



GRUPPO  
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto  
e la Giustizia Costituzionale

La Rivista / Quaderno n° 2

*Fascicolo speciale monografico*

*A cura di*

**Antonello LO CALZO**

**Giuliano SERGES**

**Cecilia SICCARDI**

**«Autonomie territoriali  
e forme di differenziazione.  
Ordinamenti a confronto»**

*in memoria di*

**PAOLO CARROZZA**





La Rivista / Quaderno n° 2  
Fascicolo speciale monografico

*A cura di*

**Antonello LO CALZO**  
**Giuliano SERGES**  
**Cecilia SICCARDI**

**Autonomie territoriali e forme di differenziazione.  
Ordinamenti a confronto**

*Atti del Seminario telematico di Milano – 12 giugno 2020*

*in memoria di*  
**Paolo Carrozza**

*Contributi di:*

N.P. Alessi, L. Baamonde Gómez, L. Bartolucci, S. Benvenuti, D. Calabria, D. Camoni, C. Carnero Jiménez, M. D'Amico, L. Del Corona, L. Dell'Atti, M. De Nes, A. Di Chiara, A. Dirri, A. Dueñas Castrillo, N. Fiano, I. Forgione, A. Formisano, S. Gherardi, M.C. Girardi, M. Iacometti, A. Kehrer, A.G. Lanzafame, G. Lauri, A. Lauro, N. Lefkopoulou, G. Marra, C. Martinelli, A. McHarg, M. Monti, L. Pasqui, O. Pfersmann, G. Rivosecchi, R. Romboli, P. Rossi, C. Saloi, F. Severa, K.-P. Sommermann, S. Soriano Moreno, F. Spagnoli, R. Tarchi, J. Urías, A. Vernata, P. Villaschi, L. Violini, D. Zanoni.

**Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2020/3 della Rivista «Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale»**

*Atti del Seminario telematico del 12 giugno 2020 su “Autonomie e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto” – Università degli Studi di Milano*

Tutti i contributi sono stati sottoposti a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista

**Finito di comporre nel mese di dicembre 2020**

La Rivista **Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale** è inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche. Codice **ISSN: 2039-8026**.

Per il triennio 2020-2022, **Direttore responsabile:** Marilisa D’Amico (*Università degli Studi di Milano*).

**Comitato di Direzione:** Adriana Apostoli (*Università degli Studi di Brescia*), Carlo Colapietro (*Università degli Studi “Roma Tre”*), Giacomo D’Amico (*Università degli Studi di Messina*), Gianluca Famiglietti (*Università di Pisa*), Gennaro Ferraiuolo (*Università degli Studi di Napoli “Federico II”*), Federica Grandi (*“Sapienza” Università di Roma*).

**Comitato di Redazione:** Antonello Lo Calzo (Coordinatore) (*Università di Pisa*), Rossana Caridà (*Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro*), Arianna Carminati (*Università degli Studi di Brescia*), Martina Contieri (*Università degli Studi di Napoli “Federico II”*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Marsid Laze (*“Sapienza” Università di Roma*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Giuditta Marra (*“Sapienza” Università di Roma*), Andrea Napolitano (*Università degli Studi di Napoli “Parthenope”*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi “Roma Tre”*), Valentina Pupo (*Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli “Federico II”*), Giuliano Serges (*Università degli Studi “Roma Tre”*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).



GRUPPO  
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto  
e la Giustizia Costituzionale

GIORNATA DI STUDI IN MEMORIA DEL PROF. PAOLO CARROZZA  
AUTONOMIE TERRITORIALI E FORME DI DIFFERENZIAZIONE  
ORDINAMENTI A CONFRONTO

## LA COMPETENZA LEGISLATIVA IN MATERIA PENALE TRA REGIONALISMO ITALIANO E FEDERALISMO TEDESCO

NANNEREL FIANO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le ragioni di un'indagine comparata e le problematiche coinvolte in Italia e in Germania. - 3. Un monopolio penale del legislatore statale? - 4. Il caso tedesco: tra competenza concorrente ed esecuzione penale esclusiva. - 4.1. Il *BVerfG* e la competenza concorrente in materia penale: due casi risalenti eppure ancora attuali. - 5. Riflessioni conclusive.

### 1. Premessa

Il tema relativo al riparto di competenze legislative tra *Bund* e *Länder* nell'ordinamento tedesco costituisce un campo di studio attualissimo.

Come osservato dalla dottrina, durante l'emergenza Covid-19 i singoli *Länder* hanno gestito molto efficacemente l'emergenza sanitaria, mettendo in campo strategie diversificate, coordinate e monitorate dal *Bund*<sup>1</sup>, e ciò nonostante la Costituzione tedesca non sia preparata, per molti aspetti, ad una emergenza come quella scaturita dalla diffusione del virus: infatti, l'attivazione delle semplificazioni procedurali volte all'accentramento di potere in capo agli organi supremi costituzionali è disponibile solo per le emergenze esterne, non per quelle interne (come nel caso di specie)<sup>2</sup>.

