 ss.; M. Bargis, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.* 2017, 2, 192 ss.; S. Gáspár Szilágyi, *Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.* 2016, 2-3, 197 ss.; N. Lazzerini, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Dir. umani e dir. intern.* 2016, 445 ss. Com'è noto, la Corte di giustizia ha sviluppato un test a due fasi: l'autorità di esecuzione deve dapprima verificare, sulla base di elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati, l'esistenza nello Stato emittente di carenze sistemiche o generalizzate; deve poi accertare, alla luce della situazione individuale e delle informazioni richieste all'autorità emittente, se la persona interessata corra concretamente un rischio reale di lesione del diritto fondamentale rilevante (C.G.UE, *Aranyosi e Căldăraru*, cit., 3475-3476). Per un approfondimento v., per tutti, L. Mancano, *You'll never work alone: A systemic assessment of the European Arrest Warrant and judicial independence*, in *Common Mark. Law Rev.* 2021, 3, 696 ss.

Avremo modo di tornare, in prospettiva critica, sul peso che la Corte assegna nella sua giurisprudenza recente al "rischio di impunità"[16]. Prima però occorre rilevare che l'influenza reciproca tra gli istituti in esame non riguarda soltanto le disposizioni normative. Anche le soluzioni giurisprudenziali elaborate per uno strumento sono state infatti estese all'altro. È quanto accaduto proprio con il test appena menzionato, ideato dalla Corte nella pronuncia *Aranyosi e Căldăraru* con riferimento al divieto di trattamenti inumani o degradanti e poi altresì applicato, sempre in relazione all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, alla tutela del diritto a un giudice indipendente[17].

Con la decisione *Staatsanwaltschaft Aachen* la Corte ha ritenuto che un analogo esame debba essere compiuto pure quando lo Stato di esecuzione sia chiamato a riconoscere, ai sensi della DQ 2008/909/GAI, una sentenza pronunciata in uno Stato nel quale sussistano carenze sistemiche o generalizzate concernenti l'indipendenza del potere giudiziario[18]. Nel caso concreto, la trasposizione appariva plausibile: il condannato si trovava in Germania, la sentenza era stata pronunciata in Polonia e la sua esecuzione in Germania avrebbe dato effetto a una decisione potenzialmente viziata dalla violazione del diritto a un equo processo. L'estensione del test consentiva, pertanto, di evitare che il mutamento dello strumento di cooperazione privasse di rilievo la garanzia già riconosciuta nell'ambito del mandato d'arresto europeo.

Sennonché, l'equivalenza tra i due contesti non può essere data per presupposta. Se la persona si trovi nello Stato di emissione e stia già scontando la pena, il rifiuto dello Stato di esecuzione di riconoscere la sentenza non la sottrae alle condizioni di esecuzione esistenti nello Stato di emissione[19]. Ancora, se il rischio per i diritti dipenda dalle condizioni detentive, muta il senso stesso del controllo: carenze nello Stato di emissione sarebbero irrilevanti[20] o, casomai, potrebbero costituire una ragione per favorire il trasferimento; carenze nello Stato di esecuzione potrebbero giustificare il

[16] *Infra*, § 4.1.

[17] C.G.UE, 25.7.2018, C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, in *CP* 2018, 3907 ss. Tra i numerosi commenti, v. P. Bárd, W. van Ballegooij, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in* Minister for Justice and Equality v. LM, in *NJECL* 2018, 3, 353 ss.; M. Krajewski, *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to the Independence of Domestic Judges: ECJ 25 July 2018, Case C-216/18 PPU,* The Minister for Justice and Equality v LM, in *Eur. Const. Law Rev.* 2018, 4, 792 ss.; T. Konstadinides, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant*, in *Common Mark. Law Rev.* 2019, 3, 743 ss.; F.-G. Ruiz Yamuza, *A new horizon in shielding fundamental rights within cooperation based on mutual recognition. Flying in the coffin corner*, in *ERA Forum* 2020, 3, 371 ss.

[18] C.G.UE, 9.11.2023, C-819/21, *Staatsanwaltschaft Aachen*, in *Foro amm.* 2023, 1451, nonché in *Dir. dif.* 2023, 1011-1012. A commento della pronuncia v. A. Rosanò, Staatsanwaltschaft Aachen*, ovvero la tutela dei diritti fondamentali sulla base del test* LM *nelle procedure di trasferimento interstatale di detenuti*, in *European Papers* 2023, 1105 ss. e A. Zemskova, *C-819/21* Staatsanwaltschaft Aachen*: Mutual Trust Is Not Blind…Nor Is It Redundant*, in *EULawLive* 21.11.2023.

[19] Cfr. A. Rosanò, *op. cit.*, 1117.

[20] *Ivi*, 1117-1118.

rifiuto, ma l'autorità di quest'ultimo dovrebbe valutare criticamente il proprio sistema penitenziario e non, come nel caso del mandato d'arresto europeo, quello dello Stato di emissione[21]. Non vanno escluse la serietà e l'importanza di un simile vaglio, ma bisogna tenere conto del mutato contesto rispetto al mandato d'arresto europeo.

2.2. La DQ 2008/909/GAI è stata adottata insieme alla DQ 2008/947/GAI, che riguarda il riconoscimento di provvedimenti di sospensione della pena o di applicazione di misure alternative alla detenzione. Come è stato condivisibilmente osservato, questo atto costituisce un «indispensabile complemento» [22] della DQ 2008/909/GAI, poiché, almeno in linea di principio, sarebbe sbilanciato un sistema che contempli la possibilità di eseguire una pena detentiva nel luogo in cui sia massimamente favorito l'obiettivo del reinserimento sociale e non consenta invece lo stesso per le misure alternative e le pene sostitutive.

A completare il quadro, poi, nelle intenzioni del legislatore europeo, c'è la DQ 2009/829/GAI, in forza della quale l'autorità emittente può richiedere a quella dello Stato membro in cui l'indagato o l'imputato risieda di eseguire a suo carico misure cautelari non detentive, attraverso la trasmissione del c.d. ordine di sorveglianza europeo (noto anche come ordinanza cautelare europea) [23]. Così come la DQ 2008/947/GAI fa da contraltare alla DQ 2008/909/GAI per le pene non detentive, la DQ 2009/829/GAI integra il sistema delle misure cautelari all'interno dell'Unione europea, offrendo la possibilità di applicare all'estero misure non detentive, tramite uno strumento complementare rispetto al mandato d'arresto europeo [24]. La stessa Commissione europea guarda alla DQ 2008/909/GAI, alla DQ 2008/947/GAI e alla DQ 2009/829/GAI come a un «pacchetto legislativo coerente e complementare»[25].

---

[21] A. Rosanò, *I trasferimenti interstatali di detenuti nel diritto dell'Unione europea*, Bari 2022, 172. Nello stesso senso: V. Vasta, *L'esecuzione della pena all'estero in ambito UE: tra finalità di risocializzazione del condannato, esigenze di protezione della collettività e tentativi di deflazione penitenziaria*, in www.lalegislazionepenale.eu (in questa sezione) 23.6.2026, 12.

[22] L. Cesaris, *Nuovi strumenti di cooperazione in materia penale: le Decisioni Quadro 2008/909 e 2008/947*, in *Rass. penit. crim.* 2009 n. 2, 166.

[23] Per le misure cautelari applicabili, v. art. 8 decisione quadro 2009/829/GAI.

[24] Al riguardo, v. S. Quattrocolo, *The European Supervision Order: The Need for a New Culture of Combating Impunity*, in *The Fight Against Impunity in EU Law*, a cura di L. Marin, S. Montaldo, Oxford 2020, 165.

[25] Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare*, Bruxelles 5.2.2014, 4. Specifica poi ulteriormente la Relazione: «le decisioni quadro vanno viste come un pacchetto di normative coerenti e complementari diretto ad affrontare la questione della detenzione dei cittadini dell'Unione in altri Stati membri e suscettibile di condurre a una riduzione della durata della custodia cautelare o agevolare la riabilitazione sociale dei detenuti in un contesto transfrontaliero. Esistono infatti nessi operativi tra le tre decisioni quadro, nonché tra le decisioni quadro e la decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo» (*ibidem*).

A distanza di anni, è ormai conclamato l'insuccesso di questa visione. Nella prassi, infatti, il ricorso alle decisioni quadro che avrebbero dovuto garantire la proporzionalità della risposta sanzionatoria e delle misure cautelari nei casi transfrontalieri – ossia la DQ 2008/947/GAI e la DQ 2009/829/GAI – è assai esiguo[26], specialmente se paragonato al successo, in termini applicativi, del mandato d'arresto europeo[27].

I motivi che hanno, finora, contribuito a tale fallimento, dal quale evidentemente derivano una connotazione in senso repressivo degli strumenti di cooperazione e trattamenti sperequati tra casi interni e casi con elementi transfrontalieri, sono molteplici. Il Segretariato Generale del Consiglio, nella relazione finale sul nono ciclo di valutazioni reciproche sugli strumenti di mutuo riconoscimento nel campo della privazione o restrizione della libertà, menziona – tra le altre – la scarsa conoscenza di questi strumenti da parte degli operatori e di chi potrebbe beneficarne, la difficoltà nell'individuazione dell'autorità competente a recepirli negli altri Stati membri e le differenze molto marcate nelle varie legislazioni in tema di misure alternative alla detenzione e misure cautelari di carattere non custodiale[28].

Il fattore più rilevante tra quelli menzionati dal Segretariato Generale del Consiglio riguarda, però, a nostro avviso, un aspetto che deriva dal meccanismo stesso alla base dei due strumenti, ossia l'elevato livello di fiducia reciproca necessario tra gli Stati perché essi vengano impiegati[29]. Partendo dall'ordine di sorveglianza europeo, bisogna sottolineare che mentre nel mandato di arresto europeo l'autorità emittente richiede l'arresto della persona affinché le sia consegnata, nell'ordinanza *de qua* il soggetto si trova in uno Stato diverso da quello in cui si svolge il procedimento[30]. Il che è l'obiettivo precipuo della decisione quadro 2009/829/GAI, che intende così evitare lesioni

[26] Segretariato Generale del Consiglio, *Final report on the 9th round of mutual evaluations on Mutual recognition legal instruments in the field of deprivation or restriction of liberty*, Bruxelles 1.3.2023, 8 e 62 ss.

