

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

**LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI
COME AUTORITÀ CHE PROMUOVONO
LA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ
IN VIA INCIDENTALI**

a cura di P. Passaglia

con contributi di

C. Guerrero Picó

M.T. Rörig

C. Torrisi

novembre 2018

Avvertenza

La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.

La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza Creative Commons (CC by SA 3.0).

Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi, scrivendo al seguente indirizzo email: servstudi@cortecostituzionale.it.

**LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI
COME AUTORITÀ CHE PROMUOVONO
LA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ
IN VIA INCIDENTALI**

INDICE

AUSTRIA

- 1. Il controllo concreto delle norme 7
- 2. La legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità
in via incidentale 10

BELGIO

- 1. Premessa 15
- 2. La disciplina della questione pregiudiziale 16
- 3. Le giurisdizioni competenti a sollevare una questione pregiudiziale 17
- 4. Il ricorso pregiudiziale e le autorità amministrative indipendenti .. 19

FRANCIA

- 1. La *question prioritaire de constitutionnalité* 21
- 2. Le giurisdizioni competenti a sollevare una *question prioritaire de constitutionnalité* 23
 - 2.1. Le giurisdizioni sottoposte al Conseil d'État ed alla Cour de cassation 23
 - 2.2. Le giurisdizioni escluse 23
- 3. QPC ed autorità amministrative indipendenti 24
 - 3.1. Le autorità amministrative indipendenti: inquadramento generale 24
 - 3.2. Il caso della Commission des sanctions dell'Autorité de Contrôle Prudentiel et de résolution 26

GERMANIA

1. Il controllo concreto delle norme	29
2. La legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità	33
2.1. <i>Il mancato riconoscimento della legittimazione in capo ad autorità diverse da quelle giurisdizionali</i>	<i>35</i>

SPAGNA

1. Il riconoscimento costituzionale della legittimazione ad adire in via incidentale il Tribunale costituzionale	37
2. La qualifica di “organo giurisdizionale”	40
2.1. <i>Gli organi integrati nel potere giudiziario</i>	<i>40</i>
2.1.1. <i>Gli organi della giurisdizione ordinaria</i>	<i>40</i>
2.1.2. <i>Gli organi della giurisdizione militare</i>	<i>41</i>
2.2. <i>Gli organi cui la Costituzione riconosce potestà giurisdizionale</i>	<i>42</i>
2.2.1. <i>La Corte dei conti</i>	<i>42</i>
2.2.2. <i>Il tribunal del jurado</i>	<i>43</i>
2.2.3. <i>I tribunali consuetudinari e tradizionali</i>	<i>44</i>
2.2.4. <i>Il Tribunale costituzionale</i>	<i>45</i>
2.3. <i>Gli organi con funzioni “para-giurisdizionali”</i>	<i>46</i>
3. La competenza dell’organo giurisdizionale	47
4. L’esercizio delle funzioni giudicanti	47

AUSTRIA

di Maria Theresia Roerig

1. Il controllo concreto delle norme

La legge costituzionale federale (*Bundes-Verfassungsgesetz*, di seguito anche semplicemente B-VG) promulgata nel 1920, e profondamente riformata nel prosieguo (per quanto qui di interesse, in particolare, nel 1929, nel 1945, nel 1975 e nel 2012 e 2013) stabilisce, agli artt. 137 ss., le molteplici competenze della Corte costituzionale austriaca, il *Verfassungsgerichtshof* (VfGH). La legge istitutiva sulla Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtsgesetz – VfGG*), del 1953, con successive modifiche, contiene ulteriori disposizioni, soprattutto di natura procedurale, sulle competenze e sul controllo di costituzionalità. Estremamente articolate sono anche le modalità di accesso alla Corte¹.

La competenza fondamentale, fin dal 1920, è senza dubbio il controllo sulla legittimità costituzionale delle norme (art. 140 B-VG). Oggetto del giudizio della Corte sono le leggi federali o di un *Land* di rango ordinario ma anche norme di rango costituzionale, contenute in leggi costituzionali (molto frequenti nell'esperienza austriaca) o in leggi di revisione costituzionale². La Corte verifica, non solo la legittimità costituzionale delle leggi (art. 140 B-VG), ma anche la legittimità dei regolamenti (art. 139 B-VG). I giudizi del controllo delle norme e

¹ Esse possono essere raggruppate in: a) controllo di legittimità costituzionale delle leggi; b) controllo di legittimità dei regolamenti; c) forme di garanzia del riparto di competenze fra Federazione e *Länder* [alcune delle quali, peraltro, rientrano anche nelle categorie indicate *sub a*) e *sub b*]); d) "altre funzioni" (giustizia elettorale; responsabilità del Presidente federale e degli organi di governo federali e statali; giudizio sulla decadenza dal mandato parlamentare federale e del *Land*; giudizio sulla regolarità delle procedure di democrazia diretta previste a livello di *Land* ed a livello federale; decisione di vari tipi di conflitti di competenza fra supremi organi giurisdizionali e fra organi giurisdizionali ed amministrativi; giudizio sulle divergenze di opinione fra la Corte dei conti ed altri soggetti sulle competenze della Corte stessa; controllo sulla ripubblicazione di atti normativi, vale a dire sui testi unici, al fine di verificare se la nuova pubblicazione è contenuta nei limiti della autorizzazione parlamentare; giudizio sulla violazione del diritto internazionale da parte delle leggi federali). Cfr. M. OLIVETTI, *La Corte costituzionale austriaca*, testo reperibile *on line* alla pagina: [http://giur.unifg.it/FILE/doc/pubblicazioni_docenti/Pubblicazioni_Olivetti/La%20Corte%20costituzionale%20austriaca%20\(II%20copia%2029apr\).doc](http://giur.unifg.it/FILE/doc/pubblicazioni_docenti/Pubblicazioni_Olivetti/La%20Corte%20costituzionale%20austriaca%20(II%20copia%2029apr).doc).

² Al riguardo, v. M. HIESEL, *Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof*, Manz, Wien, 1995.

– tra essi – quello sulle leggi rappresentano in ogni caso i giudizi di maggior interesse costituzionalistico, non fosse altro per la loro rilevanza in tutto il diritto pubblico. In questo giudizio si rinviene la funzione fondamentale del Tribunale quale “*Hüter der Verfassung*” (custode della costituzione). Nel corso degli anni si è giunti ad un sistematico sviluppo del giudizio di legittimità sulle norme, che oggi comprende anche le c.d. “*Wiederverlautbarungen*”³ (art. 139a B-VG) ed i trattati internazionali (art. 140a)⁴. Questi casi particolari di contenzioso si svolgono fondamentalmente sul modello processuale del giudizio sulle leggi⁵.

Tutti i casi di giudizio sulle norme sono concepiti nell’ordinamento austriaco sia come verifica della legittimità in concreto (su richiesta di un giudice o anche d’ufficio, quando la Corte stessa debba applicare tale legge in un procedimento pendente), che come giudizio astratto (che era in origine il prototipo del giudizio sulle norme; con esso una legge può essere impugnata senza alcun riferimento ad un caso concreto: le leggi federali possono essere impuginate da qualunque governo di un *Land*; le leggi locali dal governo nazionale; si tratta del procedimento principale per i casi di conflitto tra *Bund e Länder*)⁶.

Il controllo *concreto* sulle norme, che nella dialettica centro-periferia non assume un ruolo di rilievo, viene invece esercitato dalla Corte costituzionale su richiesta di un giudice (v. *infra*). Se un giudice nutre dubbi circa la costituzionalità di una norma che deve essere applicata in un giudizio pendente dinanzi a sé, è tenuto a prospettare la questione alla Corte costituzionale (al sussistere dei requisiti del ragionevole dubbio e della pregiudizialità).

In senso lato, può essere ricondotto al controllo concreto di legittimità anche il “ricorso individuale” che, a partire dal 1975, consente al singolo di ricorrere

³ Nel caso delle *Wiederverlautbarungen* si tratta di testi di legge che vengono pubblicati sulla Gazzetta ufficiale sotto forma di testo unico consolidato e che, dopo tale pubblicazione, hanno autonoma forza vincolante.

⁴ Più precisamente, non viene giudicato il trattato internazionale in quanto tale, quanto piuttosto l’atto interno che ne consegue, in quanto parte integrante dell’ordinamento austriaco.

⁵ Cfr. la relazione di H. SCHÄFFER, *Giurisdizione costituzionale e conflitti tra poteri legislativi centrali e regionali nell’esperienza austriaca*, Atti di Convegno AIC 2006, reperibile *on line* alla pagina web http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200610/schaffer.html#_ftn15.

⁶ Dal 1975, le possibilità di controllo costituzionale delle norme si sono ampliate, in particolare per ciò che attiene le impugnazioni. Ai casi precedenti, infatti, si è aggiunta la procedura della cosiddetta “impugnazione di un terzo”, che è utilizzata per affrontare casi di conflittualità di rilevante livello. Un terzo dei deputati al Parlamento nazionale (*Nationalrat*) oppure di ciascun parlamento locale (*Landtag*) può impugnare davanti alla Corte costituzionale leggi approvate dall’assemblea di appartenenza ove la ritenga incostituzionale.

contro una norma generale, nel caso sia colpito in modo diretto ed imminente dai suoi effetti, quando questa norma influisce sulla sua sfera giuridica in modo immediato (e non per il tramite di un atto amministrativo).

La Corte costituzionale giudica inoltre sui ricorsi costituzionali diretti (*Verfassungsbeschwerden*) ai sensi dell'art. 144 B-VG, cioè in relazione ad una decisione dei tribunali amministrativi di primo grado istituiti a seguito della riforma della giustizia amministrativa, entrata in vigore il 1° gennaio 2014⁷ (e questa competenza è tuttora una delle più rilevanti in termini di contenzioso trattato dalla Corte)⁸.

A seguito della riforma del sistema di giustizia amministrativa adottata nel 2012 sono infatti avvenute profonde revisioni costituzionali che hanno anche toccato le competenze del *Verfassungsgerichtshof* ed il processo costituzionale⁹: esse hanno avvicinato il modello originario di “Stato amministrativo” austriaco al modello di “Stato di giustizia” basato su un potere giudiziario indipendente.

Con la revisione costituzionale del 2012, è stato tra l'altro abolito il controllo attraverso ricorsi gerarchici innanzi agli *Unabhängiger Verwaltungssenat – UVS*, ossia i Senati amministrativi indipendenti, quali autorità amministrative autonome con funzioni giurisdizionali (*recte*, paragiurisdizionali)¹⁰, e sono stati aboliti vari altri “tribunali”, ivi incluso l'Ufficio federale per gli appalti (*Bundesvergabeamt*), per istituire, dal 2014 in poi, un sistema di controllo giudiziario sull'attività amministrativa senza soluzione di continuità.

⁷ Rimane, tuttavia, in vigore la possibilità di sollevare ricorso al *VfGH prima* o anche *in parallelo* al ricorso al *VwGH* (art. 233, comma 4 B-VG).

⁸ A seguito della riforma, il ricorso costituzionale non si rivolge più contro atti amministrativi di ultima istanza (*id est*, dopo l'esperimento dei rimedi previsti in sede amministrativa), ma contro le decisioni dei giudici amministrativi di primo grado. L'Austria ha quindi introdotto un istituto che permette di impugnare giudizi anziché atti amministrativi.

⁹ La nuova organizzazione della giustizia amministrativa abbandona il precedente modello definito come amministrativo-giustiziale quale strumento ordinario di tutela nei confronti degli atti amministrativi, basato su un sistema di ricorsi gerarchici tutto interno all'Amministrazione. La riforma introduce un sistema di giustizia amministrativa indipendente ed imparziale strutturata su due gradi di giudizio (tribunali amministrativi e Corte amministrativa, il *Verwaltungsgerichtshof – VwGH*). Per ulteriori dettagli, v. E. D'ORLANDO – U. HAIDER QUERCIA, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2012-2013*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 4223 ss.

¹⁰ V. anche *infra*.

Inoltre, per via di un'ulteriore rilevante revisione costituzionale avvenuta nel 2013, che incide direttamente sul sistema di controllo della legittimità delle norme, a partire dal 1° gennaio 2015 anche le parti di un procedimento civile o penale hanno la possibilità, nel corso dell'impugnazione di una sentenza di primo grado, di richiedere un controllo di legittimità al *VfGH*, qualora esse ritengano che i loro diritti siano stati violati a causa dell'applicazione di un regolamento o di una legge incostituzionale da parte del tribunale (art. 139, comma 1, n. 4, ed art. 140, comma 1, n. 1, lett. d B-VG, nella nuova formulazione). Con questo intervento è stato introdotto l'istituto del *ricorso sussidiario* per il controllo delle norme, la c.d. *Gesetzesbeschwerde*, con cui, su richiesta delle parti del procedimento davanti ad un tribunale ordinario, può essere attivato direttamente, in sede di impugnazione, un procedimento di legittimità costituzionale presso il *VfGH*, qualora sussistano dubbi fondati relativamente alla costituzionalità di disposizioni che devono essere applicate nel corso del processo¹¹.

Un ulteriore aspetto di novità, introdotto dalla revisione costituzionale del 2013, consiste nella possibilità, con effetti dal 1° gennaio 2015, per tutti i tribunali, anche di primo grado, di impugnare leggi presso il *VfGH* (art. 89, commi 2 e 3 B-VG, nuova formulazione). Con questo intervento normativo, il sistema del giudizio in via incidentale è stato ampliato, comprendendo appunto anche i tribunali di primo grado: nel sistema precedente, la legittimazione a sollevare questione di costituzionalità era limitata, tendenzialmente, alle giurisdizioni superiori.

Entrambe le misure (il ricorso sussidiario e l'ampliata legittimazione a sollevare una questione di costituzionalità in via incidentale) vengono considerate con favore nell'ottica dell'ampliamento delle garanzie giurisdizionali.

