

L'ORGANIZZAZIONE COSTITUZIONALE DEL POTERE GIURISDIZIONALE NELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA

di RAFFAELE BIFULCO (*)

SOMMARIO: 1. Unità e pluralismo negli Stati federali. — 1.1. Premessa. — 1.2. La clausola di supremazia. — 1.3. *Judicial review* e *constitutional review*. — 1.4. L'organizzazione del giudiziario: sistemi duali e unitari. — 1.5. Esiste una funzione di nomofilachia negli Stati federali? — 2. Il potere giurisdizionale tra Federazione e *Länder* nella Repubblica federale di Germania: cenni storici. — 3. Un primo sguardo alla organizzazione costituzionale federale del potere giurisdizionale. — 3.1. Il diritto di difesa: cenni. — 3.2. Le norme principali sulla giurisdizione. — 3.3. Il concreto riparto delle funzioni statali, con particolare riguardo alla funzione giurisdizionale. — 4. Il riparto della potestà legislativa tra Federazione e *Länder* in materia giudiziaria. — 5. Il potere giurisdizionale della Federazione. — 5.1. Le Corti federali obbligatorie. — 5.2. La funzione nomofilattica (l'unitarietà dell'ordinamento). — 5.3. Il procedimento di nomina dei giudici. — 5.4. L'efficacia delle sentenze delle Corti federali. — 5.5. I Tribunali federali facoltativi. — 6. Il potere giurisdizionale dei *Länder*. — 7. La concreta organizzazione delle cinque giurisdizioni tra Federazione e *Länder*. — 7.1. Premessa. — 7.2. La giurisdizione ordinaria. — 7.3. La giurisdizione amministrativa. — 7.4. Le giurisdizioni sociali e del lavoro. — 7.5. La giurisdizione finanziaria. — 7.6. Cooperazione e giurisdizione. — 8. Tribunali costituzionali e organizzazione federale. — 8.1. Premessa. — 8.2. Le tipologie di giurisdizione costituzionale dei *Länder*. — 8.3. Gli atti oggetto del controllo. — 8.4. I parametri del controllo. — 9. Conclusioni.

1. Unità e pluralismo negli Stati federali.

1.1. Premessa.

Tra sistemi federali e corti supreme esiste un rapporto duplice: da un lato, le corti interpretano le norme costituzionali che danno forma al sistema federale, dall'altro quest'ultimo ha concrete implicazioni sul funzionamento del sistema giudiziario. Uno Stato fortemente federale tende a strutturare il sistema giudiziario in senso duale, vale a dire con corti federali che interpretano il diritto

(*) L'autore è professore ordinario di diritto costituzionale, presso l'Università Luiss Guido Carli, Roma.

federale e corti statali che lavorano sul diritto degli Stati membri (1). A questo modello, in realtà, si ispirano soprattutto gli Stati Uniti. Altri Stati federali, come la Svizzera, l'Australia, la Repubblica federale di Germania, affidano invece il render giustizia, in gran parte, ai tribunali cantonali o statali. Altri ancora, come il Canada, possiedono un sistema sostanzialmente unificato di corti istituite dal governo federale (2), a dimostrazione di quanto lo specifico sistema federale possa condizionare e strutturare il l'organizzazione giudiziaria.

Nelle pagine seguenti si proverà a delinearne l'organizzazione costituzionale dell'ordinamento giudiziario della Repubblica federale di Germania, che dà vita a un modello di giustizia molto peculiare. Se in un ordinamento democratico la pluralità di giudici e giurisdizioni porta spesso a risposte differenti rispetto a domande identiche, tale rischio strutturale è ancora più elevato in un'organizzazione federale, con la conseguenza che la giurisdizione rischia di perdere la sua fondamentale funzione orientativa. La tensione tra federalismo e unitarietà dell'ordinamento è infatti uno dei tratti più caratterizzanti dell'ordinamento tedesco, tanto da spingere uno dei più noti costituzionalisti della seconda metà del Novecento a parlare di uno Stato federale unitario a proposito della Repubblica federale di Germania (3).

Questa nota caratteristica dell'ordinamento tedesco si riscontra, come risulterà dall'analisi seguente, anche nelle soluzioni organizzative predisposte per l'ordinamento giudiziario (4).

Prima di concentrare l'analisi sul modello tedesco e per meglio apprezzarne le caratteristiche, può essere utile provare a collocare quella tedesca all'interno delle soluzioni che il problema dei rapporti tra federalismo e ordinamento giurisdizionale ha trovato nel corso del tempo e delle concrete esperienze storiche. Nel tratteggiare queste soluzioni non si aspira alla completezza e alla esaustività, troppo complessa risultando l'impresa; piuttosto si vuole fornire al lettore una breve guida per orientarsi nella comprensione del rapporto tra pluralismo e unità presente in ogni organizzazione giudiziaria federale.

(1) K.C. WHEARE, *Del governo federale* [1963], Bologna, il Mulino, 1997, 40 e 50.

(2) Per queste notazioni v. N. ARONEY, J. KINCAID, *Introduction: Courts in Federal Countries*, in ID. (a cura di), *Courts in Federal Countries. Federalists or Unitarists?*, Toronto, University of Toronto Press, 2017, 11, cui si rinvia anche per un'identificazione dei fattori che aiutano a comprendere il funzionamento delle corti nei diversi sistemi federali (18-25).

(3) K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat* [1962], in ID., *Ausgewählten Schriften*, Heidelberg, Müller, 1984, 116 ss.

(4) Il riferimento all'unitarietà non è solo nell'art. 95, c. 3, della Legge fondamentale tedesca, ma può anche ricollegarsi al principio di eguaglianza di cui all'art. 3, c. 1, della medesima Legge (da ora LF o costituzione tedesca).

1.2. La clausola di supremazia.

La costruzione dell'ordine federale poggia sulla c.d. clausola di supremazia. Essa costituisce il perno centrale dell'ordine delle fonti, segnato dall'immanicabile prevalenza della Costituzione e delle leggi federali sulle costituzioni e le leggi degli Stati membri (5). Vale la pena riportare questo stralcio della storica sentenza *McCullock v. Maryland*, in cui il giudice J. Marshall fornisce una classica lettura dell'art. VI, sez. 2, Cost. Usa (6), dove è appunto sancito il principio di supremazia: « Questo importante principio è il seguente: che la costituzione e le leggi degli Stati Uniti, fatte nel rispetto della medesima, sono supreme: che esse controllano la costituzione e le leggi dei rispettivi Stati e non possono essere controllate da essi ».

La clausola di supremazia, per come è formulata nella costituzione degli Stati Uniti, rende con evidenza la duplice funzione unitaria della stessa: da un lato, la supremazia della Costituzione, e delle leggi federali conformi alla stessa, è rivolta alla costruzione di un sistema gerarchico delle fonti, dall'altro la clausola svolge una funzione nomofilattica che vincola direttamente i giudici statali.

In un ordinamento federale la clausola di supremazia finisce per agire di concerto e intrecciarsi con il principio di competenza. In sistemi in cui il riparto di competenze tra Federazione e Stati membri poggia sulla clausola residuale, per cui tutto ciò che non è assegnato alla Federazione rientra nella competenza degli Stati (si pensi ancora agli Stati Uniti), il principio di supremazia è alquanto elastico permettendo che la legislazione statale possa andare a disciplinare materie rientranti nella competenza federale ma non (ancora) disciplinati dalla legge federale per poi riespandersi nel momento in cui la legislazione federale occupi lo spazio assegnatole (7).

(5) Cfr., a titolo esemplificativo, art. VI, sez. 2, cost. USA; Sez. 5 delle *Covering Clauses* e poi le sez. 109 e sez. 51 cost. Australia; art. 52, sez. 1, *Constitution Act* del Canada; art. 31 LF.

(6) Che recita: « Questa Costituzione, e le leggi degli Stati Uniti che saranno fatte in sua applicazione; e tutti i trattati stipulati o che saranno stipulati sotto l'autorità degli Stati Uniti, costituiranno la legge suprema del Paese; e in ciascuno Stato i giudici ne saranno vincolati, senza considerare qualsiasi cosa sia disposta in contrario nella Costituzione o nelle leggi di qualsiasi Stato ». La citazione è presa dalla traduzione della storica sentenza contenuta in G. BUTTÀ (a cura di), *John Marshall. 'Judicial Review' e stato federale*, Milano, Giuffrè, 1998, 106.

(7) Negli USA la clausola di supremazia di cui all'art. VI, sez. 2, sussiste solo nell'ambito dei poteri delegati dalla costituzione alla Federazione: se la Federazione non legifera, allora residua spazio per gli Stati; se la Federazione legifera in un campo occupato da leggi statali, la legge statale deve cedere se è in conflitto o se il Congresso lascia intendere che vuole occupare tutto lo spazio. Inoltre la clausola di supremazia si applica anche agli atti del governo se hanno fondamento legislativo. Conclusivamente la clausola di supremazia esprime un ordine gerarchico: la legge inferiore retrocede se entra in contrasto con quella superiore.

In sistemi federali con riparto di competenze più rigido, vale a dire con elenchi di competenze dettagliati riguardanti le materie rientranti nella potestà legislativa della Federazione ovvero in quelle degli Stati (come è il caso della Germania), la supremazia assume un ruolo, per così dire, sussidiario, entrando in gioco solo allorché la legge statale invade gli spazi riservati alla Federazione.

1.3. *Judicial review e constitutional review.*

Negli Stati federali la clausola di supremazia, per poter essere effettiva, ha bisogno di un giudice che la faccia valere (8). Nel sistema statunitense, privo di una corte costituzionale, il *judicial review* si è rivelato strettamente funzionale non solo all'affermazione della clausola di supremazia ma anche a un sistema di organizzazione del potere giudiziario di tipo duale. Come è noto, negli Stati Uniti esistono due sistemi sostanzialmente paralleli di organizzazione giudiziaria: alla giurisdizione federale — organizzata in 94 tribunali distrettuali (uno o più per ogni Stato), 12 circuiti regionali in ciascuno dei quali è presente una corte d'appello e una corte suprema — fa da *pendant* la presenza di tanti sistemi giudiziari quanti sono gli Stati membri, strutturati anch'essi, tendenzialmente, su tribunali di prima istanza con competenza generale, corti d'appello e una corte suprema statale (9). L'insieme dà vita a un sistema alquanto complesso in cui la questione dell'individuazione corretta del giudice si pone con frequenza. Rispetto a tale organizzazione giudiziaria ispirata alla massima autonomia degli Stati e caratterizzata dall'assenza di un giudice costituzionale *ad hoc*, il *judicial review* si è dimostrato un'esigenza ineludibile, comunque fondata sull'art. VI, sez. 2. Lasciando al singolo giudice la valutazione della conformità a costituzione delle leggi, esso si è rivelato funzionale ad un sistema intensamente federale, in cui il principio di eguaglianza non ha svolto lo stesso ruolo unificante che ha invece assunto negli altri Stati federali, soprattutto europei (10).