[27] Si vedano i dati riportati in Commissione europea, *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2023*, Bruxelles 16.12.2025, 6 ss. Quanto al confronto tra l'impiego del mandato di arresto europeo e l'ordine di sorveglianza europeo, v. A.M. Neira-Pena, *The Reasons Behind the Failure of the European Supervision Order: The Defeat of Liberty Versus Security*, in *European Papers* 2020, 3, 1498 ss. Riguardo alla inattuazione nella prassi di tale strumento, v. R. Barbosa, V. Glerum, H. Kijlstra, A. Klip, C. Peristeridou, *Improving the European Arrest Warrant*, L'Aia 2022, 278-279; N. Canestrini, *Misure cautelari europee: non solo mandato di arresto europeo*, in *Giur. pen.* 22.2.2021, 2; A. Ryan, *The Interplay Between the European Supervision Order and the European Arrest Warrant: An Untapped Potential Waiting to Be Harvested*, in *European Papers* 2020, 3, 1532.

[28] Segretariato Generale del Consiglio, *Final report*, cit., 62-63.

[29] *Ivi*, 66 ss. Con riguardo all'ordine di sorveglianza, nello stesso senso: A.M. Neira-Pena, *op. cit.*, 1503.

[30] Lo sottolineano, in particolare, A.M. Neira-Pena, *op. cit.*, 1502; E. Montero Pérez de Tudela, C. Rocío García Ruiz, *The underutilisation of the European Supervision Order: Framework Decision 2009/829/JHA as just a scrap of paper*, in *E.L. Rev.* 2021, 3, 321, che così spiegano, in conclusione, la preferenza per la custodia cautelare rispetto ad altre misure e per il mandato di arresto europeo rispetto all'ordine di sorveglianza europeo: «*fearing loss of control over the suspect and the prospect of being drawn into a tedious, complex procedure with few instruments to facilitate it, the authorities choose to adopt the simplest, most reliable and controllable measure even if this means depriving the accused of their freedom*».

sproporzionate al diritto alla vita privata e familiare dell'individuo e favorirne il reinserimento sociale. E tuttavia, le autorità competenti dello Stato di emissione sono spesso restie a consentire alla persona indagata o imputata di trovarsi altrove quando la sua presenza potrebbe essere necessaria nel corso del procedimento penale[31]. Venendo poi alla DQ 2008/947/GAI, le autorità giudiziarie nazionali preferiscono mantenere l'esecuzione della pena sotto la responsabilità dei propri servizi nazionali, anziché accettare una sorveglianza transfrontaliera, ritenendo che ciò garantisca un controllo più efficace[32].

Almeno nel breve periodo, l'innalzamento del livello di fiducia reciproca tra gli Stati pare un obiettivo difficilmente raggiungibile[33]. Pertanto, occorre chiedersi se sia comunque possibile favorire il ricorso a tali istituti seguendo strade differenti. Ebbene, si può sostenere che la soluzione potrebbe risiedere in un miglior raccordo, per così dire, con i meccanismi che comportano conseguenze più incisive sulla libertà personale[34].

Lo dimostrano le situazioni che tipicamente si verificano nei casi inerenti al rapporto tra mandato d'arresto europeo e DQ 2008/909/GAI. La vicenda alla base del già citato caso *C.J.* offre, al riguardo, uno spunto significativo. Per un certo periodo, la persona condannata era stata sottoposta nello Stato di esecuzione (si trattava dell'Italia) alla misura dell'affidamento ai servizi sociali. L'Avvocato generale ha contestato che lo Stato di esecuzione possa sostituire unilateralmente alla pena richiesta una misura diversa[35], mentre la Corte di giustizia non ha affrontato specificamente il tema.

In una prospettiva integrata, tuttavia, ogniqualvolta vengano in rilievo la DQ MAE o la DQ 2008/909/GAI, dovrebbe almeno essere considerata – nei limiti consentiti dal

[31] Segretariato Generale del Consiglio, *Final report*, cit., 67. Nello stesso senso: A.M. Neira-Pena, *op. cit.*, 1508. Secondo l'Autrice, inoltre, un ulteriore rafforzamento di tale riluttanza potrebbe derivare dal fatto che molti Stati hanno optato per la possibilità di rifiutare il mandato d'arresto europeo emesso in seguito alla violazione delle prescrizioni sulla base della pena inferiore a dodici mesi. Ciò acuirebbe il rischio di non poter poi ottenere la persona qualora lo si reputi necessario e quindi costituire un incentivo ulteriore a optare fin dall'inizio per lo strumento più invasivo (*ivi*, 1503-1504).

[32] Segretariato Generale del Consiglio, *Final report*, cit., 66.

[33] In una prospettiva di lungo periodo, si può senz'altro concordare con G. Colaiacovo, *op. cit.*, 4192, quando afferma che «se l'introduzione dell'euromandato ha impresso un nuovo, decisivo, corso alla cooperazione, aprendo una strada prima di allora mai battuta, il passo ulteriore da compiere consiste in una armonizzazione delle discipline penitenziarie dei singoli Stati membri». Ciò accrescerebbe la reciproca fiducia e faciliterebbe il ricorso a misure diverse da quelle detentive anche nei casi transfrontalieri.

[34] A. Martufi, G. Bondi, *L'esecuzione delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative nell'Unione europea alla luce del d.lgs. 38/2016 di attuazione della decisione quadro 947/2008. Criteri ermeneutici, istituti applicabili e prospettive di riforma*, in www.lalegislazionepenale.eu 7.6.2023, 22, per il diritto interno, arrivano a proporre una «*reductio ad unum* dei testi attinenti alla cooperazione giudiziaria in materia penale, i quali nel tempo sono andati stratificandosi in numerose leggi e decreti legislativi».

[35] Conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di giustizia Richard de la Tour, *C.J. (Exécution d'une condamnation à la suite d'un MAE)*, 12.12.2024, 14-15.

diritto interno e a seconda della fase – la possibilità di adottare a monte una misura meno intrusiva e, quindi, di ricorrere alla DQ 2008/947/GAI o alla DQ 2009/829/GAI. Ciò, evidentemente, in ossequio al principio di proporzionalità, enunciato in via generale all'art. 52 paragrafo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti CDFUE)[36].

Un'indicazione in questo senso proviene, del resto, dal già citato manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo[37]. Nel valutare la proporzionalità dell'emissione del mandato, l'autorità dovrebbe considerare la «possibilità di ricorrere ad altre misure per la cooperazione giudiziaria invece che all'emissione» di un mandato d'arresto europeo, tenuto conto del fatto che «altri atti normativi unionali riguardanti la cooperazione giudiziaria in materia penale prevedono misure diverse che, in molte situazioni, sono efficaci ma meno coercitive»[38]. Tra queste possibilità, per la fase «preprocessuale» viene indicata, fra le altre, quella della emissione di un ordine di sorveglianza europeo per una misura cautelare non privativa della libertà, che verrebbe eseguita dallo Stato membro di residenza dell'indagato[39]; per quella «postprocessuale», oltre al già menzionato trasferimento della pena detentiva ai sensi della DQ 2008/909/GAI, il trasferimento di una pena sostitutiva (ad esempio un lavoro o una prestazione socialmente utile) o di un'ordinanza di sospensione condizionale nello Stato membro di residenza della persona condannata affinché tale pena o ordinanza sia eseguita in detto Stato membro[40].

Tuttavia, il manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, oltre a non contenere prescrizioni cogenti per le autorità coinvolte bensì mere raccomandazioni, si rivolge esclusivamente all'autorità di emissione, che dovrebbe valutare in autonomia tali alternative. Il raffronto con la dir. OEI consente di cogliere perché ciò potrebbe non essere sufficiente. L'art. 10, paragrafi 3 e 4 dir. OEI permette all'autorità di esecuzione di ricorrere, previa consultazione, a un atto di indagine

[36] Per un approfondimento su questa disposizione, v., per tutti, F. Ferraro, N. Lazzerini, *sub* art. 52, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Milano 2017, 1065 ss. e S. Peers, S. Prechal, *sub* art. 52, in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*[2], a cura di S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, Oxford 2021, 1628 ss. Con riguardo al principio di proporzionalità in prospettiva processualpenalistica, v. M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.* 2014, 3-4, 143 ss., nonché Id., *Il principio di proporzionalità nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2025, 1003 ss.

[37] Commissione europea, *Manuale*, cit., 18-19 e 57.

[38] *Ivi*, 19. Si esprimeva in senso analogo già la versione riveduta, risalente al 2010, del manuale europeo sull'emissione del mandato di arresto del Consiglio (Consiglio, *Versione riveduta del manuale europeo sull'emissione del mandato di arresto*, 27.12.2010, 14). Per una panoramica sulle varie versioni del manuale, v. E. Pistoia, *Proportionality of Criminal Penalties and EU Judicial Cooperation*, in *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law*, a cura di L. Grossio, S. Montaldo, V. Mitsilegas, Oxford 2025, 172.

[39] Commissione europea, *Manuale*, cit., 20.

[40] *Ibidem*.

diverso da quello richiesto quando esso consenta di conseguire il medesimo risultato con mezzi meno intrusivi. Si apre così un confronto tra le due autorità nel quale quella di esecuzione può assumere un ruolo particolarmente significativo. Rispetto all'autorità di emissione, essa è infatti meno condizionata dall'interesse perseguito con la misura e può quindi prestare maggiore attenzione alla sua incidenza sui diritti coinvolti. Nel settore delle restrizioni alla libertà personale non è previsto un meccanismo altrettanto esplicito. Ci si può allora chiedere se, proprio in un ambito nel quale la scelta tra strumenti incide direttamente sulla libertà, non sarebbe opportuno istituzionalizzare una forma analoga di interlocuzione sull'alternativa meno afflittiva.