2. La legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità in via incidentale

Il controllo concreto delle norme, attraverso il giudizio in via incidentale, può essere promosso, a seguito della suddetta riforma costituzionale, su iniziativa di

¹¹ La Corte può dichiarare la disposizione incostituzionale oppure può respingere il ricorso con ordinanza, qualora ritenga la questione inammissibile o infondata. In caso di incostituzionalità, la causa che ha dato adito al procedimento incidentale deve essere rinviata per una nuova decisione (art. 139, comma 7 e art. 140, comma 8, B-VG, nuova formulazione). Per ulteriori dettagli, v. E. D'ORLANDO – U. HAIDER QUERCIA, *op. cit.*

tutti i giudici, anche quelli di prima istanza¹², e non più, come in precedenza, solo da: la Corte suprema di giustizia, la Corte di Giustizia amministrativa federale, la Corte competente in materia di asilo, i giudici di seconda istanza, le Sezioni amministrative indipendenti e l'Ufficio federale per gli Appalti (*Bundesvergabeamt*). L'art. 140 B-VG, in precedenza, elencava tassativamente infatti tutti i giudici legittimati al rinvio: “(1) La Corte di giustizia costituzionale decide sulla incostituzionalità di una legge federale o di un Land su richiesta della Corte suprema di giustizia, di un tribunale chiamato a decidere in seconda istanza, di una Sezione amministrativa indipendente, della Corte competente in materia di asilo, della Corte di giustizia amministrativa o dell'Ufficio federale per gli appalti, od anche d'ufficio quando la Corte stessa debba applicare tale legge in un procedimento pendente..”.

Nella versione attuale dell'art. 140, comma 1, B-VG si legge invece semplicemente: “La Corte di giustizia costituzionale decide sulla incostituzionalità di:

- 1) leggi
- a) su istanza di un tribunale;
- b) ommissis..”

Tuttora, la Corte costituzionale stessa può infine sollevare d'ufficio una questione di legittimità costituzionale, qualora il presupposto di una decisione che la Corte è competente ad adottare sia una norma di legge che essa ritiene incostituzionale, il che può anche accadere in sede di controllo di legittimità dei regolamenti e di ricorso individuale ai sensi dell'art. 144 B-VG.

In merito alla situazione precedente alla riforma, si segnala come sia le Sezioni amministrative indipendenti che il *Bundesvergabeamt* erano degli organi amministrativi collegiali che venivano ricondotti alla categoria dei “tribunali” ai sensi dell'art. 6 Cedu - che ha rango costituzionale in Austria - e di “giudici” ai sensi del diritto comunitario. Infatti, la Corte di giustizia, più volte adita da tali organismi, aveva esaminato il loro carattere giurisdizionale (al fine di accertare la ricevibilità delle questioni pregiudiziali) ed aveva espressamente riconosciuto detto carattere in capo alle autorità in questione.

Già nel 1999, nel procedimento C-258/97, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE,

¹² Da segnalare è che, nell'ambito del *controllo sulla legittimità dei regolamenti*, il controllo già da tempo poteva essere attivato da qualunque giudice (e non solo dai giudici superiori).

dall'*Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten* (organismo amministrativo indipendente incaricato del controllo di legalità degli atti dell'amministrazione del Land Carinzia, di seguito, «UVK»), la Corte di giustizia si era così pronunciata: “*Ai sensi dell'art. 2, n. 8, primo comma, della direttiva 89/665, gli Stati membri possono scegliere fra due sistemi per organizzare il sistema di controllo degli appalti pubblici. Il primo sistema consiste nell'assegnare la competenza a conoscere dei ricorsi a organi di natura giurisdizionale. In base al secondo sistema, tale competenza è, in una prima fase, assegnata ad organismi che non costituiscono detti organi. In tal caso, i provvedimenti adottati da tali organismi devono poter costituire oggetto di un ricorso giurisdizionale, oppure di un ricorso presso un altro organo, il quale deve allora rispondere ai requisiti speciali di cui all'art. 2, n. 8, secondo comma, della direttiva 89/665 al fine di garantire un adeguato ricorso (sentenza 4 febbraio 1999, causa C-103/97, Köllensperger e Atzwanger, Racc. pag. I-551, punto 29). Orbene, come ha rilevato nei paragrafi 12-14 delle sue conclusioni l'avvocato generale, un organismo come l'UVK possiede tutte le caratteristiche richieste perché gli sia riconosciuta la qualità di giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato. Ne consegue che se, come nella fattispecie della causa principale, l'organo responsabile dei ricorsi presenta natura giurisdizionale, non si applicano i requisiti speciali stabiliti dall'art. 2, n. 8, secondo comma, della direttiva 89/665*”¹³ (enfasi aggiunta).

¹³ L'avvocato generale aveva rilevato quanto segue: “*L'UVK, Camera amministrativa indipendente ai sensi dell'art. 129 della Costituzione austriaca, è stato istituito dal citato Kärnt VerwSG. Questa legge e il connesso Kärnt AVG attribuiscono all'UVK competenza esclusiva nel valutare, su istanza di parte, la legittimità dei provvedimenti assunti dall'amministrazione, inclusi quelli relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici. L'UVK ha il potere di annullare i provvedimenti di aggiudicazione e di ordinare misure provvisorie (art. 61 Kärnt AVG). Risulta da queste disposizioni che l'UVK ha un'origine legale e che la sua giurisdizione è obbligatoria. Inoltre, non può essergli contestato il carattere permanente, considerato che l'UVK siede in maniera stabile, a nulla ostando in proposito il fatto che i suoi membri, anche quelli provenienti dall'amministrazione, rimangano in carica per un numero limitato di anni. Nessun dubbio, ancora, che l'organismo in questione applichi regole di diritto, in quanto la sua composizione e il suo funzionamento sono regolati dalla legge generale sulle Camere amministrative indipendenti (Kärnt VerwSG) e dalla legge sulla aggiudicazione degli appalti pubblici (Kärnt AVG). Ugualmente rispettato è il requisito del carattere contraddittorio del procedimento, così come inteso dalla Corte. Trova infatti applicazione nella fattispecie, grazie al rinvio operato dall'art. 59 n. 2, del Kärnt VerwSG, la legge generale sul procedimento dinanzi ai tribunali amministrativi, che fa obbligo di rispettare il principio del contraddittorio. Questa conclusione viene inoltre indirettamente confermata dalla legge istitutiva dell'UVK, che, all'art. 13, n. 5, prevede che si svolga una procedura orale sotto la direzione del presidente, in cui le parti hanno il diritto di essere sentite. Dubbi sono stati espressi nel corso della procedura scritta sulla rispondenza delle norme che regolano la composizione ed il funzionamento dell'UVK al requisito dell'indipendenza*

Inoltre, si legge nell'ordinanza del 9 aprile 2003, relativa al procedimento C-424/01, con riferimento al *Bundesvergabeamt*: “.. i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi è pendente una lite e se essi sono stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale. A tale proposito si deve rilevare, da un lato, che risulta dalla stessa formulazione dell'art. 116, n. 4, del BVergG che il *Bundesvergabeamt*, decidendo in sede di procedimento sommario, può sospendere la procedura di aggiudicazione nel suo complesso o soltanto talune decisioni dell'autorità aggiudicatrice, oppure ordinare altri provvedimenti idonei. D'altro lato, risulta dal n. 6 dello stesso articolo che le ordinanze emesse dal *Bundesvergabeamt* nell'ambito di un procedimento sommario sono immediatamente esecutive e che per tale ragione sono disciplinate dalla legge del 1991 relativa all'esecuzione forzata delle decisioni amministrative. Poiché la Commissione non ha presentato alcun argomento che permetta di dubitare del carattere vincolante di tali ordinanze, non esiste, tenuto conto delle disposizioni dell'art. 116, nn. 4 e 6, del BVergG, alcun motivo di rimettere in discussione il carattere giurisdizionale del *Bundesvergabeamt*”.

In ogni caso, nell'ambito della riforma amministrativa e costituzionale del 2012, questi organi indipendenti sono stati abrogati e sostituiti da tribunali amministrativi del *Land* e del *Bund* (le funzioni del *Bundesvergabeamt* vengono

dell'organo giudicante. Ritengo tuttavia che, a differenza di quanto osservato nella citata causa Köllensperger, nel caso che ci occupa detti dubbi non siano fondati. Dall'analisi della disciplina applicabile risulta infatti che l'UVK gode pienamente di uno status di indipendenza che gli consente di svolgere la funzione giurisdizionale al riparo da indebite pressioni ed ingerenze, in special modo da parte del potere esecutivo. L'indipendenza e la terzietà dell'UVK vengono garantite, innanzi tutto, dalle pertinenti disposizioni costituzionali. L'art. 129 b, n. 2, del Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG, Legge costituzionale federale) sancisce con chiarezza che, nell'esecuzione dei compiti attribuiti dalla stessa Costituzione e dalle leggi dei Länder, i membri delle Camere amministrative indipendenti non possono ricevere alcuna istruzione. La stessa disposizione precisa che le cause devono essere distribuite preliminarmente tra i componenti della Camera per un periodo che viene fissato dalla legge del Land. Una causa che, in virtù di questa distribuzione, viene attribuita ad un componente della Camera non può essergli revocata se non per decisione del presidente ed a motivo di un serio impedimento. Al n. 3 si prevede altresì che prima della scadenza del mandato i membri della Camera possano essere rimossi solo nei casi espressamente previsti dalla legge e che a tale scopo è necessaria una decisione collegiale della Camera stessa. Ai sensi del paragrafo successivo, i componenti della Camera non possono esercitare alcuna attività di natura tale da provocare dubbi sull'esercizio indipendente delle loro funzioni. Va poi aggiunto che l'art. 5 del Kärnt VerwSG, nel prevedere che i membri dell'UVK svolgono le loro funzioni in piena indipendenza e non sono tenuti ad alcuna istruzione, conferma le garanzie già previste dal testo costituzionale”.

oggi svolte dalla Corte amministrativa federale). Come accennato, i Senati amministrativi indipendenti, pur svolgendo in piena indipendenza per determinate materie un'attività analoga a quella giurisdizionale, non erano considerati da tutti alla stregua di veri e propri tribunali amministrativi. La stessa Corte costituzionale ha osservato, in una pronuncia del 2017, che le Sezioni amministrative indipendenti ora soppresse non appartenevano al potere giudiziale ma a quello esecutivo¹⁴.

Sorgevano, quantomeno di tanto in tanto, nuovi dubbi circa la loro natura giurisdizionale, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha sottolineato la necessità che le decisioni di autorità autonome siano impugnabili di fronte ad un giudice indipendente, come richiesto dall'art. 6 CEDU. A fronte di tali difficoltà, si è optato per introdurre un ricorso di natura giurisdizionale, che trovava ulteriore giustificazione nel precetto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in tema di diritto ad un ricorso effettivo, ad un giudice imparziale e che dispone che la causa sia esaminata equamente e pubblicamente. E così, con la novella costituzionale è stato abbandonato il previgente sistema di giustizia amministrativa austriaca ed è stato introdotto un assetto normativo ispirato ai principi del diritto europeo¹⁵. Nel nuovo sistema, i giudici dei nuovi tribunali amministrativi dei *Länder* e la corte amministrativa del *Bund* godono delle garanzie costituzionali dell'indipendenza del giudice (art. 87, comma 1, B-VG), vale a dire l'immobilità, anche dalla sede (art. 88, comma 2, B-VG) e sono pertanto equiparati dal punto di vista costituzionale ai giudici della giustizia ordinaria¹⁶.

¹⁴ Cfr. la decisione della Corte costituzionale G 408/2016-31, G 412/2016-10, G 2/2017-9, G 21/2017-7, G 54/2017-7 del 13 dicembre 2017.

¹⁵ Per ulteriori approfondimenti, v. MASUCCI, *Riforma della giustizia amministrativa in Austria e diritto europeo. Verso "l'uropeizzazione" dei processi amministrativi nazionali*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 2, aprile 2018, p. 445 ss.

¹⁶ Cfr. anche la decisione della Corte costituzionale G 408/2016-31, G 412/2016-10, G 2/2017-9, G 21/2017-7, G 54/2017-7 del 13 dicembre 2017.

BELGIO

di Céline Torrisi

1. Premessa

La *Cour constitutionnelle* (originariamente, e fino al 2007, denominata *Cour d'arbitrage*) può essere adita in maniera diretta, mediante un *recours en annulation*¹, o in via incidentale, mediante una *question préjudicielle*. Entrambi i procedimenti sono disciplinati dal titolo V della legge speciale del 6 gennaio 1989² sulla Corte costituzionale e da direttive interne della Corte.

Contrariamente ai suoi omologhi stranieri, la Corte costituzionale belga è una Corte “a competenza limitata”³: non è competente, infatti, per garantire l’insieme delle norme costituzionali, ma solo di una parte di esse. L’art. 142 della Costituzione stabilisce, in proposito, che la *Cour constitutionnelle* giudica, mediante *arrêt*, sui conflitti definiti all’art. 141, comma 1, del testo costituzionale e sulla violazione, da parte di una legge, di un *décret* o di un atto legislativo regionale, degli artt. 10, 11 e 24 e di tutte le altre disposizioni costituzionali elencate dalla legge.

L’elenco delle disposizioni costituzionali tutelate dalla *Cour* è stato definito dall’art. 1 della legge speciale del 6 gennaio 1989⁴. Tale articolo stabilisce che la Corte è garante delle regole costituzionali relative al riparto di competenze tra lo

¹ Disciplinato dal Capitolo I della legge speciale del 1989, il *recours en annulation*, o ricorso in via principale, consente ad una qualunque persona fisica o giuridica di adire la *Cour* al fine di chiedere l’annullamento, in tutto o in parte, di una o più norme legislative. Rientrano in tale categoria le leggi federali (ordinarie e speciali) e le norme legislative degli enti federati, ovvero i *décrets* (i testi di legge votati dal parlamento di una *Région*, di una *Comunità* o dell’*Assemblée de commission communautaire française* (COCOF)) e le *ordonnances* (ovvero le norme legislative adottate dalla *Région bruxelloise*). Qualora siano aditi con un *recours en annulation*, il compito dei giudici costituzionali non è quello di pronunciarsi sull’applicazione di un testo ad un caso specifico, ma di verificare la compatibilità tra il testo legislativo e la Costituzione. Mediante tale ricorso, la *Cour constitutionnelle* si pronuncia, quindi, su conflitti tra norme. V. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, 85 ss.