(8) E ciò vale anche in quegli Stati federali in cui il principio di supremazia è interpretato in maniera meno rigida che non negli Stati Uniti — come è il caso del Canada o dell'Australia — e che nondimeno trova attuazione proprio nei casi concreti in cui è necessariamente il giudice a dover sciogliere il nodo della competenza. Sul punto W.J. WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary. A Comparative Study in Constitutional Law and Organization of Courts in Federal States*, The Hague, Mouton, 1959, 81 e 83.

(9) Di grande interesse la lettura di G. CALABRESI, *Federal and State Courts: Restoring a Workable Balance*, in *New York University Law Review*, 78, 4/2003, 1293, dove fin dalla prima pagina è messa in risalto la unicità del sistema giudiziario statunitense.

(10) Un interessante sguardo sui rapporti tra Corte Suprema federale e corti supreme statali negli Stati Uniti, soprattutto nell'ottica del '*new judicial federalism*', locuzione con cui si

L'affermazione dei sistemi di giustizia costituzionale segna invece un percorso diverso rispetto a quello affermato negli USA. A ragione si è osservato che l'origine del modello austriaco, il quale ha svolto la funzione di apripista per il *constitutional review*, può essere considerato come un “*mark of distrust*” nei confronti del potere giudiziario, detentore del *judicial review* nell'ordinamento statunitense (11). L'accentramento del controllo di costituzionalità si è potuto sviluppare anche in ragione di un'organizzazione del potere giudiziario sostanzialmente unitaria, in un rapporto di causa-effetto che meriterebbe un'analisi più approfondita. Come è noto, in questo sistema il giudice costituzionale, oltre a controllare la costituzionalità della legge, è chiamato a risolvere anche i conflitti interterritoriali, secondo il modello della *Staatsgerichtsbarkeit* tedesca.

Un modello ancora differente si è affermato in Svizzera in cui il Tribunale federale, pur potendosi spingere a rilevare la non conformità delle leggi federali alla Costituzione, è tenuto comunque ad applicarle. Evidentemente questa limitazione va ricollegata a una diversa tradizione giuridica in cui l'onnipotenza del legislatore e la sovranità popolare hanno trovato una diversa declinazione. A testimonianza di ciò si ricordi che nel 1939, su iniziativa popolare, si provò ad approvare una revisione costituzionale diretta a introdurre un controllo di costituzionalità su tutti gli atti del governo federale; il tentativo fu bocciato in sede di referendum popolare (12). Il Tribunale federale svolge, invece, un controllo effettivo e pervasivo sulle leggi cantonali.

1.4. L'organizzazione del giudiziario: sistemi duali e unitari.

In materia di organizzazione del potere giudiziario è possibile partire da una *summa divisio*, costituita da sistemi duali e sistemi unitari. Nei primi, all'interno dei quali possono includersi gli Stati Uniti d'America, l'Argentina, il Messico, la costituzione indica materie 'federali', per le quali è fissata la giurisdizione di tribunali federali (normalmente costituiti da una Corte federale suprema e Corti federali distribuite in ciascuno Stato membro o ricomprendenti più Stati membri). Nei secondi, all'interno dei quali possono collocarsi la Repubblica federale di Germania, il Canada, l'Australia, non c'è un riparto di

indica la (rinnovata) tendenza dei giudici statali a poggiare le proprie decisioni riguardanti diritti fondamentali sulle costituzioni statali piuttosto che sulla costituzione federale, è in A.A. TARR, *The New Judicial Federalism In Perspective*, in *Notre Dame Law Review*, 72, 4/1997, 1097 ss.

(11) A. HARDING, P. LEYLAND, T. GROPP, *Constitutional courts: forms, functions and practice in comparative perspective*, in A. HARDING, P. LEYLAND (eds), *Constitutional courts: a comparative study*, London, Wildy Simmonds & Hill, 2009, 9.

(12) WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, cit., 106.

materie a seconda del tipo di giudice ma un'organizzazione unitaria: di fatto agli Stati viene lasciata l'organizzazione giudiziaria, che può ammettere diversificazione da Stato a Stato, mentre al vertice è prevista dalla costituzione una corte o tribunale supremo (come nel caso australiano con la High Court) o (come nel caso tedesco), più corti federali diversificate per materie, aventi natura federale (13).

A ben guardare, i due modelli presentano forti differenze non solo di organizzazione giudiziaria ma anche e soprattutto di concezione del principio federale che ne sta alla base. Nel modello duale la controversia viene incardinata, a seconda della materia e del giudice avente giurisdizione, su binari che possono non incontrarsi mai: una controversia di diritto penale o civile, negli Stati Uniti, è governata dalle corti dello Stato membro in tutti i suoi gradi di giudizio, solo in alcuni casi limitati potendo essere trasposta sui binari delle Corti federali (14). Ciò vuol anche dire, visto il potere di organizzazione giudiziaria che la costituzione affida agli Stati membri, che la questione sarà giudicata da giudici dello Stato membro, vale a dire scelti o eletti da organi statali a ciò deputati. Appare di immediata evidenza la maggiore complicazione del sistema duale, in cui parti, avvocati e giudici sono chiamati a valutare con grande attenzione, ai fini della corretta instaurazione della controversia, quale sia il giudice competente.

Nei sistemi unitari il problema della determinazione del giudice, nei termini appena indicati, non si pone giacché tutte le questioni che riguardano la costituzione e le leggi federali sono risolte dai giudici statali; alla Federazione residua il potere di organizzare funzioni e composizione del Tribunale supremo/costituzionale e di adottare le discipline ordinamentali, come nel caso della Germania. Problemi quali la competenza di appello delle corti federali in materie prive di ogni valenza federale o quali la determinazione dei limiti di valore per la ricorribilità ai giudici federali (*jurisdictional amount*) oppure ancora quali gli spostamenti di giurisdizione a favore dei giudici federali nei casi

(13) In Canada l'organizzazione giudiziaria è solo federale; in Australia, invece, ad eccezione della corte suprema federale (l'High Court), la restante organizzazione è lasciata agli Stati; a quest'ultimo modello è pure riconducibile la Germania.

(14) Negli Stati Uniti d'America la gran maggioranza delle controversie si svolge davanti ai giudici statali, rimanendo presso i tribunali federali i casi riguardanti il governo degli Stati Uniti o i suoi rappresentanti, la Costituzione degli Stati Uniti o le leggi federali, le controversie tra Stati o tra Stati Uniti e governi esteri: L.R. MECHAM, *Il sistema giudiziario federale negli Stati Uniti*, pubblicazione dell'Ufficio Amministrativo dei Tribunali degli Stati Uniti, 2001, 21. A p. 23 un'utile tavola per un primo sguardo sul riparto delle materie tra tribunali statali e federali. Per uno sguardo critico sui mutamenti del delicato equilibrio verificatisi negli ultimi anni del Novecento si v. molto utilmente G. CALABRESI, *Federal and State Courts: Restoring a Workable Balance*, cit., 1295 ss.

in cui il convenuto provenga da uno Stato diverso da quello dell'attore (*citizens of different States*), tipici del sistema giudiziario statunitense, non trovano luogo nei sistemi unitari.

Normalmente è la costituzione federale che provvede alla determinazione e all'attribuzione del relativo potere istitutivo della giurisdizione. Nei modelli duali la costituzione determina, più precisamente, le sfere di giurisdizione del giudice federale e quelle dei giudici statali attraverso il ricorso a tecniche ben note, come l'elenco delle materie o le clausole residuali. Nel caso della costituzione statunitense è l'art. III, sez.1, a rimettere al Congresso la decisione sull'istituzione di altri giudici federali, oltre alla Corte Suprema (potere che fu esercitato fin dai primi anni di vigenza della costituzione).

Nei sistemi unitari, come quello tedesco, la costituzione individua le giurisdizioni superiori (Tribunale costituzionale, Corti supreme), lasciando che siano gli Stati membri ad organizzare la funzione giurisdizionale per i gradi inferiori (normalmente primo e secondo). La differenza principale sta nel fatto che non è contemplata una riserva di materie sulle quali sono solo i giudici statali a *jus dicere*. L'organizzazione sostanzialmente unitaria del potere giudiziario si accompagna all'assenza di riserve di giurisdizione a favore degli Stati (ciò non esclude che maggiore è l'autonomia legislativa degli Stati, maggiore sarà il numero di casi 'governati' dalla legislazione statale, applicata dai giudici statali nei primi gradi e dal giudice federale in ultimo grado).

Come è naturale che sia, l'organizzazione duale trova spiegazione nella storia, nella genesi del sistema federale. Se si guarda, ad esempio, agli Stati Uniti, è chiaro che essa è stato il portato del modo in cui è nata l'organizzazione federale. Nella prima fase confederale la giustizia era solo nelle mani degli Stati; a causa delle carenze della scelta confederale, si decise di passare ad un sistema in cui vi fosse un potere centrale capace di adottare norme indirizzate non solo agli Stati ma anche direttamente ai singoli. A questo punto fu giocoforza creare un sistema giudiziario federale, chiamato a far rispettare la legislazione federale (15). L'argomento storico spiega anche perché i criteri impiegati per incardinare le due diverse giurisdizioni sembrano privilegiare per lo più il giudice statale, lasciando che la giurisdizione federale risulti quasi residuale (16).

(15) ARONEY, KINCAID, *Introduction: Courts in Federale Countries*, cit., 8.