Se la lacuna normativa è evidente, mancando meccanismi di raccordo obbligatori[41], nel ricercare le ragioni dello scarso impiego degli strumenti in esame non può tuttavia essere trascurato il ruolo della Corte di giustizia. Come si è già visto, infatti, nonostante i ben noti avanzamenti compiuti sul terreno della tutela dei diritti fondamentali[42], la sua giurisprudenza continua ad assegnare un peso considerevole all'effettività della cooperazione, anche quando vengono in rilievo interessi che vi si frappongano e che, almeno sulla carta, non sono meno rilevanti. È difficile stabilire in termini generali quanto questo orientamento incida sulle scelte delle autorità nazionali. Pare però ragionevole ritenere che, in un sistema nel quale l'efficienza della cooperazione conserva un rilievo tanto marcato nella giurisprudenza della Corte chiamata (attraverso il rinvio pregiudiziale) a orientare i giudici nazionali, risultino più immediatamente rassicuranti gli strumenti la cui probabilità di successo sia più elevata. Nell'ambito preso in considerazione, si tratta di quelli basati su provvedimenti di carattere detentivo o custodiale. L'esecuzione all'estero di misure non custodiali richiede coordinamento, condivisione delle informazioni e, soprattutto, una maggiore disponibilità alla gestione condivisa del procedimento. Essa è, in altre parole, intrinsecamente più complessa di quella che caratterizza gli strumenti basati

[41] Cfr. A.M. Neira-Pena, *op. cit.*, 1502, che nota correttamente come la decisione quadro 2009/829/GAI non configuri, come sarebbe invece auspicabile, un diritto a beneficiare di una misura non custodiale nel proprio Stato di residenza ove la detenzione in altro Stato risulti sproporzionata. Per quanto riguarda l'Italia, M. Bargis, *Libertà personale e consegna*, in *Manuale di procedura penale europea*[6], a cura di R.E. Kostoris, Milano 2025, 514 e 520, pone l'accento sulla mancata previsione di obblighi nei confronti dello Stato di esecuzione, tanto nel caso in cui sia l'Italia a richiedere l'esecuzione di una misura cautelare non detentiva, quanto nel caso inverso. L'Autrice, al riguardo, richiama Commissione europea, *Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo — Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, Bruxelles 14.6.2011, 8, ove si sottolineava come, essendo il ricorso all'ordine di sorveglianza discrezionale per lo Stato membro emittente, fosse difficile prevedere come i giudici lo avrebbero applicato e come avrebbe interagito con il mandato d'arresto europeo. Nel senso della necessità di «un intervento normativo di coordinamento degli strumenti esistenti, dalla fase cautelare a quella della esecuzione»: G. Colaiacovo, *op. cit.*, 4192.

[42] Il pensiero va ovviamente, soprattutto, a C.G.UE, *Aranyosi e Căldăraru*, cit., 3470 ss. Su tale evoluzione del rapporto tra mutuo riconoscimento e diritti v., per tutti, V. Mitsilegas, *Mutual recognition, fundamental rights and the rule of law in Europe's area of criminal justice*, in *Research Handbook on EU Criminal Law*[2], a cura di V. Mitsilegas, M. Bergström, T. Quintel, Cheltenham 2024, 90 ss.

sull'esecuzione di una pena detentiva, e non solo per le maggiori differenze tra le legislazioni nazionali in materia.

In un simile scenario, potrebbero essere proprio le corti nazionali a promuovere un ricorso più frequente agli strumenti analizzati. Nei sistemi interni, infatti, almeno a livello teorico, è radicata l'idea di dover ricorrere alla detenzione solo come *extrema ratio* e i giudici possono normalmente disporre di un preciso ventaglio di alternative tanto alla custodia cautelare quanto alla detenzione in carcere.

In questo senso, pare di estremo interesse il collegamento che in un caso la Cassazione ha instaurato tra l'art. 275 c.p.p. e l'ordine di sorveglianza europeo, la cui applicazione era stata rigettata dal giudice cautelare. La Suprema Corte, includendo la misura degli arresti domiciliari tra quelle che possono essere eseguite ricorrendo alla DQ 2009/829/GAI, ha in sostanza affermato che qualora la persona abbia indicato un indirizzo valido in altro Stato membro ove possa essere applicata la misura cautelare degli arresti domiciliari in luogo della custodia cautelare in carcere, l'autorità procedente dovrebbe, compatibilmente con la normativa interna, disporre l'esecuzione degli arresti domiciliari all'estero ricorrendo all'ordine di sorveglianza europeo, anziché adottare la custodia cautelare, da eseguire eventualmente attraverso un mandato d'arresto europeo[43].

2.3. Sebbene, sulla carta, mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine appartengano a settori distinti – il primo alla consegna delle persone, il secondo all'acquisizione della prova – non manca una zona di possibile sovrapposizione. Essa riguarda il mandato c.d. processuale, che può essere emesso «ai fini dell'esercizio di un'azione penale» (art. 1 paragrafo 1 DQ MAE). Tale formulazione fa sì che non si possa escludere un suo impiego per finalità sostanzialmente investigative[44]. Soprattutto, là dove si debba procedere all'assunzione di una prova che richieda la partecipazione personale del soggetto, il medesimo risultato può essere raggiunto, oltre che con l'ordine europeo di indagine, tramite un trasferimento temporaneo *ex* art. 18 paragrafo 1 lett. *b* DQ MAE[45].

---

[43] Cass. 15.9.2021 n. 37739, § 19, in *Sist. pen.* 6.12.2021, con nota di G. Colaiacovo, *L'ordine di sorveglianza europeo nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia cautelare: a margine di una recente decisione della Cassazione*.

[44] R. Belfiore, *I confini applicativi tra il mandato d'arresto europeo e l'ordine europeo di indagine penale in una pronuncia della Corte di Cassazione*, in *CP* 2022, 4427 e K. Šugman Stubbs, P. Gorkič, *Abuse of the European Arrest Warrant System*, in *The European Arrest Warrant in Practice*, a cura di N. Keijzer, E. van Sliedregt, L'Aia 2009, 260. Al riguardo, C.G.UE, 13.1.2021, C-414/20, *MM*, in *Giur. pen.* 7.2.2021, § 53, ha specificato che il mandato d'arresto deve basarsi su un atto nazionale destinato a consentire, con una misura coercitiva giudiziaria, l'arresto della persona. Tale atto nazionale, però, può mirare anche al generico fine di «garantire la sua presentazione dinanzi a un giudice in vista del compimento degli atti del procedimento penale» (*ibidem*). A commento della sentenza, v. A. Mosna, *The Court of Justice in MM: a valid EAW must be based on a coercive decision*, in *EULawLive* 18.1.2021.

[45] Sul punto, v. i casi menzionati in Eurojust, *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order*, 24.11.2020, 16, su cui v. G. Esposito, *Analisi del "Report on Eurojust's casework in the field of*

In questo senso va letto il considerando 26 dir. OEI, in forza del quale, «per garantire un uso proporzionato del MAE, l'autorità di emissione dovrebbe esaminare se un OEI costituisca un mezzo efficace e proporzionato per svolgere i procedimenti penali». In particolare – fermo restando che in linea di principio quando una persona debba essere trasferita in un altro Stato membro ai fini di un procedimento penale, anche per comparire dinanzi a un organo giurisdizionale per essere processata, dovrebbe essere emesso un mandato d'arresto europeo (considerando 25 dir. OEI) – l'autorità di emissione dovrebbe esaminare, preliminarmente, se l'emissione di un ordine europeo di indagine «ai fini dell'audizione di una persona sottoposta a indagini o di un imputato mediante videoconferenza possa costituire una valida alternativa» (considerando 26 dir. OEI). La clausola, conformemente al principio di proporzionalità, richiede quindi, ove possibile, di optare per la misura meno intrusiva. Si può però dubitare che sia sufficiente affidare a un considerando della dir. OEI il richiamo alle alternative disponibili, mentre la DQ MAE non contiene un corrispondente obbligo espresso di verifica[46].

Peraltro, si palesa altresì il pericolo opposto a quello consistente nell'impiego del mandato d'arresto europeo anche quando non necessario. Si rischia cioè di favorire il ricorso all'ordine europeo di indagine oltre l'ambito strettamente probatorio, con conseguente snaturamento dell'istituto e applicazione di garanzie inferiori a quelle poste dal mandato d'arresto europeo, da adottare ove sia in gioco la libertà personale[47]. La questione è emersa dapprima nel caso *Delda*, rispetto all'emissione di un ordine europeo di indagine per la notifica di un'ordinanza di rinvio a giudizio accompagnata da un ordine di custodia cautelare e di deposito di una cauzione[48]; poi, di recente, la Corte è tornata sul tema nel caso *Bissilli*, avente ad oggetto il trasferimento temporaneo di una persona in altro Stato membro al fine di procedere alla sua audizione in qualità di imputato o la sua audizione mediante videoconferenza[49]. In entrambe le decisioni, la Corte ha rimarcato come l'ordine europeo di indagine debba avere ad oggetto atti che abbiano come scopo l'ottenimento di elementi di prova. Sicché, un'audizione la cui finalità sia essenzialmente difensiva per l'imputato[50] o che

the European Investigation Order", in *Proc. pen. giust.* 2021, 680-681.

[46] R. Barbosa, V. Glerum, H. Kijlstra, A. Klip, C. Peristeridou, *op. cit.*, 277-278, rilevano come sarebbe più logico che fosse la DQ MAE a fornire alle autorità competenti in materia indicazioni sui casi in cui astenersi dall'emettere un mandato d'arresto europeo, qualora sia disponibile un'alternativa più proporzionata.

[47] A. Mosna, *Broad yet not all-encompassing: the Scope of the EIO in Delda (C-583/23)*, in *EULawLive* 30.1.2025, 1.

[48] C.G.UE, 9.1.2025, C-583/23, *Delda*, in *CP* 2025, 1738. A commento, v. A. Mosna, *Broad yet not all-encompassing*, cit.

[49] C.G.UE, 18.12.2025, C-325/24, *Bissilli*, in *CP* 2026, 1256. Sul caso e su tutte le sue implicazioni si rinvia all'ampia analisi di N. Tronchin, *I due volti della videoconferenza nella cooperazione giudiziaria tra Stati membri*, in www.lalegislazionepenale.eu (in questa sezione) 3.6.2026, 3 ss. A commento, v. pure M. Lanotte, *Limiti al rifiuto di eseguire un ordine europeo di indagine per l'audizione in videoconferenza dell'imputato detenuto in un altro Stato membro: la sentenza* Bissilli, in *Quaderni AISDUE* 2026, 1, 1 ss.