² La legge è reperibile *on line* alla pagina <http://www.const-court.be/fr/common/home.html>.

³ V. *Cour d'arbitrage*, *arrêt* n. 32 del 29 gennaio 1987, B.b.8.1. La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <http://www.const-court.be/public/f/1987/1987-032f.pdf>.

⁴ V. artt. 1, 2 e 26, §1, 3 della legge speciale del 1989 sulla *Cour constitutionnelle*, adottati sulla base dell’art. 142, comma 2, punto 2 e 3 della Costituzione.

Stato, le *Communautés* e le *Régions*, nonché degli articoli contenuti nel titolo II della Costituzione “*Des Belges et de leurs droits*” e, infine, degli articoli 170, 172 e 191 della Carta fondamentale. La *Cour* è, quindi, custode del principio di equiordinazione delle norme legislative e della coesione dell’edificio federale, ma anche della dignità della persona umana⁵. In altre parole, spetta ai giudici costituzionali belgi garantire sia “*l’interesse strutturale fondamentale che deve consentire il funzionamento delle istituzioni e la coerenza della loro attività*”⁶, sia i diritti fondamentali dei cittadini.

2. La disciplina della questione pregiudiziale

La disciplina delle questioni pregiudiziali è posta dall’art. 142, comma 3, della Costituzione (che conferisce alle giurisdizioni il diritto e, in alcuni casi, l’obbligo di adire la *Cour constitutionnelle*) e dal secondo capitolo (artt. 26-30) della legge speciale del 6 gennaio 1989⁷. Tali disposizioni stabiliscono che, qualora una giurisdizione si trovi di fronte, durante una controversia sottoposta al suo esame, ad una questione sulla conformità di leggi, decreti e *ordonnances* alle regole di riparto delle competenze tra lo Stato federale, le *Communautés* e le regioni, o alle disposizioni costituzionali precedentemente elencate, deve, in linea di principio, sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla *Cour constitutionnelle* (art. 26, §1). Tale obbligo non sussiste (art. 26, § 2) nei casi in cui il giudice non sia competente a giudicare il caso sottoposto al suo esame o in caso di inammissibilità, salvo che i motivi di incompetenza o di inammissibilità siano fondati sulle norme oggetto della questione pregiudiziale, e nei casi in cui la *Cour* si sia già pronunciata su una questione recante lo stesso oggetto.

Quando una giurisdizione solleva di fronte alla *Cour* una questione pregiudiziale di costituzionalità, il processo viene sospeso fino a quando l’organo adito non si sia pronunciato. Le decisioni rese in via incidentale hanno effetti *inter partes*, visto che, in questo caso, il giudice costituzionale si limita a disapplicare la norma dichiarata contraria alla Costituzione. L’annullamento della norma in questione può essere richiesto in un secondo tempo.

⁵ V. M. VERDUSSEN, *op. cit.*, 87.

⁶ M.-F. RIGAUX, *Intérêt particulier et intérêt général devant la Cour d’arbitrage*, in P. GÉRARD – F. OST – M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3, *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1990, 164-165.

⁷ Il testo della legge è reperibile *on line* alla pagina <http://www.const-court.be/fr/common/home.html>.

3. Le giurisdizioni competenti a sollevare una questione pregiudiziale

In linea di principio, le questioni pregiudiziali possono essere sollevate solo da una giurisdizione, ovvero da un giudice amministrativo o ordinario, nel corso di un giudizio. Tuttavia, la qualità di giurisdizione è stata estesa anche ad organismi che, inizialmente, non erano stati qualificati come tali. Visto che le norme che disciplinano il ricorso pregiudiziale non forniscono alcuna precisazione riguardo alla definizione della nozione di “giurisdizione”⁸, la *Cour constitutionnelle* si è avvalsa del c.d. *faisceau d’indices* per riconoscere o meno natura giurisdizionale ad un organo. Fondandosi su tale *faisceau d’indices*, la *Cour* ha stabilito, nell’importante decisione n. 65/96 del 13 novembre 1996⁹, che la natura giurisdizionale della *Commission permanente de recours des réfugiés* si deduce dalla composizione e dalle modalità di nomina dei suoi membri (che garantiscono la loro indipendenza nei confronti dell’amministrazione), dai poteri di indagine ad essa conferiti, dalla procedura in contraddittorio, dal suo obbligo speciale di motivazione e dalla possibilità di impugnare le sue decisioni innanzi alla giurisdizione amministrativa.

Tuttavia, parte della dottrina ha sottolineato che, nella suddetta decisione, la *Cour* ha riconosciuto natura giurisdizionale alla *Commission* tralasciando un aspetto essenziale delle giurisdizioni: l’atto giurisdizionale, cioè del prodotto dell’attività propria del giudice che risolve una controversia facendo applicazione di regole di diritto positivo. È un criterio materiale che, certo, non definisce meglio degli altri criteri il compito del giudice, ma gran parte della dottrina si fonda su tale discriminazione per qualificare la funzione giurisdizionale, in quanto gli

⁸ E non si ha alcun tipo di definizione neppure nei lavori preparatori relativi alla legge speciale del 1989.

⁹ V. *Cour constitutionnelle*, arrêt n. 65/96 del 13 novembre 1996, B.2: “*La nature juridictionnelle de la Commission se déduit de sa composition et du mode de désignation de ses membres (article 57/12 de la loi du 15 décembre 1980 sur l’accès au territoire, le séjour, l’établissement et l’éloignement des étrangers) qui garantit leur indépendance vis-à-vis de l’administration (article 57/13), des pouvoirs d’investigation (article 57/15) et d’enquête (article 57/21) qui lui sont reconnus, du débat contradictoire qui y est organisé (articles 57/18, 57/19 et 57/20), de son obligation spéciale de motivation (article 57/22) et du recours en cassation administrative qui peut être exercé contre ses décisions (article 57/23). Les travaux préparatoires de la loi susvisée confirment d’ailleurs, à différentes reprises, la nature juridictionnelle de la Commission (Doc. parl., Sénat, 1992-1993, n° 555-1, pp. 11, 46 et 47; Doc. parl., Chambre, 1992-1993, n° 903/5, p. 56)*”.

altri indici (funzionali e formali) costituiscono tanto condizioni che conseguenze dell'atto giurisdizionale¹⁰.

Oltre alle giurisdizioni ordinarie e amministrative, si è quindi riconosciuto il diritto di sollevare una questione pregiudiziale ad altre istituzioni che ricoprono, in determinati ambiti, una funzione giurisdizionale e per le quali si è riconosciuta la qualità di giurisdizione¹¹. Si pensi, ad esempio, ai *collèges des bourgmestres et échevins*, qualora agiscano come giurisdizioni elettorali¹², alla *Commission d'appel de l'Institut des experts comptables et des conseils fiscaux*¹³, alle c.d. giurisdizioni di cooperazione o al *comité permanent de contrôle des services de renseignement*¹⁴.

Sono state però escluse dalla possibilità di adire la *Cour* in via pregiudiziale le giurisdizioni arbitrali¹⁵; e, almeno fino ad oggi, non vi sono state problematiche rilevanti in merito alla possibilità, per le autorità amministrative indipendenti (d'ora in avanti, AAI), di sollevare una questione pregiudiziale.

¹⁰ M. VERDUSSEN, *op. cit.*, 167.

¹¹ Per un elenco completo delle 54 giurisdizioni competenti a sollevare una questione pregiudiziale, si rinvia a quello contenuto nel motore di ricerca della *Cour constitutionnelle*, all'interno della rubrica "juridictions a quo", reperibile *on line* alla pagina <http://www.const-court.be/fr/common/home.html>.

¹² *Cour constitutionnelle*, arrêt n. 31/2002 del 30 gennaio 2002, reperibile *on line* alla pagina <http://www.const-court.be/public/f/2002/2002-031f.pdf>.

¹³ *Cour constitutionnelle*, arrêt n. 12/2002 del 16 gennaio 2002, reperibile *on line* alla pagina <http://www.const-court.be/public/f/2002/2002-012f.pdf>.

¹⁴ Per altri esempi, v. B. RENAULD, *Saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle*, in P. MARTENS (dir.), *Saisir la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne*, Liège, Anthémis, 2012, 86-87, cit. da E. JACUBOWITZ – C. CAILLE, *Les questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle*, in *DroitBelge.Net*, nota 3. L'articolo è reperibile *on line* alla pagina http://www.droitbelge.be/news_detail.asp?id=930.

¹⁵ Non sono state espressamente escluse per legge, ma già nei lavori preparatori: cfr. *Doc. Parl., Sénat, sess. ord. 1980-1981*, n. 704/1, 6. Sul punto, v. M. VERDUSSEN, *op. cit.*, 168.

4. Il ricorso pregiudiziale e le autorità amministrative indipendenti

La nozione di AAI ha un rilievo complessivamente modesto nel diritto positivo belga¹⁶. Nulla è sancito nel testo costituzionale in merito alle AAI e la loro disciplina è generalmente definita mediante un atto legislativo (o un decreto o un'*ordonnance* per le autorità create a livelle delle entità federate), ogni volta che viene istituita una AAI. La *Cour constitutionnelle* ha sancito la costituzionalità di tali organi nella sentenza n. 130/2010¹⁷.

Queste autorità possono essere definite come autorità, dotate o meno della capacità giuridica, cui il legislatore (o anche il potere esecutivo nell'ambito del suo potere regolamentare autonomo) riconosce una determinata autonomia, incompatibile con il fatto di essere sottoposte al controllo gerarchico o di tutela, al fine, principalmente, di consentire a tale autorità di esercitare le proprie competenze con la più grande obiettività e imparzialità¹⁸. Tali autorità possono emettere pareri e raccomandazioni, adottare provvedimenti individuali (come delle autorizzazioni), disporre di un potere di controllo e di sorveglianza, di poteri di indagine o di istruzione, di mediazione, di arbitrato e di regolamento dei conflitti e, infine, di un potere di sanzione. Alcune AAI dispongono anche del potere di emettere regolamenti.

Le AAI non sono, però, considerate giurisdizioni. Tale condizione spiega l'inesistenza, da quanto consta, di problematiche relative alla possibilità per le autorità amministrative indipendenti belghe di adire la *Cour constitutionnelle* mediante una questione pregiudiziale.

¹⁶ Nel 2006, David Le Roy sottolineava come nessuna norma definisse le AAI e come la giurisprudenza avesse riservato scarsa attenzione al riguardo, eccezion fatta per la c.d. "legisprudenza" della sezione per la legislazione del *Conseil d'Etat*, in cui alcuni riferimenti erano presenti. È stata quindi essenzialmente la dottrina a definire le AAI: cfr. D. LE ROY, *Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge*, l'articolo è reperibile *on line* alla pagina <http://www.crid.be/pdf/public/6386.pdf>.

¹⁷ *Cour constitutionnelle*, arrêt n. 130/2010, reperibile *on line* alla pagina <http://www.const-court.be/public/f/2010/2010-130f.pdf>.

¹⁸ P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, voce «Autorité administrative indépendante» (cit. da P. NIHOUL, *Les autorités administratives indépendantes en Belgique*, in *Revue française de droit administratif*, 2013, 897).

Esistono però istituzioni legate ad AAI cui è stata riconosciuta la qualifica di giurisdizione e che, di conseguenza, possono adire la *Cour*. L'esempio più emblematico è quello del *Conseil de la concurrence*. Il *Conseil de la concurrence* è una giurisdizione amministrativa che, con il *Service de la concurrence*, svolge una missione di autorità della concorrenza. Il suo compito è quello di far rispettare il diritto della concorrenza e dispone, a tal fine, di competenze di indagine e di sanzione contro le imprese. La sua legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità, comunque, discende dalla sua natura esplicitamente giurisdizionale, a prescindere dalla sua vicinanza, in termini di funzioni svolte, alle altre AAI.

* * *

In conclusione, nell'ordinamento belga, con riferimento al potere di sollevare una questione pregiudiziale, si è soliti distinguere le giurisdizioni ordinarie e amministrative dalle altre giurisdizioni¹⁹. Da quanto risulta dall'esito della ricerca svolta, non essendoci state sollecitazioni della *Cour constitutionnelle* in merito alla possibilità, per una autorità amministrativa indipendente (AAI), di sollevare una questione pregiudiziale, esse non rientrano in questa ultima categoria. L'unico esempio che si può menzionare è quello del *Conseil de la concurrence*, che, però, come si è visto, ha una natura affatto peculiare, stante la sua qualificazione esplicita in termini di giurisdizione.

¹⁹ M. VERDUSSEN, *op. cit.*, 164.

FRANCIA

di Céline Torrisi

1. La *question prioritaire de constitutionnalité*

La procedura di controllo della costituzionalità delle leggi in via incidentale, la c.d. *question prioritaire de constitutionnalité* (d'ora in avanti QPC), è stata introdotta nell'ordinamento francese con la riforma costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008¹, che ha inserito nel testo costituzionale l'articolo 61-1 e modificato l'articolo 62.

L'art. 61-1 stabilisce che, qualora, in occasione di un procedimento in corso dinanzi ad una giurisdizione, si sostenga che una disposizione di legge violi i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione, il *Conseil constitutionnel* può essere investito di tale questione dal *Conseil d'État* o dalla *Cour de cassation*, che, eventualmente adite da un giudice di primo o di secondo grado, esercitano una funzione di filtro preventivo.