---

\* Dottoressa di Ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Così il recente contributo di A. DE PETRIS, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), fasc. 3/2020, 443.

<sup>2</sup> Ancora, si veda P. THIELBÖRGER, B. BEHLERT, *COVID-19 und das Grundgesetz. Zur (Un)tauglichkeit des verfassungsrechtlichen "Immunsystems"*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), 2020, 4.

Tanto premesso, con riferimento specifico al diritto penale, l'ambito materiale che interessa nel presente lavoro, preme evidenziare che l'unità del diritto penale *sostanziale* è rimasto "salvo" sul piano del diritto federale: gli artt. 222 (*Fahrlässige Tötung*), 227 (*Körperverletzung mit Todesfolge*), 212 (*Totschlag*) e 211 (*Mord*) del codice penale del *Bund* puniscono con pene fortemente privative della libertà personale chiunque infetti, consapevole di essere malato, altre persone; ancora, viene punito il reato di lesioni fisiche gravi intenzionali (artt. 223 e 224 del codice penale tedesco), così come la lesione fisica dovuta da infezione negligente (art. 229 del codice penale tedesco).

Nel caso in cui non fosse possibile dimostrare l'esistenza di lesioni fisiche, vi è comunque la possibilità di avviare un procedimento penale per violazione delle disposizioni della legge tedesca sulla protezione contro le infezioni (*Infektionsschutzgesetz*).

Infine, i governi dei *Länder* sono autorizzati ad emanare ordinanze al fine di intraprendere azioni contro la diffusione di malattie trasmissibili con la previsione di norme e divieti: i singoli Stati non possono però prevedere sanzioni di natura penale.

## ***2. Le ragioni di un'indagine comparata e le problematiche coinvolte in Italia e in Germania***

Tanto premesso, il presente lavoro intende indagare, in un'ottica comparata, le modalità con cui il regionalismo italiano e il federalismo tedesco incidono, rispettivamente, sul rapporto tra competenza legislativa e materia penale.

Con riferimento all'ordinamento italiano, come si vedrà nel corso dell'indagine in questione e come è stato efficacemente posto in evidenza dalla dottrina, le Regioni incidono significativamente sull'ordinamento penale<sup>3</sup>, in tal modo rendendosi necessariamente meno rigida la divergenza esistente in punto di competenza in materia penale tra Italia e Germania, ove il diritto penale sostanziale rientra tra le materie di competenza concorrente tra *Bund* e *Länder*.

Come si vedrà nel corso dell'indagine, rispetto all'Italia potrebbe rendersi opportuna una riflessione sulla "tenuta" della legislazione esclusiva in tema di ordinamento penale, considerato che in alcune materie concorrenti "la legislazione regionale non potrebbe prescindere da un adeguato contorno di sanzioni, anche penali [...]"<sup>4</sup>.

Per quanto concerne l'ordinamento tedesco, in seguito alla riforma costituzionale del 2006<sup>5</sup> esso ha conosciuto un federalismo che (proprio nella materia penale) si è spinto nella direzione di un forte *favor* nei confronti dell'attribuzione di nuove porzioni

---

<sup>3</sup> Si veda, fra tutti, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano 2015.

<sup>4</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Riforma del Titolo V della Costituzione: legislazione esclusiva statale e ordinamento penale*, in [www.statutiregionali.it](http://www.statutiregionali.it), 2011, 4.

<sup>5</sup> Per una panoramica sul federalismo tedesco prima dell'intervento della riforma del 2006, si veda AA.VV., *Föderalismus in Deutschland*, a cura di K. Eckart - H. Jenkis, Berlin 2001.

di competenza legislativa ai singoli *Länder*<sup>6</sup>: si pensi, in questo senso, al trasferimento in capo a questi ultimi della materia dell'esecuzione penale<sup>7</sup>, fortemente criticata, come si vedrà, alla luce dei mutamenti europei e internazionali, orientati - in un'ottica unitaria - alla massimizzazione della tutela dei diritti umani e all'armonizzazione dei sistemi all'insegna del rispetto del principio di uguaglianza.

Con riferimento all'esperienza tedesca, pare quindi doverosa una riflessione intorno alla coerenza della previsione della competenza esclusiva in capo ai *Länder* della materia dell'esecuzione penale.

### **3. Un monopolio penale del legislatore statale?**

La Corte costituzionale ha adottato un'interpretazione del tutto rigorosa<sup>8</sup> del monopolio statale in materia penale.