(16) M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il « judicial federalism » negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 1996, 235. Per uno sguardo d'insieme sulla funzione dell'originalismo (tendenzialmente più favorevole all'autonomia degli Stati membri) e dell'interpretazione evolutiva (tendenzialmente più favorevole alla Federazione), in alcune giurisdizioni costi-

1.5. Esiste una funzione di nomofilachia negli Stati federali?

Il modello duale, evidentemente, deve sopportare una maggiore differenziazione nella trattazione delle medesime fattispecie non solo in ragione della maggiore o minore autonomia legislativa che la costituzione lascia agli Stati membri (come accade anche nei modelli unitari), ma anche in ragione della possibile diversa formazione professionale dei giudici statali e di quelli federali nonché delle differenti interpretazioni che i giudici statali, pur soggetti all'osservanza della costituzione e delle leggi federali, possono dare delle stesse. Nel modello duale per eccellenza, quello statunitense, non sono fornite soluzioni organizzative dirette ad assicurare la funzione nomofilattica della legge all'interno dell'intero sistema federale, rimanendo così alto il rischio che le leggi federali subiscano interpretazioni differenti a seconda dello Stato e del giudice. La Corte Suprema federale, nella sua funzione di riesame delle decisioni delle giurisdizioni federali inferiori, può certo accogliere l'istanza di riesame per porre fine a contrasti interpretativi tra due o più corti d'appello, ma tale eventualità rimane casuale, esposta alla volontà delle parti (17).

Al contrario, nel caso dei modelli unitari, in particolare di quello tedesco, l'importanza della funzione nomofilattica, declinata nella forma dell'unitarietà dell'ordinamento, è maggiormente sentita prevedendosi, come si vedrà, anche soluzioni organizzative di livello costituzionale idonee ad assicurare l'assolvimento della funzione.

2. Il potere giurisdizionale tra Federazione e *Länder* nella Repubblica federale di Germania: cenni storici.

È un *Leit-Motiv* del federalismo tedesco l'intreccio tra Federazione e *Länder* nell'organizzazione della giustizia. Per un verso, la Costituzione del 1871 stabiliva che la giustizia fosse materia dei *Länder*; per l'altro, forte fu la spinta verso l'unificazione del potere giudiziario, di cui tappe significative sono le leggi del *Reich* in materia di giustizia del 21.12.1876 — la legge sull'ordinamento giudiziario (*Gerichtsverfassungsgesetz*, da ora GVG, 1877), il codice di procedura civile (*Zivilprozessordnung*, ZPO, 1877), il codice penale (*Strafprozessordnung*, StPO, 1877), la legge fallimentare (*Konkursordnung*, KO, 1877), la

tuzionali federali, si v. A. SAGAR, *Constitutional Interpretation in Federations and its Impact on the Federal Balance*, in *Perspective on Federalism*, 3, 1/2011, 5 ss.

(17) L.R. MECHAM, *Il sistema giudiziario federale negli Stati Uniti*, cit., 55.

istituzione del tribunale del Reich (*Reichsgericht*) a Lipsia il 1.10.1876 ed infine, l'approvazione del codice civile (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB, 1900) (18).

La Costituzione di Weimar assecondò la tendenza alla pluralizzazione delle giurisdizioni federali, soprattutto di natura pubblicistica (in materia elettorale con il *Wahlprüfungsgericht* nel 1920; in materia di rapporti tra poteri statali con lo *Staatsgerichtshof* nel 1921; in materia sociale con il *Reichsversorgungsgericht* nel 1922; in materia di ferrovie con il *Reichsbahngericht* nel 1924; in materia di diritto del lavoro con il *Reichsarbeitsgericht* nel 1926), tenendo fermo, all'art. 103, che « La giurisdizione ordinaria viene esercitata per mezzo dei tribunali del Reich e di quelli dei *Länder* ».

Spettò al regime nazionalsocialista il compito di rimediare alla frammentazione della giurisdizione amministrativa istituendo il Tribunale amministrativo del Reich (*Reichsverwaltungsgericht*). Nel periodo nazionalsocialista, a seguito della dissoluzione dei *Länder* nel 1934, la giurisdizione fu progressivamente accentrata (*Verreichlichung der Justiz*) (19).

La Legge fondamentale del 1949 ha proseguito in questa tradizione ordinamentale.

3. Un primo sguardo alla organizzazione costituzionale federale del potere giurisdizionale.

3.1. Il diritto di difesa: cenni.

Non sono gli articoli sul potere giurisdizionale ad assicurare un diritto alla tutela giurisdizionale. A tal fine bisogna soffermarsi sull'art. 19, c. 4, LF, secondo cui « Chiunque è leso nei suoi diritti dal potere pubblico può adire l'autorità giudiziaria. Qualora nessuna altra giurisdizione sia competente, il ricorso è proposto innanzi alla giurisdizione ordinaria ». La disposizione assicura la tutela dell'autorità giudiziaria in caso di lesione di un diritto da parte del potere pubblico (20).

Due sono le possibili interpretazioni riguardanti la locuzione 'potere pubblico': da un lato quella che vi fa rientrare i tre poteri, dall'altro quella che vi

(18) D. WILKE, *Die rechtsprechende Gewalt*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg, 2007, 3 ed., 634, n. 1.

(19) A. VORKUHLE, *Art. 95*, in H.V. MANGOLDT (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, III. München, Beck, 2018, 891, n. 10.

(20) C.D. CLASSEN, *Art. 92*, in v. MANGOLDT (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 715, n. 5.

ricomprende solo il potere esecutivo. Sembra preferibile quest'ultima perché l'istituzione parlamentare vi può rientrare, nella nozione di potere pubblico, solo a prezzo di contraddizioni sistematiche (la legge viene controllata dal Tribunale costituzionale federale e non dal giudice ordinario, che è il giudice 'naturale' delle violazioni dei diritti) (21).

3.2. Le norme principali sulla giurisdizione.

Sono tre le disposizioni costituzionali più rilevanti (22) per una prima configurazione del potere giurisdizionale: gli artt. 20, c. 2, 92 e 97 LF. Esso viene modellato attraverso i principi cardine della democrazia rappresentativa e della separazione dei poteri, dell'organizzazione federale e dell'indipendenza del giudice. Conviene anche notare in via preliminare che la LF usa una sola volta il termine 'potere giurisdizionale' (*rechtsprechende Gewalt*), all'art. 92, c. 1, preferendo ricorrere sempre al concetto di 'giurisdizione' (*Rechtsprechung*). Il testo costituzionale, inoltre, non fornisce una definizione di potere giurisdizionale, dandolo per presupposto (23). Per quanto la questione sia molto aperta in dottrina e giurisprudenza, può dirsi che la nozione prevalente di giurisdizione è quella che fa riferimento a un procedimento, regolato dal diritto, rivolto a risolvere determinate e specifiche controversie a mezzo di un giudice, terzo e neutrale rispetto alle parti, autorizzato ad adottare una decisione vincolante (24).

L'art. 20, c. 2, LF, rappresenta il cuore della democrazia parlamentare tedesca, stabilendo che «Tutto il potere statale emana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo per mezzo di elezioni e di votazioni e per mezzo di organi speciali investiti di poteri legislativo, esecutivo e giudiziario» (25).

In questa importante disposizione democrazia rappresentativa e principio della separazione dei poteri sono strettamente intrecciati. Inserito dall'art. 20, c. 2, LF, nel cuore della democrazia rappresentativa tedesca come potere statale, il potere giurisdizionale non è nella disponibilità del Legislativo, il quale, come

(21) J. IPSEN, A. K. KAUFHOLD, T. WISHMEYER, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, München, Vahlen, 2021, 233, n. 5.

(22) *Kardinalvorschriften* le definisce WILKE, *Die rechtsprechende Gewalt*, cit., 674, n. 82.

(23) S. DETTERBECK, *Art. 92*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, München, Beck, 2021, 9 ed., 1752, n. 4; WILKE, *Die rechtsprechende Gewalt*, cit., 640, n. 14.

(24) A. HENSE, *Rechtsprechungszuständigkeit*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, VI, Heidelberg, Müller, 2008, 3 ed., 812, n. 1.

(25) La traduzione non rende giustizia all'originale tedesco, che, in questo caso, non usa il termine 'potere' se non riferito al potere esecutivo: «besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung».

si vedrà, può adottare solo norme legislative di carattere organizzativo e procedimentale. Eccezioni sono contenute nell'art. 10, c. 2, periodo 2 e nell'art. 84, c. 4, periodo 1, LF (26).

La spina dorsale del potere giurisdizionale è poi rinvenibile nell'art. 92 LF, il quale — a differenza dell'art. 20, c. 2, LF, riferito solo a livello federale — si applica anche ai *Länder*. Nella versione attualmente vigente, successiva alla modifica intervenuta nel 1968, esso stabilisce che: « Il potere giurisdizionale è affidato ai giudici; esso viene esercitato dal Tribunale Costituzionale Federale, dai tribunali federali previsti nella presente Legge fondamentale e dai tribunali dei *Länder* ». C'è uno stretto legame tra gli artt. 20, c. 2, e 92 LF. Difatti, in quanto espressione della separazione dei poteri, prevista dall'art. 20 LF e protetta dalla clausola di eternità dell'art. 79, c. 3, LF, si ritiene che anche l'art. 92 LF riceva una garanzia indiretta nei confronti di revisioni costituzionali (27).

Come già si è osservato, l'art. 92 LF usa la parola 'potere' (*Gewalt*) per definire la magistratura. Inoltre la prima parte della disposizione affida tale potere ai giudici (28), che sono, dunque, i titolari del potere giurisdizionale; è da notare, tuttavia, che il potere giurisdizionale, attribuito ai giudici dalla prima parte dell'art. 92 LF, viene svolto attraverso i tribunali di cui alla seconda parte del medesimo articolo. I tribunali sono dunque la forma organizzativa attraverso cui i giudici svolgono la loro funzione (29).

La norma costituzionale fa riferimento a tribunali statali (ricomprendendo in questo aggettivo sia i tribunali della Federazione che quelli dei *Länder*), istituiti con legge; i tribunali non statali — come la giurisdizione arbitrale — non sono né permessi né vietati dall'art. 92 LF (30).

Il rapporto tra potere giurisdizionale, giudici e tribunali è sottolineato anche dall'art. 1 della legge sull'ordinamento giudiziario (GVG), secondo cui « il potere giudiziario è esercitato da tribunali indipendenti, soggetti solo alla legge ». Ai giudici e quindi ai tribunali compete dunque il monopolio giurisdizionale (*Rechtsprechungsmonopol*) (31).