[50] C.G.UE, *Delda*, cit., 1740.

principalmente serva a garantirne la partecipazione al processo[51] non potrebbe essere richiesta attraverso tale strumento di cooperazione.

In questo scenario, risponde alla duplice esigenza di evitare il ricorso alla consegna quando la presenza fisica non sia indispensabile e di scongiurare uno snaturamento dell'ordine europeo di indagine la già citata proposta di rifusione (*recast*) della direttiva OEI: il nuovo ordine europeo di partecipazione a distanza fornirebbe un'alternativa al mandato d'arresto europeo, per il caso in cui si possa garantire la partecipazione dell'indagato o dell'imputato al processo tramite un collegamento da remoto (considerando 35 e 51 del *recast* della direttiva OEI). Così, non solo si potrebbe ricorrere all'ordine europeo di indagine, come già oggi avviene, per sentire la persona tramite videoconferenza ove ciò risponda a una finalità di carattere probatorio o investigativo, ma si potrebbe anche far partecipare la persona alle udienze da remoto attraverso questo strumento *ad hoc*[52], risolvendo *per tabulas* le incertezze e le lacune emerse nel caso *Bissilli*[53]. Una simile possibilità contribuirebbe a contenere il ricorso troppo disinvolto al mandato d'arresto europeo, quando il suo impiego sia dettato soprattutto dal timore che, lasciando la persona nello Stato in cui si trova, se ne perda il controllo[54].

Ciò detto, va specificato che a livello interno il mandato d'arresto europeo può essere emesso (c.d. procedura attiva) esclusivamente per sottoporre un soggetto alla custodia cautelare o agli arresti domiciliari, previa adozione del relativo provvedimento applicativo[55]. Ed infatti, neppure è stata riprodotta a livello interno una norma sui trasferimenti temporanei analoga al citato art. 18 paragrafo 1 lett. *b* DQ MAE. Non solo: anche per la c.d. procedura passiva, di recepimento di un mandato di arresto, la Cassazione richiede che siano indicati gli atti specificamente richiesti, che devono altresì essere direttamente funzionali all'esercizio dell'azione penale, venendo giudicata inammissibile l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso per ragioni esclusivamente investigative e indeterminate[56]. Tali scelte normative e

[51] C.G.UE, *Bissilli*, cit., 1258.

[52] Commissione europea, *Proposal for a Directive*, cit., articoli 1 paragrafo 1 lett. *d* e 36 paragrafo 1.

[53] Rispetto all'opportunità di colmare la lacuna consistente nella mancanza di una disciplina sulla videoconferenza partecipativa transnazionale, v. N. Tronchin, *op. cit.*, 37. Si veda inoltre A. Mosna, *Broad yet not all-encompassing*, cit., 5, la quale, commentando il caso *Delda*, segnalava come le esperienze positive maturate con l'ordine europeo di indagine suggerissero che un intervento del legislatore dell'Unione volto a estenderne il modello anche ad altre forme di cooperazione giudiziaria sarebbe stato accolto favorevolmente dagli operatori interessati.

[54] D'altronde, lo stesso impiego dell'ordine europeo di indagine sarebbe idoneo, secondo alcuni, a ridurre tale timore, favorendo quindi il ricorso all'ordine di sorveglianza europeo in luogo del mandato d'arresto: in questo senso A. Ryan, *op. cit.*, 1541.

[55] Così, sulla base dell'art. 28 comma 1 legge n. 69 del 2005, R. Belfiore, *op. cit.*, 4427 e A. Chelo, *Il mandato di arresto europeo*, Padova 2010, 337 ss.

[56] Cass. 21.2.2023 n. 786, in *CEDCass*, m. 284251-01; Cass. 9.3.2022 n. 14937, in *D&G* 19.4.2022, § 11.3, su cui v. R. Belfiore, *op. cit.*, 4419 ss. e N. Canestrini, I. Iannelli, *Mandato di arresto europeo: verifica del principio di*

posizioni giurisprudenziali paiono condivisibili proprio perché aiutano a distinguere chiaramente l'ambito operativo del mandato d'arresto europeo da quello degli altri strumenti di cooperazione giudiziaria.

3. In campo investigativo e probatorio, l'ordine europeo di indagine fu adottato con l'intenzione di introdurre uno strumento onnicomprensivo per la raccolta della prova nell'Unione europea. I considerando 5, 6 e 7 dir. OEI muovono dalla constatazione che il quadro preesistente fosse frammentario e complesso e indicano l'obiettivo di sostituirlo con un sistema unico, capace di comprendere tutti i tipi di prova e caratterizzato da duttilità, celerità ed efficienza[57]. L'ambizione era comprensibile: un solo strumento, fondato su un formulario comune e su regole uniformi, prometteva di semplificare il sistema.

Uno strumento generale e onnicomprensivo, però, deve adattarsi a misure investigative molto diverse per caratteristiche e intensità dell'ingerenza nei diritti. Così, i limiti di un disegno unitario sono risultati presto evidenti in tema di prove elettroniche. La loro volatilità, la frequente dissociazione tra luogo in cui si svolge il procedimento e sede dei prestatori di servizi che hanno la disponibilità dei dati, unita alla necessità di ottenere una cooperazione rapida da questi soggetti privati, hanno indotto le istituzioni a cercare soluzioni ulteriori rispetto all'ordine europeo di indagine[58] prima ancora che esso fosse concretamente operativo[59]. Da qui l'adozione del c.d. *e-evidence package*, che ha affiancato all'ordine europeo di indagine gli ordini europei di conservazione e produzione delle prove elettroniche, che possono essere adottati dal 18 agosto 2026[60].

---

proporzionalità da parte dello Stato richiesto e individualizzazione del rischio di lesione del diritto fondamentale ad un processo equo, in *Giur. pen.* 2.5.2022.

[57] In dottrina, v. L. Bernardini, *Conceptualizing Legal Remedies in EIO Proceedings – What Impact (If Any) on the Admissibility of Cross-border Evidence?*, in *Structures of judicial review in EU cross-border evidence gathering*, a cura di M. Panzavolta, A. Mosna, Berlino 2026, *in corso di pubblicazione*, § 1.4 e G. Di Paolo, *La cooperazione giudiziaria in materia penale. Opportunità e limiti*, in *CP* 2025, 3738.

[58] Eurojust-Europol, *Common challenges in combating cybercrime*, 13.3.2017, 11. V. anche l'*Impact Assessment* della Commissione che ha condotto all'adozione del c.d. *e-evidence package* (Commissione europea, *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings*, Bruxelles 17.4.2018, 247). Queste motivazioni trovano ora riscontro nel considerando 8 del regolamento 2023/1543/UE. Per una visione d'insieme sull'inadeguatezza della dir. OEI rispetto alla raccolta transfrontaliera delle prove elettroniche, v. S. Tosza, *The E-Evidence Package is Adopted: End of a Saga or Beginning of a New One?*, in *Eur. Data Prot. Law Rev.* 2023, 2, 164.

[59] Lo notano M. Stefan, G. González Fuster, *Cross-border Access to Electronic Data through Judicial Cooperation in Criminal Matters. State of the art and latest developments in the EU and the US*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe* 2018, 7, 19.

[60] Art. 34 paragrafo 2 regolamento 2023/1543/UE.

La sovrapposizione è soltanto parziale, ma significativa. L'ordine di conservazione impedisce al prestatore di rimuovere, cancellare o modificare i dati in attesa della loro acquisizione, che potrà poi avvenire mediante un ordine di produzione oppure attraverso un ordine europeo di indagine. L'ordine europeo di produzione consente, quindi, di ottenere direttamente dal prestatore dati che potrebbero essere richiesti anche per il tramite dell'autorità di un altro Stato mediante l'ordine europeo di indagine. L'ambito di applicazione dei due strumenti non coincide perfettamente, visto che il regolamento 2023/1543/UE ha una portata più circoscritta [61]; quando entrambi sono disponibili, però, l'ordine di produzione sarà verosimilmente preferito all'ordine europeo di indagine per la maggiore rapidità e per la possibilità di rivolgersi direttamente al *provider*[62].

Il problema è che, sotto diversi profili, la nuova disciplina sembra segnare un arretramento rispetto all'evoluzione – più attenta al contemperamento con i diritti – del mutuo riconoscimento [63], che aveva trovato espressione nella dir. OEI [64].

[61] I nuovi provvedimenti potranno essere emessi solo nel quadro e ai fini di procedimenti penali o per l'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza detentiva di almeno quattro mesi non irrogata in contumacia nei casi in cui la persona condannata è latitante (art. 2 paragrafo 2 regolamento 2023/1543/UE); l'ordine europeo di indagine può essere emesso in relazione a qualsiasi reato ed anche in procedimenti non penali (ad esempio amministrativi), quando la decisione può dar luogo a un procedimento davanti a un organo giurisdizionale competente in materia penale (art. 4 dir. OEI).

[62] V., per tutti, S. Tosza, *All evidence is equal, but electronic evidence is more equal than any other: The relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, in *NJECL* 2020, 2, 182.