Le condizioni di applicazione dell'art. 61-1 sono state disciplinate con la legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009², dichiarata conforme alla Costituzione con decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2009-595 DC del 3 dicembre 2009³. In tale decisione, il *Conseil* ha precisato alcuni elementi procedurali, sottolineando che la questione prioritaria di costituzionalità debba essere sollevata dinanzi alle giurisdizioni sottoposte al *Conseil d'État* o alla *Cour de cassation* (cons. 18) o direttamente innanzi alle medesime giurisdizioni (cons. 21). Si è affermata, quindi, la specializzazione di ciascuna giurisdizione (*Conseil d'État* o *Cour de cassation*) nell'esaminare una QPC. Ha poi sottolineato che,

¹ Il testo della legge è reperibile *on line* alla pagina https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?dateJO=20080724&numJO=0&numTexte=2&pageDebut=11890&pageFin=11895.

² A tale legge è stata data esecuzione mediante i decreti n. 2010-148 del 16 febbraio 2010 e n. 2010-149 del 15 ottobre 2010, i quali hanno ulteriormente precisato aspetti della procedura. La circolare del 24 febbraio 2010 del Ministro della giustizia spiega in dettaglio la procedura da seguire dinanzi alle giurisdizioni ordinarie ed il decreto n. 2010-216 del 15 ottobre 2010 disciplina la procedura di esame della QPC da parte della *Cour de cassation*.

³ Il testo della sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009595DC.htm>.

attuando tali disposizioni, la legge organica ha realizzato l'obiettivo costituzionale di buona amministrazione della giustizia⁴.

La QPC, che non viene definita come una vera e propria questione pregiudiziale⁵, consente, quindi, di contestare la costituzionalità di una legge applicabile ad una controversia davanti alle giurisdizioni comuni. Il giudice *a quo* deve rinviare la QPC al *Conseil d'État* o alla *Cour de cassation*, che hanno il compito di verificare che i criteri per il promovimento della questione siano soddisfatti. Tali criteri sono definiti all'art. 23-2 della legge organica del 2009, secondo cui il giudice *a quo* può trasmettere la QPC al *Conseil d'État* o alla *Cour de cassation* qualora: (1) la disposizione contestata sia applicabile alla controversia o al procedimento o costituisca il fondamento per il perseguimento di un reato; (2) non sia stata già dichiarata conforme alla Costituzione nella motivazione o nel dispositivo di una decisione del *Conseil constitutionnel*, salvo che non si sia verificato un cambiamento di circostanze; (3) la questione non sia sprovvista del c.d. *caractère sérieux*. Se tali condizioni sono rispettate, il *Conseil d'État* o la *Cour de cassation* trasmettono la QPC al *Conseil constitutionnel*, unico giudice della costituzionalità delle norme aventi forza di legge⁶.

Con il sistema di filtro operato dalle corti supreme, si è scelto di escludere la possibilità di un ricorso diretto al *Conseil constitutionnel* da parte del giudice *a quo*. L'unico caso in cui si può adire direttamente il *Conseil constitutionnel* è quando esso deve decidere in materia elettorale⁷.

⁴ Per maggiori dettagli v. M. GUILLAUME, *La questione prioritaria di costituzionalità*, in *Giustizia e Cassazione*, 2010. L'articolo è reperibile *on line* alla pagina https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/site_italien/QPC/qpc_mguillaume.pdf.

⁵ Sul punto, v. M. GUILLAUME, *La questione prioritaria di costituzionalità*, cit., 3: "qualificando tale questione come 'prioritaria', la legge organica mostra che non si tratta di una questione 'pregiudiziale'. In effetti, la questione deve essere trattata prima di tutte le altre, mentre, di fronte ad una questione pregiudiziale, il giudice deve innanzitutto statuire sulle altre allegazioni; porre la questione pregiudiziale e rinviare a nuova udienza solamente nel caso in cui nessuno di questi altri mezzi gli permetta di risolvere il litigio. Qui è esattamente l'inverso". V., altresì, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 4° ed., Paris, 2016, 449 e §485, 470.

⁶ La procedura da seguire davanti al *Conseil constitutionnel* è stata disciplinata dal *règlement intérieur* del *Conseil constitutionnel* adottato con la decisione n. 2010-117 ORGA del 4 febbraio 2010 recante il regolamento interno sulla procedura applicabile per le questioni prioritarie di costituzionalità. Il testo della decisione è reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010117ORGA.htm>.

⁷ V. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2011-4538 SEN del 12 gennaio 2012, *Sénat, Loiret, grégory Bubenheimer*.

Secondo l'art. 62 della Costituzione, una disposizione dichiarata incostituzionale in virtù dell'art. 61 non può essere né promulgata né applicata. Viene considerata abrogata dal momento della pubblicazione della decisione del *Conseil constitutionnel* o dalla data indicata dal *Conseil*, nel caso in cui si disponga il differimento nel tempo degli effetti della declaratoria. Non è ammesso alcun ricorso contro le decisioni del *Conseil constitutionnel*, che sono vincolanti per i pubblici poteri e per tutte le autorità amministrative e giurisdizionali.

2. Le giurisdizioni competenti a sollevare una *question prioritaire de constitutionnalité*

2.1. Le giurisdizioni sottoposte al *Conseil d'État* ed alla *Cour de cassation*

L'art. 23-1 della legge organica del 2009 stabilisce che la QPC può essere sollevata davanti alle giurisdizioni sottoposte al *Conseil d'État* o alla *Cour de cassation*. Si tratta, quindi, di tutte le giurisdizioni amministrative, penali (tranne alcune eccezioni), civili e finanziarie (art. LO 142-2 del Codice delle giurisdizioni finanziarie). La QPC può essere sollevata in prima istanza, in appello o in cassazione (art. 23-1 e 23-5) dinanzi alle giurisdizioni ordinarie ed amministrative e dinanzi alle giurisdizioni specializzate quali, ad esempio, la *Cour de justice de la République*, competente a giudicare i membri del Governo penalmente responsabili degli atti commessi nell'esercizio delle loro funzioni (art. 2 e 68-1 della Costituzione), giacché le sue decisioni sono impugnabili innanzi alla *Cour de cassation* e entrano, quindi, nella categoria definita dalla legge organica. Si possono anche sollevare questioni di costituzionalità davanti alla *Commission d'instruction des demandes en révision et en réexamen des condamnations pénales* (art. 623-1 del Codice di procedura penale) ed alla *Cour nationale du droit d'asile*.

2.2. Le giurisdizioni escluse

Il legislatore del 2009 ha espressamente escluso che una QPC possa essere sollevata innanzi alla *Cour d'assises* (LO art. 23-1, al. 4) durante la fase dibattimentale di primo grado. Può essere sollevata, invece, durante la fase istruttoria e nel corso dell'appello o del giudizio di cassazione.

Anche se implicitamente, altre giurisdizioni sono state escluse dal controllo in via incidentale. Si tratta del *Tribunal des conflits*, competente per definire le

questioni di giurisdizione, e della *Cour supérieure d'arbitrage*, competente per giudicare sui ricorsi contro le sentenze arbitrali in materia di conflitti di lavoro: questi due organi non dipendono, infatti, né dal *Conseil d'État* né dalla *Cour de cassation*.

Per quanto riguarda il *Tribunal des conflits*, sia i lavori preparatori che il commento ufficiale del *Conseil constitutionnel*⁸ alla decisione del 3 dicembre 2009, lo escludono dalla procedura di QPC, la quale può, comunque, essere sollevata prima o dopo la decisione del medesimo tribunale. Quest'ultimo, con decisione del 4 luglio 2011, *Bidalou*⁹, ha confermato la propria incompetenza nel sollevare una QPC.

In linea teorica, quindi, tutte le giurisdizioni che non rientrano nella categoria delle giurisdizioni sottoposte alle due corti supreme o nelle categorie espressamente definite dal legislatore non possono proporre questioni di costituzionalità. Un breve dibattito è però emerso nel 2011, quando fu sollevata una QPC davanti alla *Commission des sanctions* dell'*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* (d'ora in avanti, ACPR), una autorità amministrativa indipendente.

3. QPC ed autorità amministrative indipendenti

3.1. Le autorità amministrative indipendenti: inquadramento generale

Le autorità amministrative indipendenti (d'ora in avanti, AAI) sono state inserite nell'ordinamento francese con la legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978 sull'informatica e le libertà¹⁰, che ha previsto la Commissione nazionale dell'informatica e delle libertà (c.d. CNIL). Con l'entrata in vigore della legge n. 2017-55 del 20 gennaio 2017, sullo statuto generale delle autorità amministrative

⁸ V. il commento alla decisione n. 2009-595 DC del 3 dicembre 2009, 4. Il documento è reperibile *on line* alla pagina https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2009595dc/ccc_595dc.pdf.

⁹ Il testo della sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000025707121>.

¹⁰ Il testo della legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886460>.

indipendenti e delle autorità pubbliche dipendenti¹¹, il legislatore ha ridotto il numero di AAI (che erano circa una quarantina), accorpandole e distinguendo, in seno a questa categoria, le autorità amministrative *stricto sensu* dalle autorità pubbliche indipendenti (le c.d. API) che dispongono della c.d. *personalité morale*, ovvero della capacità giuridica. Ad oggi, ci sono 26 AAI (di cui 8 hanno lo statuto di API¹²). Possono emettere pareri o raccomandazioni, disporre di un potere di decisione individuale, di un potere di regolamentazione di un settore o di un potere sanzionatorio¹³ (come, ad esempio, l'*Autorité de la concurrence*, l'*Autorité des marchés financiers* o il *Conseil supérieur de l'audiovisuel*).

Il riconoscimento di tale potere sanzionatorio consente a determinate AAI di svolgere, di fatto, vere e proprie funzioni giurisdizionali, rendendo sempre più tenue la distinzione classica tra amministrazione e giurisdizione. Tuttavia, sia il *Conseil d'État* che il *Conseil constitutionnel*¹⁴ hanno sempre rifiutato, nel silenzio della legge, di attribuire la qualifica di autorità giurisdizionale ad una autorità amministrativa o pubblica indipendente incaricata di una funzione di regolamentazione. Di conseguenza, nel contenzioso costituzionale francese, la *ratio* di base è che, non potendo essere qualificate come giurisdizioni, non possono sollevare questioni prioritarie di costituzionalità innanzi a dette autorità.

Si deve però riportare il caso particolare in cui una AAI aveva accettato di esaminare una QPC giacché si era auto-riconosciuta la qualità di giurisdizione amministrativa speciale di primo grado, come tale sottoposta al *Conseil d'État*.

¹¹ Il testo della legge è reperibile *on line* alla pagina https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000033897475.

¹² Sono l'*Agence française de lutte contre le dopage* (AFLD), l'*Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières* (ARAFER), l'*Autorité des marchés financiers* (AMF), il *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA), il *Haut Conseil du commissariat aux comptes* (H3C), la *Haute autorité de santé* (HAS), la *Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet* (HADOPI) e il *Médiateur national de l'énergie*. Per un elenco delle AAI, v. <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/organisation/etat/aai/quelles-sont-differentes-autorites-administratives-independantes-aai.html>.

¹³ V. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 88-248 DC del 17 gennaio 1989, sul *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, e n. 89-260 DC del 28 luglio 1989, sulla *Commission des opérations de bourse* (poi divenuta l'*Autorité des marchés financiers*).

¹⁴ V. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 89-260 DC del 28 luglio 1989, sulla legge relativa alla sicurezza ed alla trasparenza dei mercati finanziari, e *Conseil constitutionnel*, decisione n. 88-248 DC del 17 gennaio 1989, precitata.

3.2. Il caso della *Commission des sanctions* dell'*Autorité de Contrôle Prudentiel et de résolution*

Nel 2011, la *Commission des sanctions* dell'*Autorité de Contrôle Prudentiel et de résolution*¹⁵ (d'ora in avanti ACP) era stata adita dal *Collège* (l'organo inquirente) in merito ad una procedura disciplinare nei confronti di un istituto di credito accusato di non aver adempiuto ai propri obblighi in materia di controllo interno. Nell'ambito di tale procedimento, la Commissione era stata chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità di una QPC relativa alla conformità ai principi costituzionali di indipendenza e di imparzialità delle giurisdizioni delle disposizioni legislative del Codice monetario e finanziario relative alle funzioni di perseguimento, di istruzione e di giudizio dell'ACP. Per decidere dell'ammissibilità della QPC, la Commissione ha affermato la propria qualità di giurisdizione amministrativa specializzata. In effetti, nella decisione del 13 maggio 2011¹⁶, la Commissione aveva considerato che la QPC sollevata dall'istituto di credito fosse ammissibile, in quanto il legislatore le aveva conferito la qualità di "giurisdizione sottoposta al *Conseil d'État* ai sensi dell'art. 23-1 dell'*ordonnance* n. 58-1067 del 7 novembre 1958, come modificata con l'introduzione del giudizio in via incidentale.

Nello specifico, la Commissione aveva sottolineato che risultava dalle disposizioni degli artt. L. 612-9 e da L. 612-38 a L. 612-41 del Codice monetario e finanziario, come modificato dall'*ordonnance* n. 2010-76 del 21 gennaio 2010, che la commissione delle sanzioni dell'ACP presentasse tutti i criteri necessari per essere qualificata alla stregua di una giurisdizione (usando, quindi, il metodo del c.d. *faisceau d'indices*). Aveva sottolineato, al riguardo, che la Commissione si pronuncia in maniera collegiale sulle problematiche disciplinari sulle quali è chiamata a pronunciarsi su sollecitazione del *Collège*, in seguito ad una istruzione svolta in contraddittorio tra il soggetto accusato ed il rappresentante del medesimo organo. Sulla base di tali elementi, nonché di quelli relativi alla composizione

¹⁵ Istituita il 9 marzo 2010, in applicazione dell'*ordonnance* del 21 gennaio 2010, l'ACPR è l'organo nato dalla fusione delle autorità di controllo dei settori bancari e assicurativi e delle autorità di accreditamento. Per maggiori informazioni, si rinvia al sito dell'ACPR (<https://acpr.banque-france.fr/lacpr/presentation/quest-ce-que-lacpr>).