A fondamento di tale premessa, come posto in evidenza in diverse pronunce adottate dal Giudice delle leggi, vi è l'art. 25, co. 2, Cost., il quale fa specificamente riferimento alla legge dello Stato, l'art. 3 Cost., che garantisce l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, l'art. 5 Cost., che garantisce l'unità politica dello Stato<sup>9</sup> e l'art. 117 Cost., "che non contempla una potestà punitiva in capo alle Regioni, ora persino ponendo la riserva di legge statale in rapporto con il principio della pre-costituzione per legge del giudice naturale"<sup>10</sup>.

In occasione della risalente sent. n. 39 del 1957, la Corte costituzionale ha sancito per la prima volta il principio costituzionale dell'unità giurisdizionale; nella sent. n. 487 del 1989, la Corte ha affermato (del tutto significativamente) il fondamento prettamente politico della riserva di legge, così statuendo che "il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, unita per contratto sociale", per poi negare alle Regioni la legittimazione ad adottare leggi penali vista "la mancanza di una visione generale dei bisogni e delle esigenze di una intera società"<sup>11</sup>.

Ancora, rileva la sent. n. 185 del 2004<sup>12</sup>, su cui si tornerà a breve, in occasione della quale è stato dichiarato che la legge statale è chiamata a salvaguardare "beni, valori e interessi propri dell'intera collettività tutelabili solo su base egualitaria"<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> Sul punto si veda H. S. SPRINGORUM, *Strafvollzug und Föderalismus*, in AA.VV., *Recht gestalten - dem Recht dienen: Festschrift für Renhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007*, a cura di H. Schöch, R. Helgerth, D. Dölling, P. König, Berlin 2007, 403 e ss.

<sup>7</sup> Per una disamina, in generale, della competenza legislativa dei *Länder* in materia di esecuzione, si veda D. SCHEFOLD, *Federalismo, regionalismo e riforma del federalismo tedesco*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2006, 1 e ss.

<sup>8</sup> Cfr. G. DI COSIMO, *Regioni e diritto penale*, in *Le Regioni*, 2004, 1314.

<sup>9</sup> Nota è l'eccezione rappresentata dallo Statuto della Regione Trentino Alto Adige, il quale, all'art. 23, dispone che «la regione e le Province utilizzano - a presidio delle norme contenute nelle rispettive leggi - le sanzioni penali che le leggi dello Stato stabiliscono per le stesse fattispecie».

<sup>10</sup> Cfr. V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2014, 30.

<sup>11</sup> Sul tema si veda I. PELLIZZONE, *Riserva di legge ed efficacia nel tempo e nello spazio della norma penale: possibili spazi per 'interazioni' tra legge penale e fonti secondarie?*, in *Giur.cost.*, 2008, 4103 e ss.

<sup>12</sup> Si considerino anche le sentt. nn. 234 del 1995, 117 del 1991, 309 del 1990.

Anche l'ambito relativo alla giustificazione e alla non punibilità rientra nell'esclusiva competenza statale<sup>14</sup>.

Rimane certamente ferma anche l'incostituzionalità di leggi regionali che prevedano nuove incriminazioni o che abrogano fattispecie incriminatrici preesistenti<sup>15</sup>, oppure che sostituiscano la sanzione penale con una sanzione di natura amministrativa<sup>16</sup>, o che contemplino, di fatto, una nuova causa di estinzione del reato<sup>17</sup>.

Non meno importante è la sent. n. 46 del 2014, in cui la Corte ha statuito che la legge regionale non può costituire fonte diretta e autonoma di norme penali, né rendere lecita un'attività che sia penalmente sanzionata, potendo tuttavia concorrere a precisare “*secundum legem*, i presupposti di applicazione di norme penali statali [...] svolgendo funzioni analoghe a quelle che sono in grado di svolgere fonti secondarie statali”<sup>18</sup>.

La Corte costituzionale ha quindi in buona sostanza affermato che le Regioni hanno la possibilità di svolgere un ruolo di “specificazione tecnica”<sup>19</sup>, atteso che, se è pur vero che spetta allo Stato la configurazione del divieto e della sanzione penale, “resta comunque alla Regione, specie nelle materie di competenza esclusiva, la conformazione della disciplina sottesa”<sup>20</sup>. È stato così sancito il “potere, per le Regioni, di legiferare nell'ambito delle materie di propria competenza, quand'anche ciò indirettamente influisca sulla normativa penale ‘a valle’, per il tramite di presupposti del fatto, elementi normativi e, come nel caso di specie, norme penali in bianco”<sup>21</sup>.