[63] Mancando, nel funzionamento dei nuovi ordini, il riconoscimento della decisione emessa nello Stato in cui si procede da parte di un'autorità di un altro Stato membro, è stato in realtà posto in dubbio che sia corretto inquadrare questi istituti nell'alveo degli strumenti volti a inverare il mutuo riconoscimento *ex* art. 82 paragrafo 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora in avanti TFUE), indicato quale base giuridica del regolamento 2023/1543/UE da Commissione europea, *Relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale*, Strasburgo 17.4.2018, 4-5. In questo senso: M. Böse, *An assessment of the Commission's proposals on electronic evidence, Study Requested by the LIBE committee*, Bruxelles 2018, 36-37 e M. Rojszczak, *e-Evidence Cooperation in Criminal Matters from an EU Perspective*, in *Modern Law Rev.* 2022, 4, 1011. Tuttavia, l'argomento rischia di provare troppo: il mutuo riconoscimento è strumento flessibile, che in altri ambiti è già stato impiegato in assenza del coinvolgimento di un'autorità giudiziaria nello Stato di esecuzione. Al riguardo: V. Franssen, *Cross-border Gathering of Electronic Evidence in the EU: Toward More Direct Cooperation under the e-Evidence Regulation*, in *Research Handbook on EU Criminal Law*, cit., 193. Soprattutto, poi, se qualche perplessità potrebbe essere avanzata rispetto alla lett. *d* dell'art. 82 paragrafo 1 TFUE, che consente di adottare misure volte a «facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri», sembra più complesso sostenere che il regolamento 2023/1543/UE non ricada sotto la lett. *a* della stessa disposizione, che fa riferimento a misure aventi lo scopo di «definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria». Così V. Franssen, *op. cit.*, 189. Secondo S. Tosza, *Mutual Recognition By Private Actors In Criminal Justice? E-Evidence Regulation And Service Providers As The New Guardians Of Fundamental Rights*, in *Common Mark. Law Rev.* 2024, 1, 158, i nuovi strumenti sarebbero altresì inquadrabili entro la lett. *d* dell'art. 82 TFUE.

[64] Su come la dir. OEI abbia tentato di affrontare molte delle problematiche emerse in tema di mandato di arresto europeo attraverso una maggiore attenzione alla tutela dei diritti fondamentali e l'introduzione di un controllo sulla proporzionalità dell'ordine in capo all'autorità di esecuzione, v. S. Allegrezza, *Collecting Criminal Evidence*

Soprattutto, come in parte già osservato[65], tale direttiva aveva attribuito all'autorità di esecuzione poteri di consultazione, sostituzione della misura e controllo sui diritti fondamentali. Nel regolamento 2023/1543/UE, invece, le prerogative dell'autorità di esecuzione appaiono assai ridotte e, del resto, essa interviene di regola solo se l'*internet service provider* non adempie. È il modello della c.d. cooperazione diretta[66], che si accompagna a una diversa distribuzione dei controlli e delle garanzie[67], tale per cui la scelta tra ordine europeo di indagine e ordine di produzione non appare neutra per il titolare dei dati.

Il c.d. *e-evidence package* potrebbe rivelarsi il primo passo nella direzione di un sistema nel quale l'ordine europeo di indagine conserva una funzione generale, destinata a cedere quando trovi applicazione uno strumento speciale o quando l'autorità emittente ritenga più adeguato ricorrere a un diverso meccanismo di cooperazione. La dottrina aveva già prospettato che l'introduzione di una *lex specialis* potesse restringere, in termini simili, l'ambito operativo della dir. OEI[68]. Un simile assetto può anche essere auspicabile, posto che, come detto, a seconda della prova da raccogliere o delle esigenze del caso, l'ordine europeo di indagine può risultare inadeguato a raggiungere lo scopo in modo efficiente. Occorre tuttavia sempre

---

Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality, in *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, a cura di S. Ruggeri, Cham 2014, 60 ss.; L. Bachmaier Winter, *Transnational Evidence. Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *Eucrim* 2015, 2, 52 e 54; G. Borgia, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili (?), eppure così diversi*, in *Arch. pen.* 25.3.2021, 8; M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.* 2015, 3, 5-6; A. Mangiaracina, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele, R.E. Kostoris, Torino 2018, 120; À. Tinoco Pastrana, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.* 2017, 351; A. Willems, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford 2021, 55 e 121 ss.

[65] *Supra*, § 2.2.

[66] La Commissione distingue tra cooperazione giudiziaria, cooperazione diretta e accesso diretto: la prima è caratterizzata dal coinvolgimento di due autorità giudiziarie, una nello Stato di emissione, l'altra nello Stato di esecuzione; la seconda prevede il rapporto diretto tra un'autorità dello Stato di emissione e un soggetto privato stabilito in un altro Stato; il terzo ricorre quando l'autorità procedente acceda ai dati senza alcuna intermediazione, ad esempio attraverso il sequestro del dispositivo in cui i dati sono contenuti (Commissione europea, *Impact Assessment*, cit., 10-11). Sottolinea come tale modello rappresenti un superamento della tradizionale cooperazione giudiziaria orizzontale G. Di Paolo, *La circolazione transfrontaliera delle prove elettroniche*, in *Penaledp* 2024, 273-274. V. anche V. Tondi, *L'accesso transfrontaliero all'*electronic evidence*, tra esigenze di effettività e tutela dei diritti*, in *Dir. pen. cont.* 2019, 2, 444-445.

[67] Per tutti gli approfondimenti su queste tematiche e in generale sul c.d. *e-evidence package*, sia consentito rinviare a F. SANVITALE, *Gli ordini europei di conservazione e produzione: un passo indietro per la tutela dei diritti fondamentali nelle indagini digitali?*, in *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, a cura di L. Bernardini, C. De Caro, Torino 2025, 161 ss.

[68] J.A. Espina Ramos, *The European Investigation Order and Its Relationship with Other Judicial Cooperation Instruments Establishing Rules on the Scope and Possibilities of Application*, in *Eucrim* 2019, 1, 54.

verificare che la disciplina speciale non comprometta la coerenza complessiva del sistema, soprattutto sul piano delle garanzie, e non finisca per riprodurre quella frammentazione che la dir. OEI mirava espressamente a superare.

4. Il proliferare degli strumenti di cooperazione giudiziaria amplia le possibilità offerte all'autorità chiamata ad affrontare le difficoltà derivanti dalla dimensione transfrontaliera di un procedimento penale. Aumentano, però, anche il margine di discrezionalità dell'autorità e la complessità del sistema. L'autorità giudiziaria, quindi, già al centro di difficili operazioni interpretative nell'applicare il diritto dell'Unione, stante la pluralità di fonti a cui fare riferimento [69], rischia di non riuscire a padroneggiare al meglio tutti gli strumenti a sua disposizione. Ciò, peraltro, può determinare delle ripercussioni tanto sull'efficienza del sistema quanto sulla possibilità che situazioni analoghe vengano trattate in modo diverso. Affiora quindi la necessità di parametri comuni in grado di orientare le scelte delle autorità emittenti gli strumenti di cooperazione giudiziaria, tenendo insieme le esigenze della cooperazione e la tutela dei diritti fondamentali. Occorrerebbe, in particolare, evitare che la preferenza per un meccanismo dipenda dalla maggiore familiarità dell'autorità con il suo impiego o che la scelta sia guidata unicamente dal risultato perseguito, senza un'adeguata considerazione degli altri interessi in gioco.

A tale stratificazione degli strumenti non sembra tuttavia aver fatto seguito un analogo sforzo del legislatore eurounitario nel delimitarne con precisione gli ambiti operativi e nell'individuare criteri generali per orientare le autorità nei casi di possibili sovrapposizioni. In questo quadro, acquistano pertanto particolare rilievo, da un lato, strumenti di *soft law*, come il citato manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo; dall'altro, e soprattutto, la giurisprudenza della Corte di giustizia. È a quest'ultima, in definitiva, che finisce per spettare il compito di tracciare la rotta quando il dato normativo non offre indicazioni sufficienti.

Si è già visto come, pur a fronte dei significativi sviluppi intervenuti sul terreno della tutela dei diritti fondamentali, la Corte continui ad attribuire un peso considerevole alle esigenze della cooperazione[70]. La vicenda del mandato d'arresto europeo è, sotto tale profilo, nota. Le sentenze *Radu* [71] e *Melloni* [72] sono state più volte assunte a paradigma di un orientamento particolarmente attento all'efficienza del

[69] Sul punto v., per tutti, M. Daniele, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.* 2016, 4, 48 ss. e C. Sotis, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, 464 ss.

[70] *Supra*, § 2.1. Abbiamo anche già osservato, al § 2.2, come la direzione impressa dalla Corte in un ambito come quello inerente al rapporto tra la DQ MAE e la DQ 2008/909/GAI possa riverberarsi su altri, come quello relativo all'insufficiente ricorso ai meccanismi introdotti dalle decisioni quadro 2008/947/GAI e 2009/829/GAI.

[71] C.G.UE, 29.1.2013, C-396/11, *Radu*, in *CP* 2013, 2062 ss.

[72] C.G.UE, 26.2.2013, C-399/11, *Melloni*, in *Riv. dir. int.* 2013, 974 ss.

meccanismo[73]. E se il caso *Aranyosi e Căldăraru* aveva lasciato intravedere un possibile mutamento, la Corte restituisce ancora oggi spesso l'impressione di adottare, in ultima istanza, «le soluzioni normative che meglio appaiono funzionali agli obiettivi di integrazione economica o di efficienza perseguiti dall'Unione»[74].

Mentre però in *Radu* e *Melloni* si ragionava esclusivamente sulla necessità di preservare il funzionamento del mutuo riconoscimento[75], nella giurisprudenza più recente assume un peso crescente il riferimento al "rischio di impunità". È opportuno quindi soffermarsi ulteriormente su questo concetto, che, come detto, ha svolto un ruolo centrale in alcune decisioni inerenti al rapporto tra la DQ MAE e la DQ 2008/909/GAI[76].

4.1. Il richiamo al "rischio di impunità" va dunque progressivamente affiancandosi, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, a quello all'efficienza del sistema di cooperazione basato sul mutuo riconoscimento[77]. Considerato il ruolo che tale argomento potrebbe assumere – e, in parte, ha già assunto – nell'orientare i rapporti tra strumenti diversi, pare opportuno chiarirne il significato, tanto più che la nozione risulta ancora scarsamente approfondita in dottrina[78].

Essa affonda le proprie radici nel diritto internazionale, ove è stata impiegata soprattutto per descrivere l'impossibilità di processare ed eventualmente punire gli

[73] Tra i tanti, evidenzia la centralità in questi giudizi dell'efficienza delle operazioni V. Mitsilegas, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford 2016, 131 ss. Tra gli innumerevoli contributi a commento di tali sentenze, v. C. Amalfitano, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.* 4.7.2013, 1 ss.; S. Civello Conigliaro, S. Lo Forte, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.* 3.6.2013, 1 ss.; L. Klimek, *European Arrest Warrant*, Cham 2015, 265 ss.; F. Romoli, *Le sentenze Radu e Melloni: pronunce "conservatrici"*, in *Arch. pen.* 2013, 2; J. Vervaele, *The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU*, in *Rev. Eur. Adm. Law* 2013, 2, 37 ss.