¹⁶ *Commission des sanctions, Autorité de contrôle prudentiel*, decisione n. 2010-06 bis del 13 maggio 2011. La decisione, non pubblicata nella raccolta di giurisprudenza dell'Autorità, è stata commentata da J.-P. KOVAR, *La commission des sanctions de l'ACP: juridiction ou administration? Brèves remarques sur la qualification de juridiction administrative spéciale de la commission des sanctions de l'ACP*, in *Les Petites Affiches*, n. 225 del 9 novembre 2012, 29.

della Commissione, alla facoltà di ricusare un membro per il quale esista una ragione seria di mettere in dubbio l'imparzialità, alle garanzie del diritto di difesa, alle condizioni nelle quali la Commissione delibera ed alla possibilità di impugnare le sue decisioni innanzi al *Conseil d'État* su iniziativa di una o dell'altra delle parti (il c.d. *faisceau d'indices*), la Commissione aveva stabilito che il legislatore le aveva effettivamente conferito la qualità di giurisdizione amministrativa speciale di primo grado, sottoposta al *Conseil d'État*. Aveva, quindi, esaminato la QPC sollevata, rifiutando, però, di trasmetterla al *Conseil d'État* in quanto sprovvista del c.d. *caractère sérieux*.

Due anni dopo, sono state sollevate tre nuove QPC dinanzi alla medesima Commissione. Tali QPC erano state sollevate dalla *Banque populaire de la Côte d'Azur*, nei cui confronti erano state irrogate una sanzione disciplinare ed una sanzione pecuniaria di 500.000 euro per varie mancanze negli obblighi dichiarativi e di vigilanza in materia di assegno, e per non aver rimediato ad alcune carenze concernenti il controllo collegato alla lotta al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo.

Con la decisione n. 2012-04 del 10 gennaio 2013¹⁷, la *Commission des sanctions de l'ACP* ha però cambiato orientamento rispetto al suo precedente, considerando che, anche se “è organizzata e funziona in maniera del tutto simile ad una giurisdizione, il legislatore non ha inteso conferirle tale qualità”. Tale ragionamento si è fondato sulla lettura combinata del punto IV dell'art. 612-16 del Codice monetario e finanziario, secondo cui le decisioni della Commissione possono essere impuginate dinanzi al *Conseil d'État*, e dell'art. L. 311-4 del Codice di giustizia amministrativa, che specifica che il *Conseil d'État* è competente in prima ed unica istanza¹⁸.

¹⁷ La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/20130111-decision-de-la-commission-des-sanctions.pdf>.

¹⁸ “*Considérant qu'aux termes des articles L. 612-1 et L. 612-4 du COMOFI, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, l'ACP est une autorité administrative indépendante comprenant un Collège et une Commission des sanctions; que si le IV de l'article L. 612-16 du même code prévoit seulement que les décisions de la Commission des sanctions «peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État», l'article L. 311-4 du CJA, tel que modifié par l'article 16 de la même ordonnance, précise que c'est « en premier et dernier ressort » que le Conseil d'État connaît de ces recours; qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que, même si la Commission des sanctions est organisée et fonctionne de manière similaire à une juridiction, le législateur n'a pas entendu lui conférer cette qualité; que, par suite, bien que la commission ait, dans une décision du 13 mai 2011, regardé comme recevable une QPC avant de refuser de la transmettre faute de caractère sérieux, les trois*

La Commissione ha quindi dichiarato inammissibili le tre QPC.

A parte questo episodio isolato, non vi sono stati altri tentativi, da parte di autorità amministrative indipendenti, di autoconferirsi la qualità di giurisdizione competente per sollevare una QPC. Naturalmente, si possono sempre sollevare QPC nell'ambito di un ricorso contro le decisioni rese da tali autorità che possono essere impugnate innanzi alle giurisdizioni amministrative o giudiziarie: in tal caso, però, si rientra nel regime comune delle questioni sollevate da organi espressamente contemplati dalla legge organica come legittimati a sollevare QPC.

QPC soulevées par la BPCA sont irrecevables; [...] (estratto dalla decisione n. 2012-04 del 10 gennaio 2013).

GERMANIA

di Maria Theresia Roerig

1. Il controllo concreto delle norme

Tra le numerose competenze del Tribunale costituzionale federale, elencate nella Legge fondamentale (LF) e poi integrate dalla legge ordinaria federale sul Tribunale costituzionale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – BVerfGG)¹, il c.d. controllo concreto di costituzionalità delle norme federali o di quelle dei *Länder* riguardo alla loro applicazione al singolo caso (*konkrete Normenkontrolle* – art.

¹ Le competenze del Tribunale comprendono:

a) il controllo astratto (art. 93, comma 1, n. 2, della Legge fondamentale) e concreto (art. 100, comma 1, della Legge fondamentale) di costituzionalità delle norme federali dei *Länder*;

b) il ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*) [art. 93, comma 1, n. 4a, della Legge fondamentale; il n. 4b prevede, invece, il ricorso diretto di Comuni ed associazioni di Comuni per la lesione del diritto all'autoamministrazione (*Recht auf Selbstverwaltung*)];

c) i conflitti tra organi dello Stato (*Organstreitigkeiten* – art. 93, comma 1, n. 1 della Legge fondamentale);

d) i conflitti federali tra *Bund* e *Länder* (*Bund-Länder Streitigkeiten*), tra *Länder* o interni ad un *Land* (art. 93, comma 1, nn. 3 e 4, della Legge fondamentale);

e) i giudizi relativi alla messa in stato d'accusa del Presidente federale ed i procedimenti a carico dei giudici federali (artt. 61 e 98, commi 2 e 5, della Legge fondamentale);

f) il procedimento di decadenza dai diritti fondamentali (art. 18 della Legge fondamentale);

g) il giudizio sulla anticostituzionalità di un partito politico (art. 21, comma 2, della Legge fondamentale);

h) i ricorsi contro le decisioni del Parlamento in merito alla verifica delle elezioni e del mandato parlamentare (art. 41, comma 2, della Legge fondamentale);

i) la verifica circa la presenza di norme di diritto internazionale consuetudinario all'interno dell'ordinamento giuridico federale (art. 100, comma 2, della Legge fondamentale);

j) le divergenze nell'interpretazione della Costituzione tra la giurisprudenza costituzionale e quella dei *Länder* (art. 100, comma 3, della Legge fondamentale);

k) la risoluzione delle problematiche relative alla qualificazione degli atti normativi anteriori alla Costituzione come diritto federale (art. 126 della Legge fondamentale).

Per ulteriori dettagli, v., in lingua italiana, *ex multis*, F. RESCIGNO, *La giustizia costituzionale in Germania*, in M. OLIVETTI – T. GROPPi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, 94 ss.; F. PALERMO, *La giustizia costituzionale in Germania*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2009, 145 ss.

100, comma 1, della Legge fondamentale) rappresenta il giudizio costituzionale che di più si avvicina al giudizio in via incidentale presente nell'ordinamento italiano. Si segnala tuttavia come nella pratica il controllo sulla costituzionalità delle norme si instaura in Germania il più delle volte, non in via incidentale o principale, ma in seguito a ricorsi individuali diretti che possono investire l'atto normativo, ai sensi di quanto previsto dall'art. 93 BVerfGG.

Nell'ambito della *konkrete Normenkontrolle* possono essere oggetto di controllo solo le leggi in senso formale, federali e dei *Länder* (incluse le rispettive leggi costituzionali): sono quindi escluse le fonti secondarie e le leggi emanate precedentemente all'entrata in vigore della Legge fondamentale. L'oggetto è dunque assai più circoscritto rispetto a quello del controllo astratto; il controllo sulla legittimità delle norme di rango infra-legislativo rientra nella competenza dei giudici comuni.

Ai sensi dell'art. 100 LF², quando nel corso di un processo il giudice che deve decidere una controversia sulla base di una legge dubita della sua legittimità

² L'art. 100 LF recita:

(1) Se un organo giurisdizionale ritiene incostituzionale una legge dalla cui validità dipende la decisione della lite, il procedimento dinanzi ad esso deve essere sospeso e la decisione rimessa all'organo giurisdizionale competente per le controversie costituzionali all'interno di un Land, se si tratta di violazione della Costituzione di un Land, o alla Corte costituzionale federale, se si tratta della violazione della presente Legge fondamentale. Ciò vale altresì per le ipotesi di violazione della presente Legge fondamentale commessa con norme di un Land, o di incompatibilità di una legge di un Land con una legge federale.

(2) Quando in una controversia sussista un dubbio in ordine al punto se una norma di diritto internazionale sia parte integrante del diritto federale e se essa possa direttamente far sorgere diritti o obblighi in capo ai singoli (art. 25), l'organo giurisdizionale deve rimettere la decisione alla Corte costituzionale federale.

(3) Se nell'interpretazione della Legge fondamentale la Corte costituzionale di un Land intende discostarsi da una decisione della Corte costituzionale federale o della Corte costituzionale di un altro Land, deve rimettere la decisione alla Corte costituzionale federale.

Analogamente prevede l'art. 13 BVerfGG: *“Il Tribunale costituzionale federale decide nei casi stabiliti dalla Legge fondamentale e precisamente:*

(omissis)

n. 11. sulla compatibilità con la Legge fondamentale di una legge federale o di una legge di un Land, o sulla compatibilità con una legge federale di una legge o di altre norme giuridiche di un Land, su istanza di un Tribunale (art. 100, comma 1, della Legge fondamentale),

costituzionale, deve sospendere il procedimento e sottoporre la questione al Tribunale costituzionale federale mediante una richiesta rivolta a promuovere l'accertamento in ordine alla conformità a Costituzione della norma di cui debba fare applicazione nel caso concreto (*Richtervorlage*); se un tribunale ritiene quindi incostituzionale una legge dalla cui validità dipende la sua decisione, il processo deve essere sospeso. La *Richtervorlage* in Germania non è solo una facoltà o un diritto del giudice, ma anche un dovere. Solo in seguito alla decisione del Tribunale costituzionale il giudice potrà portare a termine il processo e pronunciare la sentenza. Ne deriva che il mancato rinvio in presenza dei necessari presupposti rappresenta una violazione della Legge fondamentale, per contrasto, non solo con l'art. 100 LF, ma anche con l'art. 101, comma 1, LF (diritto ad un giudice precostituito per legge)³.

Mentre se si tratta della violazione di una Costituzione di un *Land*, deve essere richiesta la decisione del Tribunale costituzionale del *Land* competente per le controversie costituzionali, se si adduce la violazione della Legge fondamentale, deve essere richiesta la decisione del Tribunale costituzionale federale. Ciò vale anche in relazione alla violazione della Legge fondamentale da parte del diritto di un *Land* o dell'incompatibilità di una legge di un *Land* con una legge federale.

Prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, il giudice *a quo* deve valutare la rilevanza della legge in questione rispetto al caso da decidere (è necessario dunque il requisito della rilevanza della questione o la c.d. *Entscheidungserheblichkeit*). Deve quindi sussistere il dato "oggettivo-funzionale" dell'esserci un giudizio: il giudice può sollevare una questione di legittimità costituzionale solo nell'esercizio di funzioni propriamente giurisdizionali e sempre che la soluzione della controversia concreta dipenda dalla validità della legge. Deve inoltre cercare di fornire alla legge un'interpretazione

n. 12. in caso di dubbio se una norma di diritto internazionale sia parte integrante del diritto federale e se fondi direttamente diritti e doveri per il singolo, su istanza di un Tribunale (art. 100, comma 2, della Legge fondamentale),

n. 13. se, nell'interpretazione della Legge fondamentale, il Tribunale costituzionale di un Land vuole discostarsi da una decisione emessa dal Tribunale costituzionale federale o dal Tribunale costituzionale di un altro Land, su richiesta di tale Tribunale costituzionale (art. 100 comma 3 della Legge fondamentale).

³ Contro l'arbitraria omissione perpetrata dal giudice, la cosiddetta *Nichtvorlage*, gli interessati possono, pertanto, dopo l'esperimento delle vie legali, promuovere un ricorso diretto al Tribunale costituzionale federale. Cfr., per ulteriori dettagli, M.D. POLI, *Il procedimento in via incidentale in Germania: das konkrete Normenkontrollverfahren*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 464.

costituzionalmente conforme. Solo se questo non risulta possibile, il giudice solleva la questione concreta, spettando al Tribunale costituzionale il monopolio dell'interpretazione della Legge fondamentale.

Al giudice *a quo* è, dunque, riconosciuta la competenza a «saggiare» la legittimità della legge, ma non quella di annullarla, per cui prima di proporre la questione al Tribunale costituzionale federale egli deve tentare di risolvere il caso sottopostogli per verificare quali sarebbero le conseguenze dell'applicazione della norma sospettata di incostituzionalità. Una volta che gli appaia chiara l'inapplicabilità della norma a causa della sua incostituzionalità (per cui non devono esservi solo dubbi generici), allora potrà (e dovrà) rimettere la questione al Tribunale costituzionale federale.

Presupposti indispensabili per l'emanazione dell'ordinanza di rimessione sono, in conclusione: a) la rilevanza (*Entscheidungserheblichkeit*); b) la convinzione dell'illegittimità della norma (*Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm*).

Una volta trasmessa al *Bundesverfassungsgericht*, la questione può essere giudicata inammissibile anche da una Camera (composta di tre membri) all'unanimità dei componenti. L'estinzione del giudizio *a quo* rende normalmente inammissibile il giudizio costituzionale, mentre nuovi sviluppi del giudizio *a quo* sospeso possono legittimare la revoca dell'ordinanza di rimessione.

Nel giudizio che si instaura è prevista una forma di contraddittorio, e le parti del giudizio *a quo* possono presentare memorie, prendere visione del fascicolo e farsi rappresentare nell'eventuale udienza, cui si giunge, però, solo se il Tribunale, anche in composizione camerale, non dichiara l'inammissibilità della questione.

Per quanto riguarda l'iniziativa delle parti in causa, si tratta di un mero impulso sollecitatorio per il giudice, che, unico promotore del procedimento in via incidentale, ne detiene il sostanziale monopolio, in quanto l'interesse privato si spersonalizza nell'interesse pubblico alla conformità costituzionale della legge. Del resto, ai sensi dell'art. 80, comma 3, BVerfGG: «*L'istanza del giudice è indipendente dalle censure di nullità della norma proposte dalle parti coinvolte nel processo*».