Ancora, se è vero che la materia penale è governata, sul piano del diritto costituzionale, dall'art. 25, secondo comma, Cost., non può allora non qualificarsi in senso problematico la possibilità da parte delle Regioni di creare norme che fungano da cause di giustificazione nella valutazione di fatti che siano penalmente rilevanti in tutto quanto l'ordinamento statale: in questo senso, si rischia di rendere la materia penale incoerente in alcuni suoi “settori”, in tal modo rendendo precaria l'applicazione del principio di uguaglianza.

Si pensi, a tal proposito, alla tesi dottrinale che, in seguito della riforma del Titolo V della Costituzione e al rafforzamento delle competenze in capo alle Regioni, riteneva di leggere l'espressione “ordinamento penale” come una scelta molto precisa del legislatore, cioè quella di attribuire alla competenza statale le *sole* scelte generali in campo penale, per quello che attiene quindi la sistematica dei reati e delle pene<sup>22</sup>.

---

<sup>13</sup> In relazione alla presente pronuncia risulta importante evidenziare il risalto che il Giudice delle leggi ha inteso attribuire al principio di uguaglianza.

<sup>14</sup> Cfr. sent. n. 117 del 1991 e 487 del 1989.

<sup>15</sup> Cfr. sent. n. 79 del 1977.

<sup>16</sup> Cfr. sent. n. 309 del 1990.

<sup>17</sup> Si veda la sent. n. 273 del 1995.

<sup>18</sup> Cons. in dir. n. 10.

<sup>19</sup> Cfr. sent. n. 142 del 1969, sent. n. 210 del 1972 e ord. n. 717 del 1988.

<sup>20</sup> Cfr. V. MANES, *Principi costituzionali*, cit., 36.

<sup>21</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *Diritto penale e leggi regionali in un'importante sentenza della Corte costituzionale*, in [www.archiviodpc.it](http://www.archiviodpc.it), 2014.

<sup>22</sup> Si veda M. D'AMICO, *Riforma del titolo V*, cit., 1.



Inoltre, una rilevante problematicità è rappresentata dalla previsione, da parte di norme statali, della prevalenza della fonte regionale sulla legge penale statale, e ciò nonostante quanto affermato dalla Corte costituzionale in occasione della citata sent. n. 185 del 2004 in punto di esclusività della competenza statale in materia penale.

La pronuncia in discorso, nata dall'impugnazione da parte del Governo delle disposizioni contenute nell'articolo unico della legge del Friuli Venezia Giulia n. 17 del 2002, ha proprio riguardato la questione relativa ai limiti posti dalla Costituzione all'intervento regionale in materia di "ordinamento penale", rispetto ai quali lo stesso Giudice delle leggi ha avuto modo di affermare l'irrelevanza dell'intervenuta riforma del Titolo V della Costituzione.

Come si è avuto quindi modo di mettere in luce, il monopolio statale della materia penale conosce, come del resto ampiamente noto, una rilevante fase critica: non è più possibile fare riferimento alla riserva di legge in materia penale da intendersi come riserva di "organo", poiché la produzione di reati e di pene infatti "non è affidata soltanto alla legge del Parlamento, ma anche, in larghissima misura, agli atti con forza di legge"<sup>23</sup>.

Sarebbe quindi da ripensare il tema relativo allo "stato di salute" della riserva di legge in materia penale<sup>24</sup>, e non solo con riferimento al rapporto esistente tra Stato e Regioni.

Interessante è il caso della sent. n. 248 del 2019: si tratta della pronuncia con cui la Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Umbria n. 11 del 2018, rubricata «Norme in materia di sostegno alle imprese che operano nell'ambito dell'informazione locale», il cui art. 6, comma 4, lettera e), prevedeva, rispetto ai requisiti per accedere al finanziamento degli interventi nell'ambito dell'informazione locale, l'esclusione delle «imprese i cui titolari o editori abbiano riportato condanna, anche in via non definitiva, per i reati di cui al libro II, titolo II, capo II (Dei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione) ovvero al titolo XIII, capo II (Dei delitti contro il patrimonio mediante frode) del codice penale».

In quella pronuncia, il Giudice delle leggi ha affermato che devono ritenersi esclusivamente riservate alla legislazione statale le norme che incidono su fattispecie penali che modificano i presupposti della loro applicazione o che introducono cause di esenzione dalla responsabilità, così come quelle disposizioni che producono effetti sanzionatori ulteriori conseguenti alla commissione di un reato.

Ebbene, la disposizione impugnata è stata salvata in quanto non introduceva "alcun effetto sanzionatorio ulteriore rispetto a quelli già previsti dalle norme penali richiamate, limitandosi piuttosto a stabilire una condizione soggettiva per l'accesso ai finanziamenti previsti dalla legge regionale. Tale condizione non produce in capo all'interessato le conseguenze caratteristiche di ogni sanzione, e cioè la privazione o

---

<sup>23</sup> Cfr. M. D'AMICO, *Riforma del titolo V*, cit., 1.