L'art. 97, c. 1, LF, infine, sancisce l'indipendenza e l'esclusiva soggezione dei giudici alla legge, in collegamento con quanto dispone l'art. 20, c. 3, LF, stabilendo che « La legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il

(26) D. WILKE, *Die rechtsprechende Gewalt*, cit., 645, n. 25.

(27) H. SCHULZE-FIELITZ, *Art. 92*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, III, Tübingen, Mohr, 2018, 507, n. 67.

(28) Secondo lo stile anglosassone, osserva CLASSEN, *Art. 92*, cit., art. 92, 714, n. 4c.

(29) D. WILKE, *Die rechtsprechende Gewalt*, cit., 642, n. 18.

(30) CLASSEN, *Art. 92*, cit., 728, n. 41; S. DETTERBECK, *Art. 92*, cit., 1757, n. 28; SCHULZE-FIELITZ, *Art. 92*, cit., 498, n. 50.

(31) D. WILKE, *Die rechtsprechende Gewalt*, cit., 645, n. 24.

potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge e al diritto ». La garanzia si estende a tutti coloro che esercitano la funzione giurisdizionale (giudici laici, onorari, con incarichi temporanei, come nel caso previsto dagli artt. 17 e 18 della legge sul processo amministrativo — da ora VwGO — per l'ipotesi di momentaneo fabbisogno dell'amministrazione giudiziaria amministrativa).

Indipendenza e soggezione alla legge sono strettamente collegati nel senso che l'indipendenza permette al giudice di far dipendere la sua decisione solo dalla legge, la quale funge, così, sia da limite che da unico parametro decisionale (32). L'inamovibilità dei giudici, prevista nell'art. 97, c. 2, LF, rafforza infine, dal punto di vista istituzionale, l'indipendenza sostanziale dei giudici (33).

A completamento della disciplina costituzionale del giudice conviene richiamare, per la sua rilevanza, l'art. 101, c. 1, LF, il quale stabilisce che: « Non sono ammessi tribunali straordinari. Nessuno può essere sottratto al giudice precostituito per legge ». Il riferimento alla legge, contenuto nella disposizione in esame, è stato declinato in senso decisamente favorevole alla Federazione (34). Tale riserva, riguardante l'organizzazione e la distribuzione delle funzioni, è stata intesa in senso formale.

La disposizione, nella sua seconda parte, contiene un diritto fondamentale (35). Per giudice va inteso sia il singolo giudice sia il collegio giudicante; in ogni caso il concetto di giudice tiene insieme sia l'aspetto formale che quello funzionale, essendo tale il funzionario pubblico che, per volontà statale, viene chiamato ad esercitare il potere giurisdizionale (36).

A tale proposito l'art. 98 LF differenzia la posizione dei giudici da quella degli altri funzionari pubblici, assegnando loro uno *status* particolare, che non trova disciplina nella normativa generale sui pubblici dipendenti (*Beamtengesetz*), bensì in una specifica disciplina legislativa (37). Il secondo comma dell'art. 98 LF disciplina anche l'azione disciplinare nei confronti del giudice federale che abbia violato i principi della Legge fondamentale ovvero l'ordinamento costituzionale di un Land. Il coinvolgimento del Tribunale costituzionale

(32) C.D. CLASSEN, *Art. 97*, in MANGOLDT (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 928, nn. 5-6.

(33) S. DETTERBECK, *Art. 97*, in SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 1825, n. 22.

(34) BVerfGE 19,52, (59).

(35) C. DEGENHART, *Art. 101*, in SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 1842, n. 4.

(36) M. KMENT, *Art. 101*, in H.D. JARASS, M. KMENT (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck, 2020, 16 ed., 1121, n. 2; SCHULZE-FIELITZ, *Art. 92*, cit., 500, n. 54.

(37) S. DETTERBECK, *Art. 98*, in SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 1828, n. 2.

federale e del *Bundestag* lascia chiaramente intendere che la previsione è diretta a tutelare l'ordinamento liberal-democratico della Repubblica (38).

3.3. Il concreto riparto delle funzioni statali, con particolare riguardo alla funzione giurisdizionale.

L'art. 30 LF stabilisce che « L'esercizio delle competenze statali e l'adempimento dei compiti statali spettano ai *Länder*, a meno che la presente Legge fondamentale non disponga altrimenti o non consenta una diversa regolazione ». La presunzione di competenza a favore dei *Länder* (39), diretta ad evitare sovrapposizione di competenze, subisce deroghe esclusivamente nei casi in cui siano previste dalla Costituzione. E deroghe sono presenti appunto negli artt. 73 e 74 LF che prevedono la competenza esclusiva e concorrente della Federazione. Nei casi eccezionali in cui le competenze della Federazione e dei *Länder* siano strettamente intrecciate, trova poi applicazione la regola dell'art. 31 LF per cui il diritto federale prevale su quello dei *Länder* (40).

Di fatto, l'attuazione di tale disposizione ha assunto una forma particolare che ha visto, da un lato, la concentrazione della funzione legislativa presso la Federazione e, dall'altro, la concentrazione della funzione di attuazione della legge presso i *Länder* (con alcune eccezioni di cui all'art. 87 LF). In pratica la Federazione ha utilizzato, in maniera accentuata, tutte le competenze legislative, scritte e non scritte, che la Costituzione le riconosce. Tale polarizzazione delle funzioni, già *in nuce* al momento della formazione dello Stato tedesco, è riassunta nella formula del 'federalismo d'esecuzione'.

A questo schema, almeno da un punto di vista generale, non si sottrae neppure la funzione giurisdizionale. Nel titolo IX della costituzione tedesca, dedicato alla giurisdizione (*Die Rechtsprechung*), gli artt. 92 e seguenti incastrano, per così dire, la funzione giurisdizionale dentro la forma federale (41).

Come si è visto, l'art. 92 LF dispone che il potere giurisdizionale viene esercitato dal Tribunale costituzionale federale, dai tribunali federali previsti dalla LF e dai tribunali dei *Länder*. Mentre su questi ultimi — dettaglio importante per la ricostruzione dell'autonomia dei *Länder* — la Costituzione

(38) S. DETTERBECK, *Art. 98*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 1830, nn. 12-13.

(39) Per altri solo una direttiva interpretativa favorevole ai *Länder*: in tal senso M. SCHUBERT, *Art. 30*, in SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 986, nn. 7-9, che ragiona di *länderfreundliche Auslegungsrichtlinie*.

(40) M. KMENT, *Art. 30*, in JARASS, KMENT (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, cit., 698, n. 7.

(41) SCHULZE-FIELTZ, *Art. 92*, cit., 506, n. 63.

non fornisce ulteriori indicazioni, essa si occupa più da vicino delle Corti e dei Tribunali federali: negli artt. 93 e 94 LF si trova la disciplina delle competenze e della composizione del Tribunale costituzionale federale, nell'art. 95 LF sono previsti le Corti supreme della Federazione, nell'art. 96 LF si offre la possibilità alla Federazione di istituire anche altri tribunali federali.

Dunque, al di là di queste scarse previsioni, il resto dell'organizzazione del potere giurisdizionale è rimesso ai *Länder* in coerenza con l'art. 30 LF. Va però rammentato, secondo quanto già osservato, che la disciplina legislativa della funzione è attribuita dalla Costituzione al legislatore federale. Per quanto con funzioni e competenze differenti, può ben dirsi, con Klaus Stern (42), che la giurisdizione è un compito comune della Federazione e dei *Länder*.

4. Il riparto della potestà legislativa tra Federazione e *Länder* in materia giudiziaria.

Conviene ora dare uno sguardo al concreto riparto delle competenze legislative in materia giurisdizionale. Anche su questo profilo l'organizzazione federale dello Stato tedesco svolge infatti un ruolo rilevante.

In particolare, l'art. 70, c. 1, LF, sviluppa il principio organizzativo stabilito dall'art. 30 sul versante della funzione legislativa, stabilendo che «I *Länder* hanno il diritto di legiferare nella misura in cui la presente Legge fondamentale non riservi alla Federazione le competenze legislative».

Passando dal piano dei principi organizzativi alla concreta disciplina della funzione legislativa, la disposizione di riferimento è rappresentata dall'art. 72, cc. 1-2, LF, che, nel dare forma alla potestà legislativa concorrente, stabilisce, in via preliminare, che «nell'ambito della competenza legislativa concorrente, i *Länder* hanno il potere di legiferare solo fino a quando e nella misura in cui la Federazione non abbia esercitato con una legge la propria competenza legislativa». Il secondo comma individua le condizioni al ricorrere delle quali la Federazione può intervenire nell'ambito della potestà legislativa concorrente, vale a dire «quando e nella misura in cui la realizzazione di equivalenti condizioni di vita nel territorio federale o la tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato nel suo complesso, rendano necessaria una disciplina legislativa federale». È ben noto che la Federazione ha fatto larghis-

(42) K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, II, München, Beck, 1980, 394.

simo uso di questa abilitazione, intestando a se stessa la larghissima parte della legislazione sulle materie rientranti nella potestà legislativa concorrente (43).

Di rilievo centrale per l'organizzazione giudiziaria è proprio il primo titolo dell'art. 74 LF, che include nella legislazione concorrente « il diritto civile, il diritto e l'esecuzione penale, l'ordinamento giudiziario e la procedura, l'avvocatura, il notariato e la consulenza legale ». Particolarmente rilevante per la corretta individuazione delle materie del diritto civile e penale è il fattore tradizionale in quanto criterio interpretativo dei rispettivi ambiti materiali (44). Accanto al diritto civile, e quindi alla disciplina giuridica dei rapporti intersoggettivi, e penale, e quindi alla disciplina della reazione statale, repressiva o preventiva, a fatti criminali (*Straftaten*) (45), l'art. 74 LF indica anche il diritto del lavoro e l'ordinamento dell'impresa (al numero 12 dell'elenco) e la legislazione economica (al numero 11). A ciò si aggiunga che l'art. 73 LF, dedicato alla potestà legislativa esclusiva della Federazione, a questa attribuisce anche le materie della proprietà industriale e intellettuale e quella dell'editoria, sicché poco o nulla residua ai *Länder* in materia di ordinamento civile. La Federazione ha fatto un uso intenso delle proprie competenze anche in materia penale.