Infine, ai sensi dell'art. 82, comma 4, BVerfGG, il Tribunale costituzionale federale può consultare altre giurisdizioni, per verificare come hanno applicato nella propria giurisdizione la norma la cui costituzionalità è controversa. Il *Bundesverfassungsgericht* può, infatti, nell'ambito della propria discrezionalità, chiedere ai giudici di ultima istanza, sollecitandoli altresì a presentare le loro

considerazioni su una questione di diritto importante per la decisione, un parere su come hanno interpretato il parametro costituzionale nelle controversie che si sono poste dinanzi a loro, su come hanno applicato la normativa oggetto di contestazione nella loro giurisprudenza e su come hanno valutato le questioni ad essa connesse.

2. La legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità

La Legge fondamentale e la legge sul Tribunale costituzionale federale stabiliscono, in maniera dettagliata, a chi spetti la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità. La possibilità di sollevare la questione di costituzionalità nel giudizio in via incidentale (art. 100 LF e art. 80 BVerfGG) spetta a qualunque giudice quando questi, in sede di applicazione di una legge ad un caso concreto, giunga alla conclusione che una determinata legge da utilizzarsi nel giudizio pendente davanti a lui è incostituzionale.

La legittimazione al rinvio spetta quindi a tutti i giudici (motivo per cui si parla di *Richtervorlage*). Per “giudici”, ai sensi dell’art. 100, c. 1, LF, si intendono *in primis* i giudici ai sensi dell’art. 92, 2° periodo, LF, che recita quanto segue: “*La funzione giurisdizionale è attribuita alla magistratura ed è esercitata dalla Corte costituzionale federale, dalle autorità giudiziarie federali previste dalla presente Legge fondamentale e dalle autorità giudiziarie dei Länder*”.

Carattere distintivo per l’attività giudiziale è che venga svolta da terzi non coinvolti nella questione, in maniera indipendente ed imparziale sia dal punto di vista personale che sostanziale ai sensi dell’art. 97 LF (quindi non sottoposti ad istruzioni, ma vincolati solo alla legge), secondo cui “(1) *I giudici sono indipendenti e soggetti soltanto alla legge. (2) Contro la loro volontà, i giudici titolari appartenenti in modo permanente ai ruoli ed all’organico della magistratura non possono essere rimossi prima della scadenza della loro carica, né sospesi in via definitiva o provvisoria, destinati ad altra sede o collocati a riposo, se non in forza di una decisione giudiziaria adottata per i motivi e con le garanzie previsti dalle leggi. La legge può stabilire limiti di età raggiunti i quali i giudici di ruolo sono collocati definitivamente a riposo. In caso di modifica dell’organizzazione dei tribunali o dei loro distretti, i giudici possono essere trasferiti o dispensati dal servizio, fermo restando, tuttavia, il loro diritto allo stipendio integrale*”.

Tuttavia, in considerazione della *ratio* e dello scopo dell’art. 100, comma 1, LF, il Tribunale costituzionale interpreta la legittimazione e l’obbligo di

rimessione in maniera estensiva (così non è necessariamente richiesto il coinvolgimento di giudici togati). I giudici ai sensi della norma non sono solamente le autorità giudiziarie di cui all'art. 19, comma 4, LF (“*Chiunque subisca una lesione dei propri diritti fondamentali ad opera dei poteri pubblici può adire l'autorità giudiziaria. Se non vi è un'altra giurisdizione competente, questa spetta al giudice ordinario. È fatto salvo quanto disposto dall'art. 10, comma 2, secondo capoverso*”), ma – come esplicitamente affermato dal *Bundesverfassungsgericht* nella decisione del 17 gennaio 1957 – «*tutti gli organi giudicanti che, realmente indipendenti, sono investiti dei compiti di un giudice e qualificati alla stregua di giudici da una legge formale valida*» (BVerfG, ordinanza del 17 gennaio 1957 – 1 BvL 4/54, in BVerfGE 6, 55)⁴. Tali requisiti devono sussistere oggettivamente. Si deve tuttavia trattare di c.d. *staatlichen Gerichte*, ossia giudici inseriti nell'organizzazione pubblica della Repubblica federale tedesca.

Ciò premesso, sono legittimati e con ciò obbligati al rinvio (*scil.*, se ne sussistano le condizioni) i tribunali del *Bund* e dei *Länder* (giudici statali e federali), sia ordinari che speciali (giudici del lavoro, commissioni tributarie, tribunali sociali e tribunali amministrativi), di qualsiasi grado, ivi inclusi i senati della Corte suprema federale, la Corte suprema federale amministrativa, la Corte federale delle finanze, la Corte federale in materia di brevetti, la Corte federale di lavoro e in materia sociale ed i tribunali competenti per l'esercito (*Truppendienstgericht*)⁵. Non essendo necessariamente richiesta la decisione di una *controversia* ma solo una “decisione”, rientra nella nozione anche il giudice dei registri (*Registergericht*) nell'ambito della giurisdizione volontaria⁶ ed il giudice nell'ambito dei procedimenti sull'assistenza giudiziaria⁷ o, ad esempio, il giudice che decide sull'interdizione di una persona⁸.

⁴ Cfr. DEDERER in MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, Beck Online, ed. 2018, art. 100 LF, n. 67 ss. Nel senso che la nozione “giudice” di cui all'art. 100 LF corrisponda oggi anche a quello di cui all'art. 19, comma 4, LF, poiché la differenziazione sarebbe oggi obsoleta (tenendo conto che nel 1957 il *Finanzgericht* di cui alla decisione del *Bundesverfassungsgericht* non era composto da giudici), v. MÜLLER-TERPITZ, in MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/BETHGE (MSKB), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG*, ed. giugno 2018, art. 80, n. 49.

⁵ BVerfGE 21, 391 (398).

⁶ BVerfGE 4, 45 (48).

⁷ BVerfGE 31, 43 (44 s.).

⁸ BVerfGE 78, 77 (82 s.).

Giudici legittimati al rinvio sono inoltre i tribunali d'onore (*Ehrengerichte*) degli ordini degli avvocati⁹. La relativa giurisprudenza costituzionale si può estendere ai tribunali 'professionali' (giudici nei procedimenti disciplinari per determinate categorie professionali o di stato sociale) presso altri enti di diritto pubblico, a condizione che si possano considerare appartenenti allo Stato. Il legame allo Stato deve essere garantito in maniera sufficiente anche dal punto di vista personale, cioè lo Stato deve partecipare alla nomina del giudice quantomeno tramite una conferma¹⁰. Ciò viene oggi affermato solo in relazione ai tribunali per gli avvocati¹¹.

È irrilevante il grado del giudizio: può trattarsi indifferentemente di un giudice di prima istanza come di un giudice di ultima istanza; non è, pertanto, richiesto né dovuto l'esperimento di tutte le vie giudiziarie (l'art. 80, comma 1, BVerfGG infatti dispone: «*Dati i presupposti dell'art. 100 LF, i giudici chiedono immediatamente la decisione del Bundesverfassungsgericht*»).

Pure legittimate al rinvio sono le Corti costituzionali del *Länder*; quanto al *Bundesverfassungsgericht* stesso, se non può sollevare una questione davanti a sé, può invece sollevare una questione riguardante le leggi di un *Land* presso la Corte costituzionale di tale *Land*, e può e deve risolvere incidentalmente le questioni di compatibilità costituzionale (LF) che dovessero eventualmente porsi.

D'altra parte, i tribunali ecclesiastici, poiché non sono incardinati nella struttura dello Stato, sebbene posseggano senza dubbio la qualità di giudici, non possono sollevare alcuna questione di costituzionalità; parimenti vale per gli arbitrati privati (anche internazionali) ed i tribunali di associazioni (*Vereinsgerichte*). Né sono legittimati i funzionari giudiziari (*Rechtspfleger*) per mancanza di indipendenza sostanziale.

2.1. Il mancato riconoscimento della legittimazione in capo ad autorità diverse da quelle giurisdizionali

Sulla scorta dei principi sopra enucleati, non risultano legittimate a sollevare questione di costituzionalità le autorità amministrative di qualunque tipo o altri

⁹ BVerfGE 7, 1 (5).

¹⁰ BVerfGE 18, 241 (253 s.).

¹¹ Cfr. TERPITZ in MSKB, *op. cit.*, art. 80, n. 57, che richiama gli artt. 92 ss. BRAO e BVerfGE 7, 1 (5). Il tribunale per gli avvocati (procedure disciplinari) è stato istituito a seguito di un provvedimento federale presso le Corti di appello.

organi costituzionali coinvolti nell'attuazione/esecuzione delle leggi (come il Governo federale, *Bundesrat*, presidente del *Bundestag*). Nonostante il loro essere vincolati alla legge (art. 20, comma 3, LF), non spetta loro il diritto né il dovere di rinvio come si evince dalla chiara formulazione dell'art. 100 LF. Ciò vale pure se le autorità amministrative godono, grazie alle previsioni della Costituzione o delle leggi, di una autonomia sostanziale e di contenuti (come ad esempio la Corte dei conti, nonostante i suoi membri godano di indipendenza giudiziale) o se svolgono, nell'ambito di procedimenti deliberativi camerali (*Beschlusskammerverfahren*), attività analoghe a quelle dei giudici (come ad esempio le camere decisionali dell'autorità antitrust federale, dell'agenzia federale della rete, o i dipartimenti dell'Ufficio federale brevetti)¹². Con ciò la loro attività non diverge, comunque, da un'attività esecutiva e non è quindi riconducibile ad un'attività giurisdizionale ai sensi degli artt. 92 e 97 LF. Le autorità amministrative che hanno un dubbio costituzionale hanno solo la possibilità di spingere i governi del *Bund* o dei loro *Länder* a sollevare la questione nell'ambito di un giudizio in via principale (controllo astratto delle norme) oppure di adoperarsi nell'ambito di un procedimento giudiziale pendente a favore di una rimessione della questione al *Bundesverfassungsgericht*. Fino alla decisione di quest'ultimo al riguardo, l'amministrazione è vincolata alla norma ritenuta incostituzionale. Tuttavia, può entro certi limiti temporali, sospendere un procedimento amministrativo o tener conto dei propri dubbi nell'ambito di decisioni di tipo discrezionale¹³.

Infine, nemmeno ai giudici spetta la rimessione di questioni in relazione alle quali non esercitano una funzione originariamente giurisdizionale, ad esempio se eseguono solamente istruzioni amministrative nell'ambito dell'amministrazione della giustizia. In tal caso svolgono un'attività esecutiva e non giudiziale.

Per quanto riguarda i tribunali elettorali, essi sono competenti se sono organi puramente giurisdizionali e non anche organi parlamentari.

In conclusione, il diritto ed il corrispondente dovere di rinvio al *Bundesverfassungsgericht* al fine di un controllo concreto delle norme spetta solo ad organi del potere giurisdizionale e non a quello esecutivo o legislativo. Viene in tale senso rispettata una netta separazione dei poteri.

¹² Cfr. TERPITZ in MSKB, op. cit. art. 80, n. 66 e note 206-209.

¹³ Cfr. TERPITZ in MSKB, op. cit.

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

1. Il riconoscimento costituzionale della legittimazione ad adire in via incidentale il Tribunale costituzionale

L'art. 163 della Costituzione spagnola annovera tra le competenze del Tribunale costituzionale il giudizio in via incidentale, la c.d. *cuestión de inconstitucionalidad*¹. La disposizione così recita:

“Quando, nel corso di un processo, un organo giurisdizionale ritenga che una norma con forza di legge, applicabile al caso e dalla quale dipenda il dispositivo [della pronuncia]², possa essere in contrasto con la Costituzione, solleverà la

¹ Sulla questione di incostituzionalità, v., *ex plurimis*, J. JIMÉNEZ CAMPO, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, in AAVV, *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional e Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, 71-112; A. DE CABO DE LA VEGA, *Artículo 163: La cuestión de inconstitucionalidad*, in O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. XII, EDERSA, Madrid, 1996, 275-298; J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, 511-551; M. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, tesi di ricerca 2002, <https://www.tdx.cat/handle/10803/5067> (pubblicata da Cedecs, Barcellona, nel 2003); I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, Editorial Reus, Madrid, 2007; J. J. GONZÁLEZ RIVAS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010; M. CARRILLO, *El Tribunal Constitucional, un balance de cuarenta años*, in UNED. *Revista de Derecho Político*, n. 101, gennaio-aprile 2018, in part., 643-647; M.A. NÚÑEZ MARTÍNEZ, *Control de constitucionalidad de las normas: cuestión de inconstitucionalidad*, in B. PENDÁS (dir.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, vol. V, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 4193-4206; G. ROSADO IGLESIAS, *La cuestión y la autocuestión de inconstitucionalidad de la ley: La colaboración de las jurisdicciones ordinaria y constitucional en la depuración del ordenamiento*, in A. VILLANUEVA TURNES (coord.), *El Tribunal Constitucional español. Una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, Tébar Flores, 2018, 85-127.

Sulle differenze tra il processo costituzionale italiano e quello spagnolo v., per tutti, S. BAGNI, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, CLUEB, Bologna, 2007, in part. 85-133.

² L'art. 35, comma 2, della legge organica n. 2/1979, del 3 ottobre, sul Tribunale costituzionale LOTC richiedeva che la questione fosse sollevata una volta concluso il procedimento ed entro il termine per emettere sentenza. Tuttavia, l'art. 163 Cost. non utilizzava il termine “sentenza” ma *fallo* (dispositivo). Il Tribunale costituzionale ha presto chiarito che si può sollevare l'incidente di costituzionalità anche se la pronuncia da emanare è un'ordinanza (STC 76/1982, del 14 dicembre,

questione al Tribunale costituzionale nei casi, con le modalità e con gli effetti stabiliti dalla legge, senza che ciò implichi in alcun caso la sospensione [della norma denunciata]”³.