<sup>24</sup> In questo senso si veda M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2016, 3-9. Per un'interessante analisi dei confini della materia penale nell'ordinamento interno si veda S. BISSARO, *L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2017, 3-8.

limitazione di un diritto del quale l'interessato già sia titolare, ovvero la perdita di uno status o di una capacità. Piuttosto, essa si atteggia come mero requisito di 'onorabilità' (si vedano, analogamente, le sentenze n. 36 del 2019, n. 276 del 2016 e n. 236 del 2015, in tema di sospensione e decadenza dalle cariche elettive) per l'ottenimento di un beneficio economico erogato dalla Regione in materie di competenza legislativa concorrente (quali l'ordinamento della comunicazione e il sostegno all'innovazione per i settori produttivi), rispetto al quale l'interessato non potrebbe vantare alcun diritto in assenza della legge impugnata<sup>25</sup>.

Come appena evidenziato, è innegabile che vi siano alcune tensioni tra la regolamentazione da parte del diritto regionale di ambiti "vicini" alla materia di politica criminale e il monopolio statale in materia penale.

Ancora, si pensi, ad esempio, al (noto) tema relativo alle sanzioni amministrative.

L'aggiramento della riserva di legge in materia penale infatti ben può avere luogo nel caso in cui le Regioni prevedano misure sostanzialmente analoghe a quelle di natura penale.

Emblematica in questo senso è la sentenza n. 6298 adottata il 18 maggio 2017 dal Tribunale di Roma, Sez. VIII pen., in tema di compatibilità di sistemi a doppio binario con il principio del *ne bis in idem* convenzionale.

Nel caso di specie si poneva il problema di un un illecito amministrativo di fonte regionale applicato in concorso con un reato, in esito a due distinti procedimenti.

In sintesi, alla luce dei principi affermati dalla Corte EDU, il Tribunale romano aveva ritenuto sussistente un *bis in idem* tra la fattispecie di invasione di terreni o edifici e quella, punita con sanzione amministrativa pecuniaria, di occupazione senza titolo di un alloggio di edilizia residenziale pubblica<sup>26</sup>. Il giudice romano ha qualificato la sanzione come penale secondo i criteri *Engel*, e questo in ragione della sua gravità e dei suoi connotati punitivi, non reputando in tal senso ostativa la circostanza che essa fosse stata prevista da una legge regionale.

*A fortiori* viene da chiedersi quindi se la nozione di ordinamento penale non coincida con la materia penale, o meglio, se la formula ordinamento penale non escluda l'incidenza delle leggi regionali nella conformazione di fattispecie penali<sup>27</sup>.

#### ***4. Il caso tedesco: tra competenza concorrente ed esecuzione penale esclusiva***

Se l'ordinamento italiano conosce l'esclusività della legislazione statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, Cost., l'ordinamento tedesco assegna alla Federazione competenza esclusiva in materia penale solamente quando vi sia la necessità di tutelare beni giuridici appartenenti al *Bund*, quando sia necessario legiferare al fine di prevenire

---

<sup>25</sup> Cfr. sent. n. 248 del 2019, Cons. in dir. p.to. 3.

<sup>26</sup> Cfr. art. 15 l.r. 6 agosto 1999 n. 12.

<sup>27</sup> In questo senso si veda M. D'AMICO, *Riforma del titolo V*, cit., 5. In generale, sul tema del significato di ordinamento penale si veda C. RUGA RIVA, *Regioni e Diritto penale. Interferenze, casistica, prospettive*, Milano 2008, 41-47;

determinati pericoli, oppure, ancora, al fine di concorrere efficacemente alla lotta al terrorismo internazionale<sup>28</sup>.

Al di fuori delle ipotesi appena evidenziate, ai sensi dell'art. 74 della *GG* il diritto penale è assegnato alla legislazione concorrente tra *Bund e Länder*<sup>29</sup>.

L'ordinamento tedesco tiene quindi necessariamente conto della differenza fondamentale fra reati meritevoli di tutela unitaria o di tutela differenziata.

Come ha avuto modo di evidenziare la dottrina, se in generale i *Länder* hanno un ruolo primario nell'ambito della competenza legislativa, in materia penale il principio sembra invertirsi<sup>30</sup>: i *Länder* possono legiferare in materia penale solamente nel caso in cui il *Bund* non abbia esaurito la propria competenza in quello specifico settore materiale.

Il confine tra intervento statale e federale si rende talvolta difficoltoso alla luce del fatto che l'intervento del *Bund* è di natura negativo - implicita<sup>31</sup>, atteso che la mancata previsione di un fatto come reato da parte della legislazione federale può rappresentare una "precisa scelta legislativa a favore dell'irrelevanza penale di una condotta"<sup>32</sup>.