[74] M. Daniele, *op. cit.*, 51. Oltre a quanto già evidenziato *supra* al § 2.1, si pone in evidente linea di continuità con il caso *Melloni* la recente ordinanza C.G.UE, 20.9.2024, C-504/24, *Anacco*, in *CP* 2025, 320 ss., con nota di N. Canestrini, *Una condanna nazionale senza difesa né contraddittorio non osta alla consegna in un procedimento MAE: il diritto di difesa è diritto solo illusorio e teorico?* Sul legame tra le due pronunce si rinvia alla precisa e completa analisi di L. Rapisarda, *La rigidità del paradigma Melloni nell'era delle direttive di armonizzazione: riflessioni a partire dal caso Anacco*, in www.lalegislazionepenale.eu (in questa sezione) 3.6.2026, 1 ss. Al riguardo, v. anche L. Bernardini, *Conclusioni*, in *Sfide attuali e tendenze future*, cit., 392-393.

[75] C.G.UE, *Radu*, cit., 2064; C.G.UE, *Melloni*, cit., 984 e 988.

[76] *Supra*, § 2.1.

[77] Cfr. V. Mitsilegas, *Conceptualising Impunity in the Law of the European Union*, in *The Fight Against Impunity*, cit., 30, che si riferisce alle argomentazioni incentrate sul rischio di impunità anche come a un "*security rationale*" e J. Ouwerkerk, *Are Alternatives to the European Arrest Warrant Underused? The Case for an Integrative Approach to Judicial Cooperation Mechanisms in the EU Criminal Justice Area*, in *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.* 2021, 92, per la quale i concetti di "*effective law enforcement*" e "*fighting impunity*" sono interscambiabili.

[78] È proprio questo il punto di partenza di un importante volume dedicato al tema: L. Marin, S. Montaldo, *Introduction: Is There a Fight against Impunity in the EU Legal System?*, in *The Fight Against Impunity*, cit., 5.

autori di gravi violazioni dei diritti umani[79]. Vi è poi una significativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di obblighi positivi di tutela penale, elaborata rispetto a violazioni di particolare gravità, per le quali gli Stati sono tenuti a evitare che ostacoli di natura processuale si traducano in situazioni di sostanziale irresponsabilità[80].

Nel diritto dell'Unione, il riferimento all'impunità ha però assunto una portata più ampia. Due dei terreni nei quali è emerso con maggiore evidenza sono quelli della tutela degli interessi finanziari dell'Unione e del *ne bis in idem* transnazionale. Quanto al primo, è notissimo il caso *Taricco*, nel quale l'esigenza di assicurare un'efficace repressione dei reati lesivi degli interessi finanziari europei fu valorizzata sino a richiedere la disapplicazione della disciplina nazionale in materia di prescrizione, con effetti suscettibili di porsi in contrasto, nell'ordinamento italiano, con il principio di irretroattività della legge penale[81]. Con riguardo al secondo, nella sentenza *Spasic*, la medesima esigenza ha contribuito a giustificare la c.d. condizione di esecuzione prevista dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS)[82] – secondo cui, in caso di condanna, il divieto di un secondo giudizio opera purché la pena sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita – nonostante l'art. 50 CDFUE non contenga un'analoga prescrizione[83].

---

[79] Al riguardo v., per tutti, J.E. Viñuales, *Impunity: Elements for an Empirical Concept*, in *Law & Inequality* 2007, 116 ss.

[80] Per un approfondimento, v. J. Ouwerkerk, *Fundamental Rights-Oriented Repression in the EU? Exploring the Potential and Limits of an Impunity Rationale to Justify Criminalisation in the EU Legal Order*, in *The Fight Against Impunity*, cit., 47 ss.

[81] C.G.UE, 8.9.2015, C-105/14, *Taricco*, in *CP* 2015, 4604. La vicenda, come detto, è notissima, avendo peraltro interessato il nostro Paese ed essendo finita al centro di un acceso confronto tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale (che da ultimo si è espressa sul caso con la sentenza Corte cost. 31.5.2018 n. 115, in *CP* 2018, 2784, con nota di M. Gambardella, *Inapplicabile senza eccezioni la "regola Taricco" nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale?*). Per un approfondimento, v. *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, a cura di C. Amalfitano, Milano 2018; *Il caso* Taricco *e il dialogo tra le corti*, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, Napoli 2017; C. Cupelli, *La* pareidòlia *del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione "indiretta" dei controlimiti e i possibili scenari "costituzionali" del diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 1821 ss.

[82] Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni.

[83] C.G.UE, 27.5.2014, C-129/14, *Spasic*, in *Giur. cost.* 2014, 601, con nota di A.F. Tripodi, *Il* ne bis in idem *si confronta coi suoi "limiti": al vaglio di proporzionalità della Corte di giustizia la condizione d'esecuzione prevista dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*. A commento della pronuncia, v. anche N. Recchia, *Il* ne bis in idem *transnazionale nelle fonti eurocomunitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, 1385 ss. Al riguardo, v. inoltre B. Galgani, Ne bis in idem *e spazio giudiziario europeo*, in *Il* ne bis in idem, a cura di A. Mangiaracina, Torino 2021, 239 ss. Per J. Ouwerkerk, *Fundamental Rights-Oriented Repression*, cit., 52 (nonché Id., *Are Alternatives to the European Arrest Warrant Underused?*, cit., 91), la sentenza *Spasic* mostra come il richiamo al rischio di impunità possa condurre a una limitazione della tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione e, di conseguenza, consentire il ricorso a strumenti repressivi che non avrebbero trovato applicazione a fronte di

Già in queste vicende, dunque, l'argomento ha concorso a circoscrivere la portata di istituti che svolgono anche una funzione di garanzia per la persona[84]. Né si tratta di un fenomeno limitato a tali settori. Più di recente, infatti, l'esigenza di scongiurare zone di impunità ha fatto ingresso nella c.d. *data retention saga*, vale a dire proprio in uno dei filoni giurisprudenziali nei quali la Corte di giustizia si è mostrata maggiormente attenta alla tutela dei diritti, e in particolare alla protezione dei dati personali garantita dall'art. 8 CDFUE[85]. Il richiamo introduce qui una significativa attenuazione nel modello, altrimenti piuttosto rigoroso, costruito dalla Corte intorno alla necessaria corrispondenza tra intensità dell'ingerenza nel diritto e importanza dell'interesse pubblico perseguito[86]. I giudici di Lussemburgo hanno così ammesso la conservazione e l'accesso generalizzati agli indirizzi IP sul rilievo che una soluzione diversa potrebbe creare aree di sistematica impunità rispetto a determinate categorie di reati, soprattutto quelli commessi *online* o lesivi del *copyright*[87]. Analoga considerazione è stata impiegata, con riguardo all'accesso ai dati contenuti in un cellulare sequestrato, per ammettere acquisizioni suscettibili di determinare ingerenze anche particolarmente intense nella sfera privata nell'ambito dell'accertamento di reati non gravi[88].

---

opzioni interpretative maggiormente orientate alla protezione dei diritti.

[84] Sul significato di garanzia della prescrizione, v. Corte cost. 31.5.2018 n. 115, cit., 2784. Per il *ne bis in idem*: R.A. Ruggiero, *Proscioglimento e* ne bis in idem *nel doppio binario sanzionatorio*, Torino 2022, 3. Per uno sguardo critico più ampio sull'impiego del concetto di impunità nell'ambito della tutela degli interessi finanziari dell'Unione v., per tutti, V. Mitsilegas, *Conceptualising Impunity*, cit., 14 ss. e A. Rosanò, *Interludio tra* Lin *e* Lin II*: riflessioni su tutela dei diritti fondamentali e degli interessi finanziari dell'Unione europea alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Unione europea e diritti* 2025, 3, 1 ss.; sul suo richiamo in tema di *ne bis in idem*, in senso particolarmente critico, si veda V. Mitsilegas, *Conceptualising Impunity*, cit., 26 ss.; si limitano invece a rilevare la prevalenza degli interessi statuali nel giudizio della Corte N. Recchia, *op. cit.*, 1410 e A.F. Tripodi, *op. cit.*, 614-615. In senso pienamente adesivo alla decisione della Corte: B. van Bockel, *Between Impunity and the Protection of Fundamental Rights: The Case Law of the CJEU and the ECtHR on the* ne bis in idem *Principle*, in *The Fight Against Impunity*, cit., 114 ss.

[85] Per un approfondimento sulla c.d. "*data retention saga*" v., per tutti, I. Neroni Rezende, *Criminal Justice and Data Protection. Communication Metadata under EU Human Rights Law*, Abingdon 2026, 131 ss.

[86] C.G.UE, 6.10.2020, C-511/18, *La Quadrature du Net e a.*, in *Dir. inf.* 2021, 201. A commento della pronuncia, v. G. Formici, *La data retention saga al capolinea? Le ultime pronunce della CGUE in materia di conservazione dei metadati per scopi securitari, tra conferme e nuove aperture*, in *DPCE* 2021, 1361 ss.; M. Nino, *La disciplina internazionale ed europea della* data retention *dopo le sentenze* Privacy International *e* La Quadrature du Net *della Corte di giustizia UE*, in *Dir. un. eur.* 2021, 1, 93 ss.; M. Zalnieriute, *The Future of Data Retention Regimes and National Security in the EU after the Quadrature Du Net and Privacy International Judgments*, in *Asil* 5.11.2020, 28, 1 ss.

[87] C.G.UE, 30.4.2024, C-470/21, *La Quadrature du Net e a. e lutte contre la contrefaçon*, in *Penaledp* 30.5.2024, §§ 86 ss. e 117 ss. Al riguardo, v. L. Parodi, Data retention *"indiscriminata": limiti europei e resistenze nazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu (in questa sezione) 25.6.2026, 22.