È sempre l'art. 74, c. 1, n. 1, LF, ad inserire nella legislazione concorrente « l'ordinamento giudiziario e la procedura » (46). La materia abbraccia tutti i procedimenti giurisdizionali: civile, penale, amministrativo, finanziario e tributario, sociale e del lavoro, con esclusione del processo costituzionale. Di fatto la Federazione ha proceduto alla determinazione degli ambiti competenziali, territoriali, materiali e funzionali che si fanno rientrare nel concetto di ordinamento giudiziario di cui all'art. 74, c. 1, n. 1, LF; ai *Länder* spetta invece l'istituzione dei singoli tribunali (che non si estende, ovviamente, a quelli federali in base ad una competenza per natura della cosa) e il riparto delle competenze territoriali tra i tribunali.

Può quindi dirsi che, seguendo lo schema generale del federalismo tedesco, anche per quanto riguarda la funzione giurisdizionale la legislazione di carattere generale spetta alla Federazione, mentre l'attività di esecuzione e l'attuazione rientra nella sfera competenziale dei *Länder*.

(43) H. SCHULZE-FIELITZ, *Art. 92*, cit., 506, n. 64.

(44) C. DEGENHART, *Art. 74*, in SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 1389-1340, nn. 4 e 10.

(45) M. KMENT, *Art. 74*, in JARASS, KMENT (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, cit., 907, n. 5.

(46) Vale a dire, il 'Gerichswesen' (KMENT, *Art. 74*, cit., 907, n. 8) e l'organizzazione dei tribunali (anche dei *Länder*).

5. Il potere giurisdizionale della Federazione.

5.1. Le Corti federali obbligatorie.

La struttura fondamentale della giurisdizione federale è fornita dagli artt. artt. 95 e 96, cui possono affiancarsi gli artt. 93 e 94 riguardanti il Tribunale costituzionale federale.

L'art. 95 LF contiene un *numerus clausus* delle Corti supreme federali (47), che risultano quindi insopprimibili da parte del legislatore ordinario (48): per la giurisdizione civile e penale, la Corte federale (*Bundesgerichtshof*), con sede a Karlsruhe (ma due sezioni penali sono a Lipsia); per la giurisdizione amministrativa, il Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*), con sede a Lipsia; per la giurisdizione finanziaria la Corte finanziaria federale (*Bundesfinanzhof*), con sede a Monaco; per la giurisdizione del lavoro, il Tribunale federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht*), con sede a Erfurt; e per la giurisdizione sociale il Tribunale sociale federale (*Bundessozialgericht*), con sede a Kassel.

I Tribunali di cui all'art. 95 LF sono qualificati dalla medesima disposizione quali Corti supreme (nonostante il già segnalato differente tenore letterale), con ciò lasciando intendere che esse sono preposte alla decisione finale delle controversie (49). E tuttavia, come si dirà, questa non è necessariamente la loro unica funzione.

Le Corti supreme federali non sono organi costituzionali, non avendo competenze originarie o comunque non modificabili dal legislatore ordinario (50). Organo costituzionale è invece solo il Tribunale costituzionale federale, come lo sono anche i Tribunali costituzionali dei *Länder* (51). Le cinque Corti supreme sono equiordinate (52).

Appare utile rilevare, nel modo in cui sono distribuite le sedi dei diversi tribunali federali, un tratto caratteristico del federalismo tedesco, affezionato all'idea che la distanza dei tribunali dai centri del potere politico possa rafforzare la loro autonomia e indipendenza. In coerenza con tale orientamento, dopo la riunificazione si è provveduto a una ricollocazione geografica delle Corti

(47) IPSEN, KAUFHOLD, WISHMEYER, *Staatsrecht*, cit., 197, n. 1.

(48) H. SCHULZE-FIELITZ, *Art. 95*, in DREIER (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 593, n. 17.

(49) VORKUHLE, *Art. 95*, cit., 898, n. 27.

(50) SCHULZE-FIELITZ, *Art. 95*, cit., 592, n. 6; VORKUHLE, *Art. 95*, cit., 898, n. 26.

(51) WILKE, *Die rechtsprechende Gewalt*, cit., 639, n. 10.

(52) DETTERBECK, *Art. 92*, cit., 1812, n. 11; VORKUHLE, *Art. 95*, cit., 897, n. 25.

supreme: la sede del Tribunale amministrativo federale è stata trasferita da Berlino a Lipsia; e anche il Tribunale federale del lavoro è stato spostato da Kassel a Erfurt. Si è pure molto discusso se spostare la Corte federale da Karlsruhe (sede, come è noto, anche del Tribunale costituzionale federale) a Lipsia (rinunziandovi poi sulla base dell'argomento che Karlsruhe era e rimane il simbolo dell'avvio della nuova Repubblica).

La creazione di più giurisdizioni settoriali fu voluta dalle potenze alleate (53). Nella sua versione originale l'art. 95 LF prevedeva l'istituzione di un 'super tribunale' federale diretto a tutelare l'unità del diritto federale, posto al di sopra delle cinque Corti federali. L'attuale configurazione della disposizione è il frutto della sedicesima revisione costituzionale intervenuta con la legge del 18.6.1968 (54).

Altre corti federali non possono essere previste o istituite dal legislatore federale, cui è affidata la loro concreta disciplina (55). Essendo esplicitamente previste in Costituzione, l'abolizione o il raggruppamento delle corti supreme richiederebbe una revisione costituzionale.

La separazione materiale delle cinque giurisdizioni rafforza la separazione dei poteri, operando un ulteriore frazionamento del potere giurisdizionale (56) orientato alla specializzazione e alla qualità del *jus dicere* (57).

Inoltre, in quanto espressamente previste come supreme, tali Corti presuppongono l'esistenza di istanze subordinate (58), generalmente in numero di due. Può anzi osservarsi, con maggiore analiticità, che l'art. 95 LF predetermina, in qualche modo, l'organizzazione giudiziaria dei *Länder*, ripartendola per cinque settori materiali. In sostanza, non sarebbe immaginabile un'organizzazione giudiziaria, all'interno del singolo *Land*, che non fosse costruita sulla falsariga delle cinque grandi ripartizioni materiali indicate nell'art. 95 LF.

5.2. La funzione nomofilattica (l'unitarietà dell'ordinamento).

Normalmente le Corti federali agiscono come giurisdizione di revisione, sicché il loro controllo si estende alle sole questioni di diritto. Agendo in ultima istanza e avendo come parametro il diritto federale, esse favoriscono una applicazione uniforme di quest'ultimo.

(53) SCHULZE-FIELITZ, *Art. 92*, cit., 589, n. 6.

(54) 16. *Gesetz zur Änderung des GG*, 18.6.1968.

(55) SCHULZE-FIELITZ, *Art. 95*, cit., 592, n. 14.

(56) VORKUHLE, *Art. 95*, cit., 889, n. 4.

(57) SCHULZE-FIELITZ, *Art. 95*, cit., 595, n. 21.

(58) IPSEN, KAUFHOLD, WISHMEYER, *Staatsrecht*, cit., 198, n. 4; SCHULZE-FIELITZ, *Art. 95*, cit., 595, n. 19.

E si tratta di una funzione molto rilevante per almeno due ordini di motivi. In primo luogo, riprendendo quanto già osservato a proposito della polarizzazione delle funzioni legislativa ed esecutiva, va ricordato che la Federazione ha scarsi poteri di influenza sull'attività amministrativa, lasciata nelle mani dei *Länder*. Non bisogna tuttavia credere che la funzione amministrativa sia completamente sottratta al controllo giurisdizionale federale. Occorre infatti precisare che, soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo, le controversie, pur vertendo soprattutto su questioni regolate dal diritto dei *Länder*, non sono del tutto sottratte alle Corti federali: nei casi in cui si discute se il diritto federale sia stato leso dall'applicazione del diritto dei *Länder*, si apre infatti la possibilità di intervento del Tribunale amministrativo federale a tutela del diritto federale. Inoltre, in casi eccezionali, le Corti federali si pronunciano sull'applicazione del diritto dei *Länder* quando questi attribuiscono loro tale competenza attraverso legge. Una simile attribuzione è presente nell'art. 99 LF (59); la sua *ratio* sta nel fatto che il potere giurisdizionale rappresenta un tutto unitario dal punto di vista materiale. I *Länder* hanno fatto uso di questa abilitazione attraverso accordi di diritto pubblico, come nel caso dell'accordo statale sulla radiotelevisione.

In secondo luogo, gran parte del diritto civile e commerciale, per quanto di origine federale dal punto di vista legislativo, viene poi amministrato, dal punto di vista giudiziario, da tribunali dei *Länder*, con il conseguente rischio di una frammentazione applicativa dal punto di vista territoriale. Rispetto a tali caratteristiche del sistema la tutela dell'unità giuridica assicurata dalle Corti supreme federali assume un ruolo determinante.

Ciò premesso, l'art. 95, c. 3, LF, come modificato nel 1968, prevede che « per assicurare l'unitarietà (*Einheitlichkeit*) della giurisprudenza deve essere costituita una Sezione Comune (*Gemeinsamer Senat*) dei tribunali menzionati nel primo comma. Una legge federale regola i particolari ». La materia è più dettagliatamente disciplinata da una legge *ad hoc* del 19.6.1968 (60). La Sezione Comune ha sede in Karlsruhe ed è composta dai presidenti delle cinque Corti supreme federali, dai vicepresidenti e da un membro di ciascuna Corte.

La Sezione Comune interviene allorché si creino divergenze interpretative tra le diverse Corti supreme in relazione al diritto federale (c.d. *Aussendivergenz*); la decisione della Sezione Comune è vincolante.

Se, invece, le divergenze insorgono tra sezioni della stessa Corte (*Innendivergenz*), interviene la Grande Sezione (*Grosse Senat*) della singola Corte, alla

(59) BVerfGE 10, 285 (292).

(60) *Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes*.

cui decisione devono attenersi le altre sezioni. L'art. 132, c. 4, GVG, prevede che, in caso di questione di grande rilievo, una Sezione può anche far ricorso alla Grande Sezione se ciò è necessario per lo sviluppo dell'ordinamento giuridico (*Fortbildung des Rechts*). È forse questa la più rilevante funzione nomofilattica presente nell'ordinamento tedesco, capace di scalfire anche il principio della soggezione alla legge, tutte le volte in cui l'imperfezione della legge chiede l'intervento sussidiario e integrativo del giudice.