Tanto chiarito, ai sensi dell'art. 1, comma secondo, della legge introduttiva al codice penale del 1974<sup>33</sup>, le disposizioni di parte generale del codice penale rientrano nella competenza federale; ai sensi dell'art. 3, i *Länder* non possono prevedere pene detentive superiori a un dato limite<sup>34</sup>.

Stando all'art. 4, che regola il rapporto tra diritto penale dei *Länder* e parte speciale del codice penale, «le disposizioni penali della parte speciale dello *StGB* lasciano impregiudicate le disposizioni penali dei singoli Stati, a meno che esse non abbiano ad oggetto una materia già regolata nel codice penale»<sup>35</sup>.

Inoltre, nei commi successivi vengono enucleate riserve di legge in materia penale in capo ai *Länder*<sup>36</sup>: «Le disposizioni del codice penale in materia di furto, ricettazione e favoreggiamento non pregiudicano le disposizioni del diritto dei *Länder* in materia di protezione dei campi e delle foreste, che prevedono che un atto non sia punibile o non sia perseguibile in determinati casi che appaiono irrilevanti. Le disposizioni del codice penale in materia di violazione di proprietà, danni alle cose e falsificazione di documenti non pregiudicano le disposizioni della legge del *Land* per la protezione dei campi e delle foreste che 1. minacciano solo determinati atti con una multa o 2. minacciano solo determinati atti con una multa. Prevedono che in alcuni casi, a) che appaiono insignificanti, non sono punibili o non sono perseguiti, o b) che appaiono

---

<sup>28</sup> L. CORNACCHIA, *Diritto penale e federalismo in Germania*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2013, 299. Sul diritto penale in Germania si veda anche G. FORNASARI, *Federalismo e diritto penale in Germania*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2002, 69 e ss.

<sup>29</sup> Cfr. *BVerfGE* 13, 373; 23, 125; 26, 258.

<sup>30</sup> C. MAIWALD, *Die Gesetzgebungszuständigkeit im Strafrecht*, in *ZRP*, 2006, 19.

<sup>31</sup> La dottrina si riferisce ad una regolamentazione di tipo *stillschweigend-negativ*. Così C. MAIWALD, *Die Gesetzgebungszuständigkeit*, cit., 19.

<sup>32</sup> Cfr. L. CORNACCHIA, *Diritto penale e federalismo*, cit., 302.

<sup>33</sup> Si tratta della legge c.d. *EGStGB*.

<sup>34</sup> Cfr. L. CORNACCHIA, *Diritto penale e federalismo*, cit., 300.

<sup>35</sup> L. CORNACCHIA, *Diritto penale e federalismo*, cit., 300.

<sup>36</sup> Cfr. sul punto M. D'AMICO, *Riforma del titolo V*, cit., 5.

insignificanti, sono perseguiti solo su richiesta o solo se l'autorità inquirente ritiene necessario intervenire d'ufficio a causa dello speciale interesse pubblico a perseguire».

A tal proposito, non si può non riportare nel presente lavoro quanto scritto da autorevole dottrina a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, e cioè che poteva opportunamente essere avvalorata la scelta da parte degli Statuti regionali di inserire al proprio interno il principio di legalità di reati e pene, contenuto in alcuni statuti dei *Länder* tedeschi<sup>37</sup>.

Tanto chiarito, nell'ambito della materia penale si è manifestato un forte *favor* nei confronti dei *Länder*.

Il potere di avocazione della competenza legislativa da parte del legislatore federale secondo la clausola di necessità è ora limitata ad alcune specifiche materie<sup>38</sup>.

Inoltre, anche quando il legislatore abbia fatto uso della propria competenza legislativa, “comunque permane inalterata in capo ai *Länder* la facoltà di introdurre discipline *derogatorie* su determinate materie”<sup>39</sup>.

In questo modo ha trovato cittadinanza un modello separatista, ove convivono due diversi modelli legislativi.

Infine, come si è già avuto modo di accennare, dal 2006 l'esecuzione penale è lasciata alla competenza dei singoli *Länder*<sup>40</sup>: si tratta di una competenza che non è stata espressamente prevista nella *GG*, e che tuttavia è evincibile dalla riforma intervenuta.

E' bene comunque porre in evidenza il fatto che la legge sull'esecuzione penale di natura federale<sup>41</sup> rimane in vigore nei *Länder* che non abbiano legiferato ancora in materia; inoltre, le norme federali relative al diritto civile e alla procedura penale che interessano il diritto penitenziario conservano la loro efficacia.

Interessante è il caso peculiare dell'esecuzione delle misure di sicurezza: non si può infatti non considerare l'entrata in vigore nel 2013 del *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandesgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, contenente linee guida per l'esecuzione delle misure di sicurezza<sup>42</sup>: tale legge si è spinta nella direzione della “legislazione cornice”, in qualche modo rappresentando un *règlement* rispetto alla *ratio* della devoluzione della materia dell'esecuzione penale.