[88] C.G.UE, 4.10.2024, C-548/21, *Bezirkshauptmannschaft Landeck (Tentative d'accès aux données personnelles stockées sur un téléphone portable)*, in *CP* 2025, 940, con nota di P. Di Stefano, *L'accesso ai fini di indagine ai dati contenuti in un telefono cellulare deve essere autorizzato dal giudice ed è consentito solo se l'ingerenza nei diritti fondamentali è proporzionata alle esigenze concrete dell'indagine penale*. A commento della sentenza, v. pure A.

Affiora, insomma, uno schema ricorrente: l'esigenza di evitare l'impunità entra nel bilanciamento con i diritti di volta in volta interessati. Che tale esigenza rappresenti un interesse pubblico di sicuro rilievo nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e più in generale nell'ordinamento dell'Unione, è difficilmente contestabile [89]. Il problema, però, è che l'applicazione delle regole processuali deve poter comportare, in alcune circostanze, anche il mancato accertamento o la mancata punizione di un reato. Diversamente, l'argomento finirebbe per trasformarsi in una sorta di chiave capace di scardinare ogni limite posto alla pretesa punitiva, per il solo fatto che esso possa impedire, nel singolo caso o in una pluralità di casi, l'applicazione della sanzione. Ad essere paradigmatica, in questo senso, è la citata vicenda *Taricco*, nella quale l'esigenza di evitare situazioni di impunità ha poi dovuto essere contemperata con le esigenze di tutela sottese al principio di legalità, fatte valere dalla Corte costituzionale[90].

Il problema assume contorni forse più sfumati ma dai risvolti particolarmente rilevanti, se si volge nuovamente lo sguardo a una delle intersezioni problematiche tra strumenti di cooperazione già esaminata, ossia quella tra la DQ 2008/909/GAI e la DQ MAE. La DQ 2008/909/GAI, come detto, individua nel reinserimento sociale del condannato uno dei propri obiettivi fondamentali[91], mentre l'esigenza di impedire l'impunità si rintraccia solo nell'art. 25 DQ 2008/909/GAI, relativo al raccordo con il mandato d'arresto europeo [92]. Eppure, come già riportato [93], nella recente giurisprudenza relativa ai rapporti tra le due decisioni quadro il primo tende ad

Malacarne, *"Tentativo di accesso" ai dati contenuti nello* smartphone*; le (ondivaghe) indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2025, 373 ss.

[89] Così, testualmente, L. Marin, S. Montaldo, *op. cit.*, 4: «*impunity in EU law* (...) *can be framed as a public interest and European concern for the area of freedom, security and justice, but also more generally for the EU*».

[90] Corte cost. 31.5.2018 n. 115, cit., 2784.

[91] *Supra*, § 2.1. Peraltro, secondo V. Vasta, *op. cit.*, 8-9, la centralità di tale obiettivo sarebbe sconfessata da alcuni meccanismi interni alla DQ 2008/909/GAI, come la possibilità di procedere al trasferimento del condannato senza il suo consenso verso lo «Stato membro di cittadinanza in cui la persona condannata vive» (art. 6 paragrafo 2 lett. *a* DQ 2008/909/GAI). Nello stesso senso: F. Lazzarini, *L'esecuzione nell'Unione europea delle sentenze penali che irrogano pene o misure di sicurezza detentive (decisione quadro 2008/909/GAI e d.lgs. n. 161/2010)*, in *Questioni attuali di giustizia penale europea e internazionale*, a cura di L. Camaldo, Torino 2024, 234 ss.; A. Martufi, *Assessing the resilience of 'social rehabilitation' as a rationale for transfer: A commentary on the aims of Framework Decision 2008/909/JHA*, in *NJECL* 2018, 49; Id., *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli 2015, 228-229. Sulle contraddizioni interne alla DQ 2008/909/GAI rispetto alla valorizzazione dell'obiettivo in esame, v. anche J. Burchett, A. Weyembergh, *Prisons and detention conditions in the EU*, Bruxelles 2023, 54.

[92] Si noti come la lotta all'impunità non sia espressamente menzionata neppure dalla DQ MAE, pur essendo ormai pacificamente annoverata dalla Corte tra i suoi obiettivi (a titolo esemplificativo, v. C.G.UE, *Rugu*, cit., § 55), almeno a partire da C.G.UE, 6.12.2018, C-551/18, *IK (Esecuzione di una pena supplementare)*, in *Eucrim* 18.2.2019, § 39 e C.G.UE, 24.6.2019, C-573/17, *Popławski*, in *DPCE online* 18.7.2019, § 82. Si deve però segnalare che nella DQ MAE manca pure il riferimento all'obiettivo di favorire il reinserimento sociale della persona. Al riguardo, v. M. Manfredi, *L'obiettivo del reinserimento sociale del condannato quale limite all'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *Eurojus* 2024, 2, 100 ss.

[93] *Supra*, § 2.1.

arretrare dinanzi alla seconda[94]. Ciò all'esito di un bilanciamento tra i due poli che li pone su un piano paritario[95], favorendo soluzioni che finiscono per attribuire all'esecuzione della pena detentiva nello Stato di emissione il ruolo di sbocco naturale – quasi esclusivo – della cooperazione giudiziaria[96].

È proprio l'impostazione paritaria del bilanciamento a suscitare qualche perplessità: il rischio di impunità non sembra potersi collocare, almeno come punto di partenza, sullo stesso piano dei diritti che vengono in rilievo. È quanto dovrebbe derivare, anzitutto, dal principio di proporzionalità. Il noto test di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto consente infatti all'interesse pubblico di prevalere solo all'esito di una verifica stringente[97]. Oltre ad essere una caratteristica fondamentale del principio[98], la prevalenza del diritto rispetto all'interesse pubblico quale punto di partenza del test di proporzionalità trova riscontro nell'art. 52 paragrafo 1 CDFUE, che sottopone le limitazioni dei diritti a condizioni rigorose e ne preserva, in ogni caso, il contenuto essenziale.

Da tale prospettiva emerge anche l'ambiguità di un passaggio della sentenza *Rugu*, nel quale la Corte afferma che lotta all'impunità e reinserimento sociale debbano essere considerati in termini complementari, poiché quest'ultimo presupporrebbe l'effettiva esecuzione della pena[99]. Di per sé l'osservazione non è contestabile. Essa rischia tuttavia di diventare fuorviante se per esecuzione della pena si intende, implicitamente, l'esecuzione di una pena detentiva. L'ordinamento contempla, al contrario, sanzioni e modalità esecutive meno afflittive e ne favorisce l'impiego, proprio in funzione del reinserimento sociale e della necessità di evitare compressioni dei diritti non indispensabili. Lo stesso vale in ambito cautelare, ove il ricorso a misure non custodiali presuppone l'accettazione di un margine di minore efficacia rispetto alla custodia. Che una soluzione meno invasiva possa comportare un incremento del

---

[94] Al riguardo, v. Cass. 8.9.2025 n. 30618, in *Riv. dir. int.* 2025, 1258 (a commento della decisione, v. G. Colaiacovo, *La Suprema Corte adegua il "microsistema" di consegna differenziato per il cittadino e il residente alle indicazioni della Corte di giustizia*, in *Penaledp* 9.10.2025) in cui si sottolinea la valorizzazione del rischio di impunità in C.G.UE, *C.J.*, cit., 4187. Sulla contrapposizione tra rischio di impunità da un lato e reinserimento sociale e diritti dall'altro, cfr. A. Rosanò, *Clash of the Titans: The Fight against Impunity versus Social Rehabilitation and the Protection of Fundamental Rights within the Framework of Prisoner Transfers in the EU*, in *The Fight Against Impunity*, cit., 192.

[95] C.G.UE, *C.J.*, cit., 4186-4187; C.G.UE, *Rugu*, cit., § 65 ss.

[96] *Supra*, §§ 2.1-2.2.

[97] Per una panoramica sulle tre fasi v., per tutti, A. Sandulli, *Proporzionalità*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. V, a cura di S. Cassese, Milano 2006, 4645-4646.

[98] Così, per tutti, v. D. Negri, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 7 e 9-10; Id., *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Proc. pen. giust.* 2019, 554-555; F. Palazzo, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, tomo I, a cura di G. Conte, S. Landini, Mantova 2017, 314; G. Ubertis, *Prova penale e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.* 2024, 4, 40.

[99] C.G.UE, *Rugu*, cit., § 67.

pericolo che la pretesa punitiva non trovi piena attuazione non costituisce, dunque, un'anomalia: è un rischio che l'ordinamento, entro certi limiti, accetta per preservare altri interessi meritevoli di tutela.

Un'ulteriore precisazione appare, a questo punto, necessaria. Nelle pronunce relative al *ne bis in idem*, agli interessi finanziari dell'Unione e alla protezione dei dati personali, l'impunità viene evocata prevalentemente in una dimensione sistemica: si guarda, cioè, al pericolo che una determinata disciplina o interpretazione renda inefficace la risposta penale in relazione a un numero significativo di casi o a un'intera categoria di reati[100]. Nell'ambito della cooperazione giudiziaria, invece, il medesimo argomento viene impiegato anche in senso individuale, come rischio che la specifica persona coinvolta nel procedimento si sottragga alla responsabilità penale o all'esecuzione della pena[101].

La distinzione meriterebbe di essere resa più esplicita. L'accertamento di un rischio sistemico richiede, per sua natura, una verifica di più ampio respiro, fondata soprattutto sulle caratteristiche della legislazione nazionale e sui suoi effetti complessivi. Quando, invece, il problema riguarda l'eventuale impunità della persona nel singolo caso, il piano dell'analisi cambia: prima di sacrificare altri interessi, dovrebbe essere verificato se, nel caso concreto, vi siano vie alternative idonee a garantire comunque l'accertamento o l'esecuzione e, tra queste, dovrebbe essere privilegiata quella meno intrusiva nei diritti individuali. È proprio su tale terreno che il principio di proporzionalità potrebbe offrire un criterio di raccordo tra i diversi strumenti. Resta, peraltro, ancora incerto lo stesso significato da attribuire alla nozione di «rischio sistemico», mai compiutamente definita dalla Corte[102].