Per quanto riguarda l’oggetto del presente studio, la redazione finale della disposizione costituzionale si avvicina molto a quella che era stata proposta all’inizio dei lavori della Legislatura costituente. L’art. 154 dell’*anteproyecto* di Costituzione riconosceva la legittimazione ad adire⁴ il Tribunale costituzionale a qualsiasi “giudice o tribunale”. Tuttavia, vi era il timore che questa via di accesso

FJ 1). Nel 2007, l’art. 35, comma 2, LOTC è stato novellato ed ora fa riferimento al “termine per emettere sentenza o la risoluzione giudiziale corrispondente”.

³ La sospensione di cui parla l’art. 163 Cost. non poteva che essere quella della norma denunciata e non quella del giudizio *a quo*. La riforma del 2007 ha introdotto un nuovo comma 3 all’art. 35 LOTC, dal seguente tenore: “Il promovimento della questione di incostituzionalità darà luogo alla sospensione provvisoria delle attività nel processo giudiziario finché il Tribunale costituzionale non si pronunci sull’ammissibilità. Avvenuto questo, il processo giudiziario rimarrà sospeso finché il Tribunale costituzionale non risolva definitivamente la questione”.

⁴ La dottrina spagnola ritiene che, a rigore, sia più appropriato parlare, per il giudice *a quo*, di capacità di adire piuttosto che non di legittimazione; il Tribunale costituzionale utilizza indistintamente entrambe le espressioni.

“Saavedra Gallo [...] concluye que «el poder de promoción de cuestiones de inconstitucionalidad otorgado a los jueces y tribunales» «es una potestad-deber, y no otra cosa» porque «el legislador ha querido conceder a los jueces y tribunales un instrumento procesal que sirviera para amparar el derecho de las partes procesales a que se les aplique una ley concorde con la Constitución, sin atribuir a éstas ninguna facultad sobre el mismo. Sin embargo, ello no supone que los órganos jurisdiccionales adquieran, en cierto sentido, la condición de partes. Los jueces y tribunales siguen siendo lo mismo, lo único que varía es que cuentan con una potestad más». Parece así ligar, de un modo que puede calificarse de clásico, la existencia de legitimación con la condición de parte, que evidentemente no tiene el órgano judicial que plantea la cuestión.

*Ribas Maura, por su lado, se hace eco del problema, y se limita a razonar que «en esencia la actuación del órgano judicial no se diferencia de aquella que corresponde a los órganos que pueden personarse en un proceso de control de constitucionalidad (arts. 34 y 37.2 LOTC): formular alegaciones en un proceso estrictamente objetivo, dirigido a la eventual declaración de la conformidad o disconformidad de una norma con la Constitución», con lo que parece rechazar la postura de los críticos. En línea con estos últimos se encuentra, sin embargo, López Ulla para quien «en la medida en que los órganos judiciales no ejercitan una acción ante el Tribunal Constitucional cuando plantean una cuestión de inconstitucionalidad, estaremos de acuerdo en que es preferible hablar de facultad, competencia o prerrogativa, y no legitimación», aunque en el mismo lugar nos recuerda, con cita de alguna sentencia española (STC 76/1992) que «en este punto el TC no ha sido tan celoso, pues tan pronto habla de legitimación, como de competencia o sencillamente de facultad para plantear una duda de inconstitucionalidad» (I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 99-101).*

alla giurisdizione costituzionale potesse essere utilizzata in forma poco prudente da parte di questi. Per questo motivo, durante i dibattiti costituenti si avanzarono alcune proposte volte a circoscrivere la legittimazione ad organi che si riteneva che avrebbero agito con una maggiore responsabilità⁵. Così, si è prospettato che potessero adire il Tribunale costituzionale solo i tribunali di appello e di cassazione⁶, oppure gli organi giudiziari cui spettasse la decisione definitiva del processo o, ancora, gli organi giudiziari collegiali. Inoltre, si era proposto che i giudici e tribunali dovessero presentare la loro richiesta dinanzi al Tribunale supremo, che avrebbe agito a mo' di filtro, rimettendo al Tribunale costituzionale solo le questioni che avesse ritenute fondate, sulla scia della *consulta sobre constitucionalidad de las leyes por los Tribunales de Justicia* del Tribunale di garanzie costituzionali, istituito dalla Costituzione repubblicana del 1931.

Alla fine, il Costituente ha optato per riconoscere la legittimazione a sollevare la questione di incostituzionalità dei soggetti che abbiano la qualifica di “organo giurisdizionale”, onde evitare le distinzioni tra organi collegiali e monocratici avanzate durante i lavori parlamentari. Inoltre, poiché il dubbio sulla legittimità della norma di legge deve insorgere “nel corso di un processo”, è parimenti richiesto che l'organo giudiziario eserciti funzioni giudicanti.

La questione incidentale, affidata esclusivamente a giudici e tribunali, si configura, quindi, come una forma di collaborazione tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione costituzionale di estrema importanza, poiché si tratta di una collaborazione necessaria ad assicurare che il compito di depurazione dell'ordinamento da norme incostituzionali sia efficace ed operi in maniera dinamica e non meramente statica: solo attraverso la via incidentale, e non con quella del ricorso in via principale (con un numero assai ristretto di legittimati), si possono prendere in considerazione i cambiamenti nella realtà sociale ed il loro impatto sul contenuto delle norme (v., per tutte, la STC 17/1981, del 1° giugno, FJ 1).

⁵ Per ulteriori dettagli, v. M. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, cit., 219-224. I lavori parlamentari possono essere consultati *on line* alla pagina http://www.congreso.es/est_consti/.

⁶ Si sarebbero in tal modo ridotte notevolmente le possibilità di accesso alla giurisdizione costituzionale nell'ambito dei processi amministrativi e del lavoro (in quel momento da celebrarsi prevalentemente in unica istanza), e si sarebbero completamente escluse qualora il ricorso di appello dovesse essere giudicato da un organo giudiziale monocratico.

L'art. 5 della legge organica n. 6/1985, del 1° luglio, sul Potere giudiziario⁷ (d'ora in avanti, LOPJ), dopo aver dichiarato che la Costituzione è la fonte che si pone al vertice dell'ordinamento giuridico e vincola tutti i giudici, prevede l'obbligo per i giudici di interpretare ed applicare le leggi ed i regolamenti in conformità alle disposizioni ed ai principi costituzionali, come interpretati dalla giurisprudenza costituzionale. La questione incidentale dovrà dunque essere sollevata solo quando non sia possibile superare il dubbio di costituzionalità in via interpretativa.

La questione di costituzionalità è disciplinata agli artt. 35-37 della legge organica n. 2/1979, del 3 ottobre, sul Tribunale costituzionale⁸ (d'ora in avanti, LOTC), nonché da altre disposizioni contenute negli artt. 31-34 (disposizioni generali dei procedimenti di dichiarazione dell'incostituzionalità) e negli artt. 38-40 (effetti delle sentenze nei procedimenti di dichiarazione dell'incostituzionalità).

2. La qualifica di “organo giurisdizionale”

2.1. Gli organi integrati nel potere giudiziario

2.1.1. Gli organi della giurisdizione ordinaria

L'art. 163 Cost. riconosce la legittimazione ad adire in via incidentale il Tribunale costituzionale agli organi giurisdizionali, espressione poi ripresa nella LOPJ e nella LOTC (quest'ultima si riferisce indistintamente a giudici e tribunali oppure ad organi giurisdizionali)⁹. Naturalmente, non vi è stata alcuna difficoltà a ritenere che lo siano tutti gli organi della giurisdizione ordinaria, cioè integrati nel potere giudiziario.

⁷ Il testo della legge organica è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>.

⁸ Il testo della legge organica è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>.

⁹ Secondo l'art. 35 LOTC: “1. Quando un *giudice o tribunale*, d'ufficio o su istanza di parte, ritenga che una norma con rango di legge applicabile al caso e dalla cui validità dipenda il dispositivo possa essere contraria alla Costituzione, solleverà la questione al Tribunale costituzionale secondo quanto disposto in questa legge. 2. L'*organo giurisdizionale* potrà sollevare la questione solo una volta concluso il procedimento ed entro il termine per emettere sentenza, o la risoluzione giudiziale corrispondente [...]”. I corsivi sono aggiunti.

L'art. 117, comma 3, Cost. stabilisce che l'esercizio della potestà giurisdizionale in ogni tipo di processo, di cognizione o di esecuzione, spetta esclusivamente ai giudici ed ai tribunali indicati dalle leggi e l'art. 122, comma 1, Cost. affida alla legge organica la costituzione, il funzionamento e la disciplina di questi. In attuazione di queste disposizioni, l'art. 26 LOPJ attribuisce l'esercizio della potestà giurisdizionale a:

- i *juzgados* (organi monocratici) di pace;
- i *juzgados* civili, commerciali, in materia di violenza sulle donne, penali, contenzioso-amministrativi, del lavoro, dei minori e di sorveglianza penitenziaria;
- i tribunali provinciali;
- i tribunali superiori di giustizia;
- l'Udienza nazionale;
- il Tribunale supremo.

2.1.2. Gli organi della giurisdizione militare

L'art. 117, comma 5, Cost. stabilisce che il principio di unità della giurisdizione è alla base dell'organizzazione e del funzionamento dei tribunali spagnoli: non si hanno, quindi, giurisdizioni speciali. L'unica eccezione prevista dal Costituente in questa disposizione è stata l'esistenza di una giurisdizione militare, nell'ambito esclusivo delle Forze armate e per lo stato di assedio.

L'art. 1 della legge organica n. 4/1987, del 15 luglio, sulla competenza e l'organizzazione della giurisdizione militare, ha dichiarato che gli organi della giurisdizione militare sono integrati nel potere giudiziario dello Stato¹⁰ e l'art. 5 ha previsto esplicitamente che gli organi della giurisdizione militare possono sollevare la questione incidentale. Cionondimeno, la possibilità era già stata ammessa in precedenza dal Tribunale costituzionale, che con la STC 27/1985, del 26 febbraio, aveva riconosciuto la piena equiparazione a questi effetti tra giudici militari e giudici ordinari.

¹⁰ La stessa previsione è stata riportata di recente all'art. 3, comma 2, LOPJ ad opera della legge organica n. 7/2015, del 21 luglio.

2.2. Gli organi cui la Costituzione riconosce potestà giurisdizionale

Nonostante alcuni autori, tra cui RIBAS MAURA, si siano espressi a favore di una stretta interpretazione dell'art. 163 Cost., riconoscendo la legittimità unicamente agli organi integrati nel potere giudiziario, la dottrina maggioritaria¹¹ sostiene, con FERNÁNDEZ DE FRUTOS, che la qualifica di organo giurisdizionale dell'organo *a quo* non è sinonimo di appartenenza al potere giudiziario, riconoscendo così la legittimazione a sollevare la questione incidentale ad altri organi cui la Costituzione riconosce potestà giurisdizionale e che, quindi, esercitano le loro funzioni in forma imparziale, indipendente ed irrevocabile e che hanno capacità di dare esecutività alle loro decisioni. Per sostenere questa tesi, si fa riferimento all'art. 3, comma 1, LOPJ, secondo cui la giurisdizione "è unica e si esercita dai *juzgados* e dai tribunali previsti in questa legge, senza pregiudizio delle potestà giurisdizionali riconosciute dalla Costituzione ad altri organi". D'altronde, lo stesso Tribunale costituzionale sembra essersi orientato in questo senso quando ha ammesso che i giudici militari potessero adirlo ancor prima che la legge organica n. 4/1987 lo prevedesse esplicitamente¹².

Oltre agli organi della giurisdizione ordinaria e della giurisdizione speciale militare, potrebbero adire il Tribunale costituzionale: la Corte dei conti, il *tribunal del jurado*, i tribunali consuetudinari e tradizionali e lo stesso Tribunale costituzionale.

2.2.1. La Corte dei conti

L'art. 136 Cost. stabilisce che il *Tribunal de Cuentas* è il supremo organo di controllo della contabilità e della gestione economica dello Stato e del settore pubblico. I suoi membri godono della stessa indipendenza ed inamovibilità dei giudici e sono sottoposti alle stesse cause di incompatibilità. Fatta salva la sua giurisdizione, l'organo dipende direttamente dalle *Cortes Generales*.

¹¹ V., da ultimo, G. ROSADO IGLESIAS, *La cuestión y la autocuestión de inconstitucionalidad de la ley: La colaboración de las jurisdicciones ordinaria y constitucional en la depuración del ordenamiento*, cit., 98.

¹² V. *supra* par. 2.1.2.

Alla Corte dei conti sono state assegnate tradizionalmente due funzioni¹³: i) la funzione di controllo, sotto forma di controllo esterno, permanente e consuntivo, che consiste nel verificare se l'attività economica e finanziaria del settore pubblico rispetti i principi di legalità, efficienza ed economia; ii) la funzione giurisdizionale, disciplinata dagli artt. 15-18 della legge organica n. 2/1982, del 12 maggio, sulla Corte dei conti, e dagli artt. 49-87 della legge n. 7/1988, del 5 aprile, sul funzionamento della Corte dei conti, che consiste nell'esprimere un giudizio sulla responsabilità contabile assunta da coloro che sono incaricati della gestione di beni, capitali o titoli di proprietà pubblica e che ha lo scopo di ottenere il risarcimento dei fondi pubblici compromessi da malversazione, giustificazione erronea, incompleta o nulla, o da altre cause o comportamenti.

Nonostante i dubbi iniziali della dottrina, considerata la doppia funzione dell'organo e la sua dipendenza dalle *Cortes Generales*¹⁴, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto che la Corte dei conti è un organo di natura giurisdizionale quando opera in sede di *enjuiciamiento contable*, che non è altro che un processo speciale in *ratione materiae* (v., per tutte, la STC 215/2000, del 18 settembre, FJ 7). Questo ha portato la dottrina ad affermare che la Corte dei conti potrebbe adire il Tribunale costituzionale unicamente nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Sul punto, per ora, non si hanno conferme dal Tribunale costituzionale, in quanto la Corte dei conti non ha mai sollevato una questione incidentale.