La Sezione Comune si riunisce molto raramente: l'interpretazione e la prassi hanno cercato di evitare il ricorso a questo organo (c.d. *horror pleni*), che ha quindi un rilievo pratico molto limitato (61).

5.3. Il procedimento di nomina dei giudici.

Altro caratteristico tratto delle Corti supreme federali è la modalità di selezione dei giudici, i quali sono scelti, a tenore dell'art. 95, c. 3, LF, dal ministro federale competente per materia, « di concerto con una Commissione per la scelta dei giudici, composta dai ministri dei *Länder* competenti per la materia stessa e di un pari numero di membri eletti dal *Bundestag* »

A proposito di tale opzione, va osservato che già prima della Seconda guerra mondiale esisteva una tradizione di selezione dei giudici attraverso la partecipazione popolare e politica soprattutto a Brema e poi, dopo la fine del secondo conflitto mondiale, anche nell'Assia. Alla legge del 25.8.1950 sulla selezione dei giudici (*Richterwahlegesetz*, RiWG) è stato assegnato il compito di attuare la scelta costituzionale, decisamente orientata al principio democratico.

Il ministro federale competente è, nel caso della Corte federale, del Tribunale amministrativo e della Corte finanziaria federale, il ministro della giustizia, mentre nel caso del Tribunale federale del lavoro e del Tribunale sociale federale è il ministro per il lavoro e gli affari sociali.

All'interno della Commissione siedono i sedici ministri dei *Länder*, competenti a seconda della giurisdizione cui apparterrà il giudice o i giudici da nominare. Si tratta quindi di una composizione variabile. Quanto ai restanti membri, essi sono scelti, in ugual numero rispetto al numero dei componenti di estrazione governativa (62), dal *Bundestag* con sistema elettorale proporzionale (63); tali membri non devono essere membri del *Bundestag*.

Il procedimento di selezione è disciplinato dagli artt. 10 e ss. RiWG. Le proposte possono provenire dal Ministro federale e da singoli membri della Com-

(61) HENSE, *Rechtsprechungszuständigkeit*, cit., 822, n. 21; SCHULZE-FIELITZ, *Art. 95*, cit., 603, n. 35; VOSKUHL, *Art. 95*, cit., 905, n. 46.

(62) Art. 2 RiWG.

(63) Art. 5, c.1 RiWG.

missione. Prima della votazione viene ascoltato il Presidente o il Consiglio di presidenza della Corte suprema alla quale dovrà afferire il candidato. La Commissione decide con voto segreto e a maggioranza (64). La deliberazione della Commissione deve essere condivisa dal Ministro federale; in assenza di accordo non si considera avvenuta la scelta, come si ricava indirettamente dalla lettura dell'art. 13 RiWG). Attraverso questa collaborazione tra il collegio e il ministro federale si intende coniugare il principio democratico con quello federale (65).

Indubbiamente, visto il modo di selezione, i partiti giocano un ruolo evidente nel procedimento di selezione (66). Negli anni sono state mosse non poche critiche al descritto criterio di selezione, proponendosi come alternativa il criterio previsto dall'art. 94 per i giudici costituzionali ovvero la maggioranza dei due terzi. Rimane l'obiezione, molto sentita in Germania, che la nomina dei giudici federali è un atto politico sicché l'influenza dei partiti politici può essere limitata ma non eliminata (67).

Intervenuta validamente la deliberazione della Commissione, la nomina è atto spettante al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 60, c. 1, LF, il quale esercita un controllo di sola legittimità.

5.4. L'efficacia delle sentenze delle Corti federali.

Le sentenze delle Corti supreme federali hanno efficacia limitata al caso concreto. Spesso però, soprattutto se si tratta di questioni controverse importanti, la sentenza rappresenta un precedente influente, pur se privo di effetti vincolanti. In ragione di ciò si assiste, nel campo dell'amministrazione finanziaria e tributaria, all'adozione di circolari ministeriali dirette a impedire effetti vincolanti e generalizzati a determinate interpretazione giurisprudenziali (*Nichtanwendungserlasse*). A rafforzare tale prassi dà un contributo anche il legislatore federale che, al fine di impedire un effetto interpretativo diffuso a decisioni giurisprudenziali riguardanti soprattutto leggi tributarie, interviene con provvedimenti legislativi in modificazione degli stessi (68).

5.5. I Tribunali federali facoltativi.

La LF menziona però altri tribunali federali, che non vanno confusi con quelli appena esaminati. Si allude ai tribunali federali previsti dall'art. 96 LF,

(64) Art. 12, c. 1, RiWG.

(65) SCHULZE-FIELITZ, *Art. 95*, cit., 599, n. 29.

(66) SCHULZE-FIELITZ, *Art. 95*, cit., 600, n. 31.

(67) VORBUHLE, *Art. 95*, cit., 904, n. 41.

(68) WILKE, *Die rechtsprechende Gewalt*, cit., 659-660, nn. 53 e 55.

che hanno una giurisdizione molto più limitata, di tipo tecnico, come nel caso del Tribunale federale per le questioni concernenti la tutela della proprietà industriale (*Bundespatentgericht*), o settoriale, come nel caso dei Tribunali militari (*Truppendienstgerichte*). La LF li prevede ma ha lasciato alla Federazione la scelta sul se istituirli, come si evince dall'uso del verbo modale 'potere'; in ogni caso essi sono chiamati ad occuparsi di materie rientranti nell'esclusiva competenza della Federazione.

Si noti che il testo costituzionale, solo con riguardo alla Corte federale e alla Corte finanziaria federale, usa una terminologia idonea a indicare il rango dei due tribunali (Hof), mentre per gli altri tre tribunali usa una terminologia che non distingue le entità in questione dagli altri tribunali federali (il termine comune è sempre '*Gericht*'), sicché solo l'interpretazione sistematica permette un'effettiva distinzione: nell'art. 95 LF sono disciplinate le Corti supreme, nell'art. 96 cc. 1, 2 e 4, sono individuati gli altri Tribunali federali (69).

Il Tribunale federale per le questioni concernenti la tutela della proprietà intellettuale ha sede in Monaco. Ad esso può ricorrersi contro le decisioni dell'Ufficio tedesco dei brevetti (artt. 66 ss. *Markengesetz* del 25.10.1994), istituito ai sensi dell'art. 87, c. 3, LF. Un punto spesso discusso riguarda la natura del Tribunale in esame, se esso vada cioè considerato un tribunale specializzato della giurisdizione civile ovvero di quella amministrativa: la risposta più convincente è quella che ritiene trattarsi di una giurisdizione ulteriore, visto che essa viene ricavata in maniera autonoma rispetto alle norme che regolano le giurisdizioni civile e amministrativa (70). È tuttavia la Corte federale, in evidente funzione di unità ordinamentale (71), a fungere da Corte suprema nei confronti di questa giurisdizione speciale, secondo quanto stabilisce l'art. 96, c. 3, LF (72). Quanto al futuro di questo Tribunale, molto dipenderà dagli sviluppi del diritto dell'Unione europea che spinge verso la istituzione di un Tribunale europeo in materia di brevetti (73).

L'art. 96, c. 4, LF, permette alla Federazione di istituire « per le persone che stanno con la medesima in rapporti di servizio di diritto pubblico, degli appositi tribunali federali per la decisione dei procedimenti disciplinari e dei reclami ». La disposizione è pensata soprattutto per i dipendenti pubblici (federali) e per i militari. Dopo l'abolizione del tribunale per i procedimenti disciplinari dei dipendenti pubblici, la materia è stata assegnata ai tribunali amministrativi dei

(69) IPSEN, KAUFHOLD, WISHMEYER, *Staatsrecht*, cit., 198, n. 5.

(70) VORKUHLE, *Art. 96*, in v. MANGOLDT (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 911-2, n. 8.

(71) VORKUHLE, *Art. 96*, cit., 916, n. 16.

(72) S. DETTERBECK, *Art. 96*, in SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, cit., 1815-1816, nn. 6-7.

(73) HENSE, *Rechtsprechungszuständigkeit*, cit., 835, n. 51.

Länder (74). I tribunali militari (*Truppendienstgerichte*) sono invece rimasti attivi con riguardo ai procedimenti disciplinari (75). In entrambi i casi il Tribunale amministrativo federale svolge funzioni di appello e di cassazione con sezioni *ad hoc* (76).

La Federazione non ha invece fatto uso dell'abilitazione costituzionale a istituire tribunali penali militari per le forze armate, prevista dall'art. 96, c. 2, LF, sicché i reati militari rientrano nell'ambito della giurisdizione ordinaria dei *Länder* (77).

In materia di crimini di guerra e di difesa dello Stato, infine, l'ultimo comma dell'art. 96 LF prevede che «una legge federale, con l'approvazione del *Bundesrat*, può prevedere che dei tribunali dei *Länder* esercitino la giurisdizione della Federazione per i procedimenti penali nelle materie di cui al comma primo dell'articolo 26 e della difesa dello Stato». Dall'art. 96, c. 5, LF, si ricava inoltre che il perseguimento dei delitti ivi menzionati spetta alla Federazione; si tratta di crimini di guerra, di delitti di diritto internazionale criminale e di delitti riguardanti la difesa dello Stato. Resta infatti ferma la competenza del Procuratore generale federale nell'esercizio dell'azione penale e del Presidente della Repubblica con riguardo al potere di grazia. In questi casi il tribunale competente in primo grado è la Corte federale; tuttavia, al fine di offrire un secondo grado, nel 1969 tale competenza è stata delegata ai Tribunali superiori dei *Länder* (*Oberlandesgerichte*) (78). Essi esercitano così una competenza della Federazione secondo quanto previsto dall'art. 95, c. 5, LF.

6. Il potere giurisdizionale dei *Länder*.

L'effetto conformativo dell'art. 95 LF e l'ampio uso della propria potestà legislativa da parte della Federazione hanno fatto sì che i *Länder* organizzassero i propri tribunali secondo lo schema generale fornito proprio dall'art. 95 LF. L'influenza del quadro normativo federale ha condizionato anche l'articolazione dei diversi gradi di giurisdizione, i principi di organizzazione interna, la composizione interna degli organi giurisdizionali interni

I tribunali dei *Länder* decidono applicando sia il diritto federale che il diritto dei *Länder*. Dunque essi conoscono e applicano il diritto federale, anche

(74) Art. 45 della legge sui procedimenti disciplinari riguardanti gli impiegati federali — *Bundesdisziplinalgesetz*, BDG — del 9.7.2001.