In definitiva, il timore è che il richiamo al rischio di impunità, a fronte della grande rilevanza che gli viene attribuita e in assenza di una sua collocazione precisa nell'ordinamento nonché di una chiara riflessione sul suo significato, tenda a far prevalere in un numero crescente di casi le ragioni della repressione su quelle dei diritti, anche ove non necessario. Così, nei rapporti tra gli strumenti di cooperazione, se l'efficacia repressiva diviene il parametro decisivo, i meccanismi più incisivi sono inevitabilmente destinati a partire da una posizione di vantaggio rispetto alle alternative meno afflittive. Ne risulta ostacolata una lettura integrata del sistema, orientata verso l'obiettivo di assicurare la minore intrusione possibile nei diritti della persona.

5. In seguito alla definitiva affermazione di meccanismi dall'ambito applicativo assai ampio, quali il mandato d'arresto europeo e l'ordine europeo di indagine, il legislatore

[100] C.G.UE, *Bezirkshauptmannschaft Landeck*, cit., 940; C.G.UE, *La Quadrature du Net e a. e lutte contre la contrefaçon*, cit., § 119; C.G.UE, *Taricco*, cit., 4603; C.G.UE, *Spasic*, cit., 601-602.
[101] C.G.UE, *Rugu*, cit., § 66.
[102] Al riguardo v. A. Rosanò, *Interludio*, cit., 28.

dell'Unione sembra adesso essersi orientato verso interventi più settoriali, volti a porre rimedio a specifiche difficoltà emerse nella prassi. Una prima manifestazione di questa tendenza si era già avuta, tra il 2008 e il 2009, con le decisioni quadro dedicate al trasferimento dei detenuti, alla sorveglianza delle sanzioni non custodiali e alle misure alternative alla custodia. Peraltro, come si è visto, proprio gli atti concepiti per favorire il ricorso ad alternative alla detenzione sono rimasti largamente ai margini dell'esperienza applicativa[103]. La stessa logica riemerge però oggi con il c.d. *e-evidence package* e, su un piano diverso, con la recente proposta di rifusione della direttiva OEI.

Misure eterogenee non possono essere sempre governate dalla medesima procedura. Ad esempio, l'applicazione all'estero di una misura cautelare non custodiale o di una misura alternativa alla detenzione coinvolge soggetti e responsabilità differenti rispetto a quanto accade per la custodia cautelare o la pena detentiva; e ancora, la prova digitale esige tempi stretti e regole peculiari per l'individuazione dei destinatari di una richiesta di acquisizione. Non sembra, dunque, possibile opporre alla frammentazione, quale rimedio generale, un solo atto onnicomprensivo.

Non può però neppure essere qualificata come neutra l'introduzione di nuovi meccanismi. Ogni scelta normativa può produrre conseguenze estranee alla finalità immediatamente perseguita, non necessariamente impreviste o non accettate, ma comunque capaci di modificare il funzionamento complessivo del sistema[104]. L'atto adottato per risolvere un problema circoscritto può insomma alterare l'impiego delle discipline preesistenti, generare sovrapposizioni e spostare, talvolta senza che ciò sia stato davvero ponderato, l'equilibrio tra efficienza e garanzie.

Così, più nel dettaglio, in primo luogo, una nuova disciplina può rendere alcune vie più semplici, rapide o prevedibili e ridurre, per ciò stesso, lo spazio di altre. Il fenomeno può essere accostato, con le dovute cautele, alla concorrenza tra procedimenti speciali negli ordinamenti nazionali: l'introduzione di un ulteriore rito non aggiunge soltanto un'opzione, ma modifica la convenienza relativa di quelli già esistenti e incide sulla loro utilizzazione[105]. Anche nella cooperazione, la maggiore familiarità con una procedura, la rapidità dei suoi passaggi o la facilità di controllo del relativo esito possono orientare la scelta dell'autorità, specialmente quando non le sia richiesto di spiegare perché un'alternativa sia stata scartata. A titolo esemplificativo, un incremento nel ricorso alla DQ 2008/909/GAI dovrebbe ridurre quello al mandato d'arresto c.d. esecutivo; analogamente, le DQ 2008/947/GAI e 2009/829/GAI potrebbero sottrarre spazio, rispettivamente, alla DQ 2008/909/GAI e al mandato

[103] *Supra*, § 2.2.
[104] Si prende qui ispirazione dalla categoria degli "effetti collaterali", sviluppata da M. Galli, *Gli effetti collaterali della pena*, Torino 2024, 13 ss.
[105] M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 136 ss.

d'arresto europeo c.d. processuale. Su un piano diverso, l'ordine europeo di indagine ha contribuito a tracciare meglio i confini del mandato d'arresto europeo, rendendo più visibili i casi in cui esso veniva usato per finalità esclusivamente investigative. Da ultimo, l'ordine europeo di produzione pare destinato a prevalere sull'ordine europeo di indagine. L'introduzione di un nuovo strumento di cooperazione acquista, allora, un rilievo che va considerato in un'ottica ampia, che tenga conto delle possibili ripercussioni sull'impiego di altri istituti.

In secondo luogo, ogni nuovo strumento amplia il repertorio delle possibilità attraverso le quali le autorità possono incidere sui diritti in una vicenda transnazionale. Ad esempio, a differenza della DQ MAE, la DQ 2008/909/GAI, la DQ 2008/947/GAI e la DQ 2009/829/GAI sono applicabili indipendentemente dalla gravità del reato per cui si procede; le ultime due prescindono, inoltre, dall'applicazione di una pena o di una misura cautelare di carattere detentivo. Su un diverso versante, i nuovi ordini europei di conservazione e produzione sono destinati ad ampliare in modo notevole la capacità delle autorità investigative di accedere ai dati digitali detenuti dagli *internet service provider*. A ciò si aggiunge poi un'asimmetria più generale: al progressivo rafforzamento degli strumenti investigativi e repressivi transfrontalieri non è corrisposto un analogo sviluppo di mezzi idonei a rendere effettivo l'esercizio oltre frontiera del diritto di difesa, specialmente per quel che riguarda la possibilità di svolgere indagini difensive[106].

In terzo luogo, il rischio è che strumenti nuovi, destinati a coesistere con quelli precedenti, possano aumentare la complessità del quadro e, dunque, rendere il lavoro delle autorità coinvolte più difficile. La proliferazione può, sotto questo profilo, attenuare alcuni dei vantaggi di semplificazione che il reciproco riconoscimento mira a conseguire[107].

Una possibile direzione è, allora, quella di un pluralismo maggiormente coordinato[108]. Gli atti normativi dovrebbero definire con più precisione l'ambito applicativo di ciascun istituto, chiarendo non soltanto che cosa esso disciplini, ma anche come debba rapportarsi ai meccanismi contigui. Il legislatore dovrebbe altresì domandarsi se la disciplina incentivi realmente il ricorso alla via meno intrusiva. Non basta, infatti, che l'alternativa esista: occorre che la struttura del procedimento, gli obblighi di motivazione e i canali informativi ne rendano plausibile l'impiego. Inoltre, sarebbe opportuno che ogni nuova proposta fosse accompagnata da una valutazione non soltanto della propria efficienza, ma anche delle ricadute sul quadro esistente[109].

---

[106] A. Malacarne, *Spunti per la teorizzazione di un "*right of the defence to investigate the case*" di matrice europea*, in www.lalegislazionepenale.eu (in questa sezione) 3.6.2026, 24; F. Nicolicchia, *op. cit.*, 8 ss.

[107] Cfr. V. Mitsilegas, *The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?*, in *E.L. Rev.* 2009, 548.

[108] Cfr. D. Brodowski, *op. cit.*, 232-233.

[109] J. Öberg, *EU Procedural Criminal Law after Lisbon*, in *The Future of EU Criminal Justice Policy and Practice.*

In questo scenario, il compito della Corte di giustizia resta però essenziale. È naturale cioè che sia soprattutto la giurisprudenza a ricavare criteri di raccordo tra atti concepiti in momenti diversi, concorrendo così in misura decisiva alla coerenza complessiva del sistema. Ecco perché preoccupa il modo in cui essa sembra interpretare il proprio ruolo nella sistemazione dei rapporti tra i diversi strumenti. Come si è visto, nella giurisprudenza più recente affiora infatti la tendenza a preservare l'effettività della risposta repressiva, anche quando questa entri in tensione con interessi di segno diverso. Il crescente ricorso al rischio di impunità ne rappresenta forse la manifestazione più evidente.

Ciò detto, non mancano nel quadro vigente elementi sui quali fondare un diverso sviluppo giurisprudenziale. Sarebbe sufficiente valorizzare maggiormente il principio di proporzionalità, secondo il modello ricavabile dall'art. 52 paragrafo 1 CDFUE, al quale possono senz'altro essere ricondotte alcune previsioni della direttiva OEI[110] e numerose indicazioni contenute nel manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo[111]. Ne potrebbe derivare un sistema nel quale l'autorità emittente sia sempre tenuta a verificare se il risultato perseguito possa essere conseguito mediante una soluzione egualmente idonea ma meno lesiva. Almeno nei casi di più intensa compressione dei diritti, tale verifica dovrebbe inoltre essere motivata e potrebbe essere accompagnata da un confronto con l'autorità di esecuzione. Soprattutto, poi, la valutazione dovrebbe tenere conto dell'intero ventaglio degli strumenti disponibili, se del caso riconsiderando anche la tipologia di provvedimento interno più adatto al caso concreto[112].

Legal and Criminological Perspectives, a cura di J. Ouwerkerk, J. Altena, J. Öberg, S. Miettinen, Leida 2019, 253, propone un approccio maggiormente basato su dati empirici per verificare gli assunti che collegano armonizzazione, fiducia reciproca ed efficienza del mutuo riconoscimento. Sull'importanza delle c.d. valutazioni d'impatto: M. Galli, *op. cit.*, 472 ss.

[110] *Supra*, § 2.3.

[111] *Supra*, §§ 2.1 e 2.2.

[112] Un simile spunto sembrerebbe provenire, come detto, da Cass. 15.9.2021 n. 37739, cit., § 19 (*supra*, § 2.2).