#### **4.1. Il BVerfG e la competenza concorrente in materia penale: due casi risalenti eppure ancora attuali**

Nonostante l'intervenuta riforma del sistema federale risalente al 2006, la sentenza adottata dal BVerfG il 10 febbraio 2004 in materia penale presenta profili di interesse.

---

<sup>37</sup> M. D'AMICO, *Riforma del titolo V*, cit., 5.

<sup>38</sup> Previste all'art. 74 (1) nn. 4, 7, 11, 13, 15, 19 a, 20, 25 e 26 della *GG*.

<sup>39</sup> Si veda L. CORNACCHIA, *Diritto penale e federalismo*, cit., 296.

<sup>40</sup> Innumerevoli i ricorsi individuali contro le norme previste dai *Länder* in punto di esecuzione della pena. Cfr. M. BACHMANN, *Bundesverfassungsgericht und Strafvollzug*, Berlin 2015.

<sup>41</sup> Si tratta della c.d. *Strafvollzugsgesetz (StVollzG)*.

<sup>42</sup> Sul punto si veda ancora L. CORNACCHIA, *Diritto penale e federalismo*, cit., 293.

In quell'occasione il Giudice costituzionale tedesco ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina relativa alla detenzione di criminali di due *Länder* in quanto questi ultimi non avevano il potere di legiferare sulla detenzione dei criminali, avendo la Federazione esaurito il suo potere legislativo in questo settore.

Nello specifico, con riferimento ad una legge del *Land Bayern* e del *Land Sachsen - Anhalt* in tema di custodia cautelare, il Tribunale costituzionale Federale tedesco ha affermato che l'ambito materiale era già stato regolamentato e disciplinato dal *Bund* ai sensi dell'art. 72 della *GG* in tema di detenzione preventiva; tale previa regolamentazione bloccava di fatto la possibilità di disciplinare ulteriormente l'ambito materiale<sup>43</sup>.

Non solo: il *Bund* aveva adottato una norma rubricata «*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*», in tema di reati a sfondo sessuale, entrata in vigore il 26 gennaio 1998, rispetto alla quale il legislatore della politica criminale aveva deliberatamente escluso di estendere ulteriormente la detenzione preventiva come misura di correzione o di prevenzione<sup>44</sup>.

Inoltre, nel caso di specie il *BVerfG* ha adottato una pronuncia di sola incompatibilità - e quindi non di nullità - delle leggi dei *Länder*, e ciò al fine di salvaguardare il bene giuridico corrispondente all'integrità fisica e psichica della collettività: la nullità delle leggi incostituzionali avrebbe infatti determinato la liberazione di criminali altamente pericolosi<sup>45</sup>.

La tipologia decisionale in discorso è stata fortemente osteggiata dalla minoranza del collegio giudicante alla luce della presunta lesione dell'utilizzo dello strumento della pena quale *extrema ratio* e in ragione della mancata conformità al principio della riserva di legge, in quanto il Tribunale costituzionale avrebbe "legiferato" in materia penale mancando di intervenire sulle norme impugnate con una sentenza di nullità<sup>46</sup>.

Poco dopo, il Tribunale costituzionale federale ha adottato una pronuncia opposta<sup>47</sup>.

In occasione della sentenza appena menzionata, è stata dichiarata incostituzionale una legge federale modificativa del codice penale in tema di allevamento, vendita e conduzione di cani pericolosi, a causa della mancanza di competenza in capo al *Bund*: tale legge, infatti, prevedeva un "trattamento penale unitario rispetto a condotte assai eterogenee contemplate dai diversi *Länder*"<sup>48</sup>.

La norma in questione era stata inserita nel codice penale il 12 aprile del 2001 e rendeva punibili le violazioni dei divieti di allevamento e di commercio previsti dai *Länder*.

Secondo il *BVerfG* non sussistevano i presupposti per l'intervento del legislatore federale ai sensi dell'art. 72, co. 2, *GG*.

---

<sup>43</sup> Cfr. *BVerfG*, 2 BvR 834/02 del 10 febbraio 2004, Rn. 147.

<sup>44</sup> Cfr. *BVerfG*, 2 BvR 834/02 del 10 febbraio 2004, Rn. 148.

<sup>45</sup> Cfr. *BVerfG*, 2 BvR 834/02 del 10 febbraio 2004, Rn. 169.

<sup>46</sup> Cfr. *BVerfG*, 2 BvR 834/02 del 10 febbraio 2004, Rn. 190 e ss.

<sup>47</sup> *BVerfG*, BvR 1778/02 del 16 marzo 2004.