(75) Art. 69 dell'ordinamento disciplinare della difesa — *Wehrdisziplinarordnung*, WDO — del 16.8.2001.

(76) Artt. 69 e 70 BDG e 80 e 115 WDO.

(77) VORBUHLE, *Art. 96*, cit., 915, n. 15.

(78) Art. 120 GVG.

se l'interpretazione di ultima istanza è lasciata alla Federazione. Va però osservato che normalmente sono i tribunali dei *Länder* a decidere in ultima istanza sul diritto federale, giacché i processi si interrompono per lo più dinanzi ai loro tribunali o perché, nel caso specifico, non è data la via del ricorso in revisione o perché il tribunale di revisione è il tribunale superiore del *Land*. In questo modo i tribunali dei *Länder* contribuiscono allo sviluppo dell'ordinamento giuridico.

L'organizzazione fondamentale gerarchica della giurisdizione impedisce l'insorgere di conflitti di competenza tra le giurisdizioni federali e quelle dei singoli *Länder*. Essendo i primi gradi di giudizio rimessi alla potestà organizzativa dei *Länder* (salvo i pochi casi in cui a pronunciarsi in prima istanza sono le Corti federali), la possibilità di un conflitto di competenza tra questi due ordini di giurisdizione è da escludere. I possibili conflitti tra tribunali dei *Länder* — si pensi alle ipotesi di conflitti legati alla competenza territoriale — sono, invece, risolti dalle Corti federali.

7. La concreta organizzazione delle cinque giurisdizioni tra Federazione e *Länder*.

7.1. Premessa.

A determinare materialmente gli ambiti giurisdizionali provvede, come si è visto, l'art. 95, c. 1, LF, in coerenza con la storia e la tradizione dell'ordinamento tedesco. In ogni caso tale tendenziale predeterminazione lascia al legislatore federale una notevole discrezionalità nell'attribuzione di specifiche materie ad una giurisdizione piuttosto che ad un'altra (79).

La concreta determinazione degli ambiti delle rispettive giurisdizioni è affidata alla legge federale. A questa spetta anche la determinazione delle competenze territoriali (c.d. *Gerichtsbezirke*). Al di sotto di tale livello intervengono poi i provvedimenti organizzativi dei singoli collegi giudicanti (*Geschäftsverteilungspläne*).

Come si vedrà, tendenzialmente in ognuna delle cinque giurisdizioni sono assicurati almeno due gradi di giudizio, anche se l'art. 95, c. 1, LF, non esclude la possibilità che le Corti supreme funzionino come giudice di primo grado.

(79) HENSE, *Rechtsprechungszuständigkeit*, cit., 820, n. 17.

Questa ultima evenienza può giustificarsi al cospetto di questioni aventi un ambito sovraregionale o di interesse generale (80).

7.2. La giurisdizione ordinaria.

La giurisdizione ordinaria, che si occupa di controversie civili e penali (81), è strutturata in maniera differente rispetto alle altre. La giurisdizione ordinaria è tendenzialmente ordinata su tre gradi, anche se non mancano eccezioni (82). Sono difatti competenti in primo grado non solo i tribunali distrettuali (*Amtsgerichte*) ma anche i tribunali del *Land* (*Landsgerichte*): sono le disposizioni contenute nel GVG a individuare le rispettive competenze, in base, per lo più, al valore della controversia.

Contro le sentenze di questi due tribunali è sempre possibile l'appello, a condizione che il valore della causa superi i 600 euro oppure sia ammesso dal tribunale di provenienza. Il tribunale di appello è il tribunale del *Land* (*Landsgericht*) se la controversia arriva dal tribunale distrettuale (*Amtsgericht*); se invece la controversia arriva dal tribunale del *Land* (*Landsgericht*), la competenza è del tribunale superiore del *Land* (*Oberlandsgericht*). In appello non possono proporsi nuovi motivi, ma la conoscenza del giudice si estende al fatto.

La sentenza di appello è ricorribile in revisione (Revision) dinanzi alla Corte federale se ciò è ammesso dal tribunale di appello. Normalmente l'accesso alla revisione si ammette se la questione è di notevole rilievo ovvero se lo richiedono lo sviluppo dell'ordinamento giuridico (*Fortbildung des Rechts*) o la necessità di garantire l'unità della giurisprudenza. Se il tribunale di appello non ammette la revisione, è possibile ricorrere alla Corte federale contro il diniego. In sede di revisione la Corte conosce solo le questioni di diritto. In genere la controversia non è risolta dalla Corte federale in via definitiva, bensì attraverso il rinvio al giudice di appello (con possibilità di una nuova revisione).

Nel settore penale sono tribunali di primo grado il tribunale distrettuale o il tribunale del *Land*. Se la controversia si è svolta dinanzi al Tribunale del *Land*, è possibile ricorrere dinanzi alla Corte federale (*Bundesgerichtshof*); contro le sentenze di primo grado del tribunale distrettuale è possibile invece ricorrere in appello davanti al tribunale del *Land* oppure è possibile procedere, per salto, con il ricorso in revisione (al posto dell'appello si va direttamente in revisione).

(80) HENSE, *Rechtsprechungszuständigkeit*, cit., 819, n. 16.

(81) « alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten » recita l'art. 13 GVG.

(82) Artt. 511, 542, c. 1, ZPO.

7.3. La giurisdizione amministrativa.

Nella giurisdizione amministrativa, che si occupa delle controversie a carattere pubblicistico (83), i tribunali amministrativi (*Verwaltungsgerichte*) rappresentano la prima istanza (84); i tribunali di appello sono i Tribunali amministrativi superiori (*Oberverwaltungsgerichte*; in alcuni *Länder* chiamati *Verwaltungsgerichtshöfe*) (85); al Tribunale amministrativo federale è attribuita l'istanza di revisione (86) nei confronti delle decisioni dei Tribunali amministrativi superiori, a condizione che il ricorso sia stato ammesso dal Tribunale amministrativo superiore oppure che in tal senso si pronunci il Tribunale amministrativo federale su ricorso avverso il diniego del Tribunale amministrativo superiore. Col ricorso in revisione possono essere fatte valere solo violazioni di diritto federale.

Il Tribunale amministrativo federale decide come giudice di unica e ultima istanza in alcuni casi specifici, ad esempio in caso di conflitti interfederali e di carattere non costituzionale tra Federazione e *Länder* oppure tra *Länder*.

7.4. Le giurisdizioni sociali e del lavoro.

Una organizzazione simile a quella amministrativa ispira sia la giurisdizione sociale (87) (che può essere considerata un giudice amministrativo specializzato), suddivisa in Tribunali sociali (*Sozialgerichte*), Tribunali sociali del Land (*Landessozialgerichts*) e Tribunale sociale federale (*Bundessozialgericht*) (88), sia la giurisdizione del lavoro, che si occupa delle controversie giuridiche tra datori e prestatori di lavoro (89), organizzata in Tribunali del lavoro (*Arbeitsgerichte*), Tribunali del lavoro del Land (*Landesarbeitsgerichte*) e Tribunale de lavoro federale (*Bundesarbeitsgerichte*) (90).

7.5. La giurisdizione finanziaria.

La giurisdizione finanziaria, che può essere considerata anch'essa come una

(83) « öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlichen Art » recita l'art. 40 VwGO.

(84) Art. 45 VwGO.

(85) Art. 46, c. 1, n. 1, VwGO.

(86) Art. 49, c. 1, nn. 1 e 2, VwGO.

(87) Artt. 1 e 51 della legge sul tribunale sociale (*Sozialgerichtsgesetz*, SGG).

(88) Artt. 8, 29, 39 SGG.

(89) Secondo l'art. 2 della legge sul tribunale del lavoro (*Arbeitsgerichtsgesetz*, ArbGG).

(90) Artt. 14, 64, 72 ArbGG.

giurisdizione amministrativa specializzata (91), è invece basata su due sole istanze: il primo grado è attribuito ai Tribunali finanziari (*Finanzgerichte*) (92), mentre la revisione è assegnata al Tribunale finanziario federale (*Bundsfinanzenhof*) (93).

La giurisdizione finanziaria e tributaria sussiste ai sensi dell'art. 33 FGO: 1) nel caso di controversie di natura pubblicistica riguardanti tributi (*Abgabengelegenheiten*), in quanto essi rientrano nella potestà legislativa della Federazione e siano amministrati dalle autorità finanziarie federali; 2) nel caso di controversie di natura pubblicistica riguardanti l'esecuzione di atti amministrativi in questioni diverse rispetto a quelle sub 1, in quanto gli atti siano eseguiti dalle autorità finanziarie federali o dalle autorità finanziarie dei *Länder* secondo le previsioni della legge tributaria del 16.3.1976 e s.m.i. (*Abgabenordnung*, AO); 3) in relazione a questioni di natura pubblicistica e lavorativa che sono regolate da alcune parti della legge in materia di consulenza fiscale del 10.8.1961 e s.m.i. (*Steuerberatungsgesetz*) (94); 4) in tutte le altre controversie di natura pubblicistica, residuali rispetto alle ipotesi di cui ai nn. 1-3, per le quali la legge federale o del *Land* ammetta la giurisdizione tributaria. Per controversie riguardanti tributi (di cui in particolare al n. 1), il secondo comma specifica che si intendono quelle legate ai tributi dell'amministrazione inclusi i rimborsi ovvero quelle derivanti dall'applicazione delle disposizioni tributarie ad opera delle autorità finanziarie, inclusi i provvedimenti delle autorità finanziarie sul rispetto dei divieti e delle limitazioni della circolazione delle merci oltre i confini; sono assimilate alle questioni tributarie quelle provenienti dall'amministrazione del monopolio fiscale. Sono invece estranee alla giurisdizione finanziaria e tributaria le questioni e i procedimenti penali.

7.6. Cooperazione e giurisdizione.

Il legislatore federale ha previsto, con esclusione della giurisdizione civile, la possibilità di cooperazione orizzontale, tra *Länder*, nella forma di tribunali comuni (95). Tali istituzioni cooperative poggiano su accordi tra *Länder*, come è il caso, nell'ambito della giurisdizione sociale, della giurisdizione speciale superiore dei *Länder* di Berlino e Brandenburg e, in quella finanziaria, del

(91) Artt. 1 e 33 FGO.