<sup>48</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *Regioni e Diritto penale*, cit., 198.

Infatti, sebbene la Federazione abbia la competenza legislativa concorrente per il diritto penale ai sensi dell'articolo 74 della Legge fondamentale, essa avrebbe comunque il potere legislativo necessario solo se e nella misura in cui tale ambito settoriale sia necessario per la creazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale della Repubblica federale o per la conservazione dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato nel suo insieme.

### **5. Riflessioni conclusive**

A questo punto della trattazione, pare doveroso riflettere sul rispetto del principio di uguaglianza nella materia penale.

Se nell'ordinamento italiano il diritto penale rappresenta un monopolio statale, e tuttavia il problema del rispetto della parità di trattamento, alla luce del ruolo assunto di fatto dalle Regioni in materia, si presenta significativamente<sup>49</sup>, con riferimento all'ordinamento tedesco il tema in questione sembra porsi in termini non eccessivamente problematici, tanto vero che il *BVerfG* non ha mai preso una decisione in punto di rapporti tra il principio di uguaglianza e la competenza legislativa in materia penale.

Tuttavia, come ha avuto modo di affermare la dottrina, all'art. 74 *GG* viene sancito, in un certo qual modo, il principio della diversità giuridica<sup>50</sup>.

Pertanto, in uno Stato federale le differenze tra *Länder* incidono in modo del tutto fisiologico sui cittadini e non possono rappresentare una violazione del principio di uguaglianza<sup>51</sup>.

Con riferimento all'ordinamento tedesco, il nodo problematico relativo al rapporto tra competenze nella materia penale è, precisamente, quello relativo alla previsione dell'esecuzione penale quale materia esclusiva dei *Länder*.

Si consideri, ad esempio, che se lo *Strafvollzugsgesetz* assegna rilievo primario alla risocializzazione rispetto alle finalità deterrenti o preventive; tuttavia, non tutti i *Länder* si sono di fatto attenuti a tale principio.

In questo senso, emblematico è il caso della Baviera, che sembra riconoscere maggiore rilevanza alla tutela della società piuttosto che alla tutela del reo<sup>52</sup>.

Più in generale, si è osservato che la tendenza alla regionalizzazione possa difficilmente favorire riforme orientate alla risocializzazione<sup>53</sup>, ma anzi possa condurre a riforme di natura segregativa.

Non solo, alla luce dai mutamenti internazionali volti alla massimizzazione della tutela dei diritti umani una simile "ricaduta" parrebbe "*ein unzeitmässiger und paradox*

---

<sup>49</sup> Sul punto si veda C. RUGA RIVA, *Regioni e Diritto penale*, cit., 106-108.

<sup>50</sup> C. MAIWALD, *Die Gesetzgebungszuständigkeit*, cit., 21.

<sup>51</sup> C. MAIWALD, *Die Gesetzgebungszuständigkeit*, cit., 21.

<sup>52</sup> L. CORNACCHIA, *Diritto penale e federalismo*, cit., 304.

<sup>53</sup> Così L. CORNACCHIA, *Diritto penale e federalismo*, cit., 305.

*ammutter Anachronismus*<sup>54</sup>, cioè, in buona sostanza, un anacronismo inattuale e paradossale.

In definitiva, nel sistema tedesco pare del tutto problematico il rispetto dei valori costituzionali da parte di alcuni principi ispiratori del modello di esecuzione penale; con riferimento al sistema italiano, problematica è la tenuta della riserva di legge, così come la tensione esistente tra Stato e Regioni in materie “vicine” a quella penale.

Ebbene, rispetto all’ordinamento italiano, come suggerito dalla dottrina, un elemento chiarificatore potrebbe essere quello relativo al rafforzamento dei sistemi di intesa tra Stato e Regioni in modo tale da valutare i modi con cui le norme regionali interferiscono con quelle penali<sup>55</sup>.

Ancora, come affermato da altra autorevole dottrina, si potrebbe, in un’ottica *de jure condendo*, lasciare ai legislatori regionali - solo ove strettamente necessario - la possibilità di compiere scelte, sia pure limitate, in materia penale<sup>56</sup>.

Con riferimento al sistema tedesco, una possibile ipotesi di riforma potrebbe interessare l’esecuzione della materia penale di competenza statale, tale da rendere - perlomeno - uniformi i principi ispiratori tra i singoli *Länder*.

---

<sup>54</sup> H. MÜLLER-DIETZ, *Gesetzgebungszuständigkeit für den Strafvollzug*, in *ZRP*, 2005, 158 e ss.

<sup>55</sup> Sul punto si veda C. RUGA RIVA, *Diritto penale*, cit., 2014.

<sup>56</sup> M. D’AMICO, *Riforma del titolo V*, cit., 5.