(92) Art. 35 FGO.

(93) Art. 36 FGO.

(94) E precisamente la prima parte, il secondo e il sesto titolo della seconda parte, il primo titolo della terza parte.

(95) Art. 3, c. 2, VwGO; 3, c. 2, FGO; 2, c. 2 e 28, c.2, SGG; 14, c. 3 e 33 ArbGG.

Tribunale comune dei *Länder* Berlin e Brandenburg in Cottbus. La possibilità di sviluppare queste istituzioni giudiziarie comuni dipende anche dalla presenza, all'interno delle costituzioni dei *Länder*, di previsioni che autorizzano o prevedono tali forme particolari di cooperazione (96).

8. Tribunali costituzionali e organizzazione federale.

8.1. Premessa.

Organo costituzionale e contemporaneamente organo giurisdizionale, anche il Tribunale costituzionale federale, le cui competenze sono delineate all'art. 93, cc. 1 e 2, LF, rientra tra le Corti supreme federali. Ad esso spetta assicurare la supremazia della Costituzione attraverso il controllo delle leggi e la risoluzione delle controversie tra gli organi costituzionali della Federazione e tra Federazione e *Länder*.

Mentre l'organizzazione e le funzioni del Tribunale costituzionale federale sono ben note al lettore italiano, meno analizzate sono quelle dei Tribunali costituzionali dei *Länder*. Conviene quindi soffermarsi maggiormente su queste ultime, strettamente collegate alla autonomia costituzionale degli enti territoriali. I tribunali costituzionali dei *Länder* non rientrano nel sistema giudiziario federale; restano quindi fuori dall'ambito materiale dell'art. 74, c. 1, n. 1, LF, sopra esaminato (97).

8.2. Le tipologie di giurisdizione costituzionale dei *Länder*.

Tutti i *Länder* hanno fatto uso del potere di istituire tribunali costituzionali. Solo il *Land* Schleswig-Holstein ha fatto applicazione, per lungo tempo, dell'art. 99 LF, che permette di attribuire al Tribunale costituzionale federale il giudizio su controversie di carattere costituzionale interne ad un *Land*; dal 2008 il *Land* in questione ha istituito un proprio tribunale costituzionale (98).

Esistono tuttavia significative differenze tra le giurisdizioni costituzionali diseguate dalle costituzioni dei *Länder*. Alcune costituzioni hanno scelto il

(96) HENSE, *Rechtsprechungszuständigkeit*, cit., 830-1, nn. 41-43.

(97) Nella letteratura italiana uno sguardo approfondito sul tema si trova in M.D. POLI, *Bundesverfassungsgericht e Landesverfassungsgerichte: un modello 'poli-centrico' di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, in part. 107 ss.

(98) M. KMENT, *Art. 99*, in JARASS, KMENT (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, cit., 1106, n. 1.

modello dello *Staatsgerichtshof* (come è il caso del *Land* Hessen), cioè un tribunale che decide sui conflitti di competenza tra gli organi costituzionali, così come sulle leggi se ciò è richiesto da determinati organi costituzionali. Altri hanno invece optato per il modello della giurisdizione costituzionale (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). A questo secondo modello, fondato sul ricorso diretto individuale, appartengono i primi tribunali costituzionali (Bayern, la cui costituzione è antecedente alla LF) e i tribunali che si sono istituiti nei *Länder* *Sachsen*, *Thüringen*, *Sachsen-Anhalt*, *Brandenburg* e, con qualche limite, in *Mecklenburg-Pommern* e *Berlin* dopo la riunificazione.

8.3. Gli atti oggetto del controllo.

Il controllo di costituzionalità ha per oggetto gli atti pubblici del *Land*. Nei casi di conflitto tra organi costituzionali del *Land* (ad esempio tra l'assemblea legislativa e il governo), oggetto del giudizio sono azioni o omissioni di organi costituzionali dei *Länder*. Gli atti sono quelli del potere legislativo del *Land* o del governo del *Land*, sempre che il *Land* ammetta il ricorso diretto. Va tuttavia precisato un limite ulteriore: poiché il ricorso diretto è esperibile solo esaurite le vie ordinarie contro l'atto, ciò implica che, se l'ultima istanza è stata quella di un tribunale federale (per esempio del Tribunale amministrativo federale, nel caso di atti amministrativi), l'ultima parola sull'atto in questione viene pronunciata da una Corte federale, precludendo la strada ad una pronuncia del Tribunale costituzionale del *Land* che è carente di competenze per annullare una decisione di una Corte federale. Se invece la questione termina dinanzi a un tribunale del *Land*, rimane aperta la strada al ricorso diretto al Tribunale costituzionale del *Land* (se ciò è previsto dalla costituzione del *Land*) ovvero dinanzi al Tribunale costituzionale federale.

8.4. I parametri del controllo.

Tribunale costituzionale federale e Tribunali costituzionali dei *Länder* debbono coesistere. Il primo utilizza il diritto costituzionale federale come parametro di giudizio, mentre i Tribunali costituzionali dei *Länder* usano come parametro il diritto costituzionale del rispettivo *Land*.

Il Tribunale costituzionale federale è competente a controllare atti della Federazione e dei *Länder* che violano la LF. Esso conosce anche di atti dei *Länder* in quanto questi ultimi siano vincolati alla LF nell'esercizio delle loro competenze. Ciò significa che, nell'ambito del procedimento di controllo astratto di costituzionalità, il Tribunale costituzionale federale esamina non solo

le norme del diritto federale ma anche la compatibilità di tutte le norme del diritto dei *Länder* con la LF e con altre norme federali. Anche nel procedimento di controllo concreto di costituzionalità è necessario controllare il diritto del *Land*. Il ricorso diretto si esplica contro atti pubblici dei *Länder* sempre che essi violino diritti fondamentali.

I tribunali costituzionali dei *Länder* sono competenti in via esclusiva solo per la risoluzione dei conflitti tra organi costituzionali in senso stretto. In tal caso la LF non è un parametro di controllo. Ciò vale per il controllo di regolarità del procedimento elettorale così come per i conflitti tra parlamento e governo, per i diritti di controllo delle commissioni d'inchiesta parlamentare o per i diritti dei parlamentari a formulare interrogazioni e interpellanze, tutti casi in cui è competente il Tribunale costituzionale del *Land*. Da parte sua, il Tribunale costituzionale federale rispetta gli ambiti costituzionali dei *Länder* e, utilizzando come parametro la LF, rifiuta di giudicare atti che ricadono nella competenza organizzativa dei *Länder*, come appunto nel caso dei procedimenti elettorali o delle relazioni tra organi dei *Länder*.

I Tribunali costituzionali dei *Länder* possono utilizzare come parametro di controllo solo il diritto costituzionale del *Land*; ciò vuol dire che uno stesso atto può essere impugnato sia davanti al Tribunale costituzionale federale sia davanti al Tribunale costituzionale del *Land* sempre che siano state violate sia la LF che la costituzione del *Land*. Ciò vale anche nel caso di diritti fondamentali, perché i diritti riconosciuti nelle costituzioni dei *Länder* devono coincidere con lo standard minimo dei diritti fondamentali previsti dalla LF (99). Generalmente i diritti dei *Länder* saranno applicabili nella misura in cui riconoscono diritti fondamentali della LF e sempre che non siano in contraddizione con altre disposizioni della LF.

9. Conclusioni.

L'analisi svolta mostra che il tema dell'organizzazione giudiziaria risulta di estremo rilievo per una effettiva e migliore comprensione del sistema federale nel suo complesso. Al tema la dottrina giuridica italiana ha dedicato, nel complesso, poca attenzione, forse nella consapevolezza che nei federalismi per dissociazione (nel quale si fa rientrare normalmente anche il regionalismo) il processo devolutivo si estende alla funzione legislativa e amministrativa, non anche a quella giurisdizionale. Negli Stati regionali, in particolare, non si riscontra un doppio livello organizzativo della funzione giurisdizionale o una

(99) Art. 142 LF.

sua divisione in senso verticale, come si è visto accadere nel caso tedesco e come in genere accade nei sistemi federali di tipo associativo.

Ma allora potrebbe dirsi che proprio l'articolazione plurale — nel senso di articolata tra Federazione e Stati membri — della funzione giurisdizionale è un ulteriore elemento caratterizzante, che contribuisce a distinguere i processi federali per associazione da quelli per dissociazione.

Nonostante le forti spinte verso l'unitarietà, l'esame dell'ordinamento tedesco contribuisce a rafforzare l'ipotesi. Il modo in cui è organizzato il potere giurisdizionale in Germania, soprattutto per la sua suddivisione in cinque differenti giurisdizioni, rappresenta un *unicum* nel panorama comparato.

Dagli artt. 92 e 95 LF emerge un quadro complesso, in cui la giurisdizione, articolandosi in diverse istanze territoriali e settori materiali, tiene insieme, in maniera sicuramente originale, principio federale e unità dell'ordinamento. Da un lato, l'art. 92 LF lascia chiaramente intendere l'esistenza di una pluralità di istanze giurisdizionali distribuite tra Federazione e *Länder*, dall'altro, l'art. 95 LF dà forma organizzativa al principio di unità della giurisdizione poiché alle Corti supreme federali spetta non solo decidere ma anche assicurare l'applicazione uniforme del diritto su tutto il territorio federale. In altre parole, gli articoli in questione tengono insieme principio federale e funzione nomofilattica in un ordinamento, come quello tedesco, in cui l'organizzazione federale fa costantemente i conti con l'uniformità delle condizioni di vita (100).

(100) In tale prospettiva può essere utile ricordare che la legge sull'ordinamento giudiziario permette ai *Länder*, nell'ambito della giurisdizione civile, di istituire, con legge, un *oberstes Landesgericht* (art. 8 della legge introduttiva alla legge sull'ordinamento giudiziario, *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz*). Tale eventualità non è esclusa dalla Legge fondamentale. Di tale potere aveva fatto uso il *Land Bayern* anche in ragione di una lunga tradizione storica in tal senso. Nel 2006 è tuttavia intervenuta una legge federale che ha posto fine all'esistenza di tale storico tribunale, suscitando non poche polemiche e anche un ricorso, privo di successo, dinanzi al Tribunale costituzionale della Baviera. Sul punto A. HENSE, *Rechtssprechungszuständigkeit*, cit., 828, nn. 36-7.