2.2.2. *Il tribunal del jurado*

Il *tribunal del jurado* dà attuazione all'obbligo costituzionale della partecipazione dei cittadini all'amministrazione della giustizia attraverso l'istituto della giuria, sancito dall'art. 125 Cost. L'organo, disciplinato dalla legge organica n. 5/1995, del 22 maggio, è composto da un magistrato-Presidente e da nove membri laici, ed è competente per giudicare su determinati reati contro le persone, reati commessi da funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni, reati contro l'onore e contro la libertà e la sicurezza.

¹³ A queste due si è aggiunta di recente una terza: la funzione consultiva sulle novelle normative riguardanti il suo regime giuridico o l'esercizio delle funzioni di controllo e giurisdizionale, introdotta dalla legge n. 15/2014, del 16 settembre, sulla razionalizzazione del settore pubblico e recante altre misure di riforma amministrativa.

¹⁴ Su questo particolare v. I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 114-116.

I giurati non decidono sulle norme applicabili al processo, poiché si limitano ad emettere il verdetto, pronunciandosi sulla colpevolezza dell'imputato. Spetta al magistrato-Presidente, senza che debba consultarsi con i membri laici, la qualificazione penale dei fatti contestati, nonché la determinazione dell'eventuale pena e delle eventuali responsabilità civili (art. 4 della legge organica n. 5/1995). Per questo motivo, la dottrina¹⁵ ritiene che solo il magistrato-Presidente abbia la legittimazione a sollevare la questione incidentale.

2.2.3. I tribunali consuetudinari e tradizionali

L'art. 125 Cost. prevede anche che i cittadini possano partecipare all'amministrazione della giustizia nei tribunali consuetudinari e tradizionali.

L'art. 19 LOPJ, come novellato dalla legge organica n. 13/1999, ha riconosciuto la qualifica di tribunali consuetudinari al *Tribunal de las Aguas de la Vega Valencia*¹⁶ ed al *Consejo de Hombres Buenos de Murcia*¹⁷, con competenze in materia di distribuzione delle acque irrigue in zone territorialmente molto circoscritte.

Nella STC 113/2004¹⁸, del 12 luglio, che giudicava un ricorso di *amparo* riguardante il *Consejo de Hombres Buenos*, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che entrambi i tribunali consuetudinari esercitano autentiche potestà giurisdizionali nei rispettivi ambiti di competenza.

Fermo restando questo riconoscimento, FERNÁNDEZ DE FRUTOS¹⁹ ha evidenziato che il vero problema che si presenterà, semmai si presentasse

¹⁵ *Ibidem*, 118.

¹⁶ Per ulteriori approfondimenti v. V. FAIRÉN-GUILLÉN, *El Tribunal de las aguas valenciana y su proceso*, 2ª ed., Caja de Ahorros de Valencia, Valencia, 1988. Di recente, in lingua italiana, R. LOUVIN, *Aqua aequa: Dispositivi giuridici, partecipazione e giustizia per l'elemento idrico*, Giappichelli, Torino, 2018, 92-94.

¹⁷ V. J. GARCÍA MOLINA, *Administración y justicia tradicional: el Consejo de Hombres Buenos de Murcia*, 2ª ed., Junta de Hacendados de la Huerta de Murcia, Murcia, 2014, <http://www.juntadehacendados.es/wp-content/uploads/2015/09/Hombres-Buenos-interactivo-web.pdf>.

¹⁸ V., in particolare, i FFJJ 2-4 della decisione. Illustra i dubbi che aveva la dottrina al riguardo I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 116.

¹⁹ Cfr. M. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, cit., 240-243.

l'occasione di adire il Tribunale costituzionale, sarà quello di stabilire se la norma denunciata da cui dipenda l'esito del processo abbia rango di legge.

Il *Tribunal de las Aguas* applica nei suoi giudizi le *Ordenanzas de Riego* delle otto *Comunidades de Regantes de la Vega de Valencia*, nonché dei *Privilegios* del Re Jaime I di Aragona. Il Tribunale costituzionale non si è ancora pronunciato sulla natura di queste fonti normative, ma ha riconosciuto in passato rango di legge ad altri privilegi (v. la STC 126/1997, del 3 luglio).

Il *Consejo de Hombres Buenos de Murcia* applica, invece, le *Ordenanzas para el Régimen y Gobierno de la Huerta de Murcia* del 1849, su cui non vi è alcuna pronuncia costituzionale.

2.2.4. Il Tribunale costituzionale

La Costituzione spagnola, che riconosce l'esercizio della potestà giurisdizionale del Tribunale costituzionale, non ha previsto la c.d. *autocuestión de inconstitucionalidad* o questione interna di incostituzionalità, che è stata introdotta nella LOTC come un procedimento che permette al Tribunale costituzionale di rimettere a se stesso il giudizio sulla legittimità di una legge o di una norma con rango di legge: quando nell'ambito di un ricorso di *amparo* la sala o sezione del Tribunale costituzionale rilevi che la violazione di un diritto fondamentale ha origine nell'applicazione di una norma incostituzionale (art. 55, comma 2, LOTC); quando in un conflitto positivo di competenza la competenza controversa sia stata attribuita da una legge o da una norma con rango di legge (art. 67 LOTC) e quando, in un conflitto a difesa dell'autonomia locale, la lesione dell'autonomia sia imputabile all'applicazione di una norma con rango di legge (art. 75, *quinques*, comma 6, LOTC).

La dottrina si è interrogata sulla possibilità che l'incidente possa essere presentato nei processi di dichiarazione dell'incostituzionalità (ricorsi in via principale ed incidentale) e nei conflitti tra gli organi dello Stato. Nel primo caso, sembra che gli autori siano inclini a non escluderlo²⁰, poiché è concepibile che in un procedimento di questo tipo si questioni, ad esempio, della legittimità di una delle norme con rango di legge (organica) che integrano il blocco della costituzionalità. Nel secondo caso, invece, le posizioni degli autori sono assai

²⁰ V., per tutti, M. FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, cit., 250-250, e I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 121.

divergenti²¹, spaziando dalla chiusura di fronte al riconoscimento di conflitti cc.dd. *sub specie legis*, agli appelli affinché la competenza sia introdotta esplicitamente *ope legis*, o al suo riconoscimento implicito a mo' di rimedio di chiusura nei confronti della legge incostituzionale.

2.3. Gli organi con funzioni “para-giurisdizionali”

Un'altra delle questioni che la dottrina si è posta fin dall'inizio, con diversità di vedute, è stata la possibilità che gli arbitri potessero adire il massimo interprete costituzionale.

Nell'ATC 259/1993, del 20 luglio, che giudicava un ricorso di *amparo*, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che i cc.dd. “giudici-arbitri” non possono essere qualificati come giudici: il giudice è titolare della potestà di giudicare e di fare eseguire il giudicato che emana dal popolo (art. 117 Cost.), agisce, quindi, rivestito da *imperium*, mentre l'arbitro è sprovvisto di questa qualità ed il suo mandato ha origine nella volontà degli interessati, in una concreta controversia: è quindi un privato che, come altri, esercita una funzione pubblica. “La funzione che esercita l'arbitro è para-giurisdizionale o quasi-giurisdizionale e in questo «quasi» risiede il *quid* della questione. In effetti, l'inesistenza di una giurisdizione in senso proprio si traduce nella mancanza di *potestas* o potere. L'arbitro, che non ci può adire con una questione di costituzionalità, poiché questa è riservata agli organi giudiziari (art. 163 Cost.), non è legittimato ad adire in via pregiudiziale neppure il Tribunale di giustizia della Comunità europea, perché non è un organo giurisdizionale [...], necessita inoltre del braccio secolare del giudice per dotare di efficacia il lodo [...], poiché solo ai giudici spetta fare eseguire il giudicato” (FJ 1).

Basandosi sulle anzidette considerazioni, la dottrina ha escluso, con pochissime eccezioni, che altri organi, come i tribunali economici amministrativi, o le autorità indipendenti, tra cui il Tribunale a difesa della concorrenza, possano adire il Tribunale costituzionale, poiché, nonostante il loro *nomen*, non hanno riconosciuta alcuna potestà giurisdizionale, ma sono organi amministrativi. In questo senso, appare assai significativo il fatto che le competenze del Tribunale a difesa della concorrenza, che non esiste più, siano successivamente state affidate alla *Comisión Nacional de la Competencia* (dal 2007 al 2013) ed alla *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (a partire dal 2013). Il cambiamento

²¹ Per un'illustrazione delle diverse posizioni, v. I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 121-122.

di denominazione ha chiaramente contribuito ad eliminare possibili ambiguità al riguardo.

3. La competenza dell'organo giurisdizionale

Il Tribunale costituzionale esige che l'organo giurisdizionale che lo ha adito sia l'organo competente per decidere il processo in cui si deve applicare la norma denunciata: "il promovimento delle questioni di costituzionalità è una prerogativa esclusiva e non sottoposta a revisione dell'organo giudiziale conferita dall'art. 35, comma 1, LOTC, come via processuale per risolvere i dubbi che egli stesso possa avere sulla costituzionalità di una legge che si rivela determinante nel *fallo* da dettare (STC 148/1986, del 25 novembre, FJ 3), risultando, pertanto, un presupposto ineludibile che l'organo giurisdizionale che promuove la questione sia competente e debba, pertanto, pronunciarsi, in via di principio, sul merito della controversia sottoposta alla sua cognizione" (ATC 470/1988, del 19 aprile, FJ 3)²².

Si intende evitare che l'incidente sia utilizzato per contestare provvedimenti già adottati o che debbano essere adottati ad altri giudici o tribunali (ATC 62/1997, del 26 febbraio, FJ 2), e si intende evitare che questa via di accesso alla giurisdizione costituzionale sia utilizzata in forma astratta, ignorando deliberatamente la natura concreta di questo tipo di controllo.

4. L'esercizio delle funzioni giudicanti

Oltre ad essere proposta da un organo giudiziale, l'art. 163 Cost. impone come condizione imprescindibile per adire il Tribunale costituzionale che la questione incidentale insorga durante un "processo".

La dottrina non ha sostenuto un'interpretazione stretta del termine, onde evitare che fosse lasciato fuori dal controllo incidentale un numero significativo di norme (in particolare processuali); tuttavia, la giurisprudenza costituzionale, che inizialmente sembrava favorevole ad una interpretazione flessibile di questo requisito, non può dirsi inequivocabile.

²² V. anche, tra le altre, la STC 96/2001, del 5 aprile FJ 3; e gli AATC 217/2001, del 17 luglio, FJ 2; e 130/2002, del 16 luglio, FJ 3.

La prima pronuncia che si è occupata della questione è stata la STC 36/1991, del 14 febbraio²³. In quel caso, l'avvocato dello Stato aveva chiesto che il ricorso incidentale venisse dichiarato inammissibile sull'assunto che i processi dinanzi ai tribunali dei minori non erano veri e propri processi, ma procedimenti di natura educativa e cautelare. Il Tribunale costituzionale ha disatteso tale prospettazione, ed è sembrato incline a ritenere che il c.d. requisito soggettivo potesse prevalere su quello oggettivo, cioè sull'esistenza di un processo in senso stretto.

Anche nella STC 76/1992, del 14 maggio, il Tribunale costituzionale si è rifiutato di dichiarare inammissibile la questione incidentale sollevata durante un'attività giudiziaria prevista, dagli artt. 87, comma 2, LOPJ e 130 della legge generale tributaria, a garanzia del diritto all'inviolabilità del domicilio del debitore dell'amministrazione. Il Tribunale costituzionale ha dichiarato che, nonostante l'attività fosse inserita in un procedimento amministrativo e non propriamente in un processo, questo fatto non poteva essere ritenuto di ostacolo: "Nonostante la nostra Costituzione abbia condizionato la possibilità di sollevare la questione di costituzionalità all'esistenza di un processo, non è meno certo che il doppio onere che ricade su giudici e tribunali di agire sottoponendosi alla legge ed alla Costituzione, da un lato, ed al principio di certezza del diritto (che i dubbi di legittimità pongono in evidenza), dall'altro, impedisce che dalla qualificazione dogmatica di una attività giudiziaria come processo possa dedursi una conseguenza così grave come quella riguardante la legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità. La *ratio* di questo processo costituzionale [...] obbliga a concludere che la legittimazione non può negarsi [...] ad un giudice o un tribunale che deve applicare la legge in attività in cui, a prescindere dalla loro natura e forma di attuazione, esercita poteri di decisione" (FJ 2).

In questa linea flessibile, il Tribunale ha dichiarato ammissibili questioni di incostituzionalità sollevate in procedimenti di giurisdizione volontaria (STC 129/1999, del 1° luglio) ed in procedimenti a carico di minori (STC 60/1995, del 16 marzo; ATC 275/2005, del 22 giugno). In tutti i casi si trattava di incidenti presentati da organi giudiziari nell'esercizio di funzioni di natura giurisdizionale, nonostante in alcuni casi non si potesse affermare che erano state realizzate durante un processo in senso proprio²⁴.

²³ V. in particolare il FJ 2 della pronuncia.

²⁴ Il Tribunale costituzionale si riferisce esplicitamente a queste decisioni nell'ATC 505/2005, del 13 dicembre, FJ 3.

Per contro, nell'ATC 140/1997, dell'8 maggio²⁵, il Tribunale ha dichiarato di non poter dar corso ad un'interpretazione flessibile dei requisiti processuali nel caso di una questione incidentale presentata nell'ambito della imposizione di sanzioni dal magistrato-Presidente di un *tribunal del jurado* per garantire la presenza dei giurati che non siano stati esonerati. Il Tribunale costituzionale ha escluso che i giudici ed i tribunali possano sollevare la questione incidentale quando esercitano funzioni meramente amministrative (*actuaciones judiciales gubernativas*).

Allo stesso risultato è giunto nel caso, molto più noto, dei giudici incaricati dell'anagrafe. Dopo l'approvazione della legge n. 13/2005, del 1° luglio, che ha permesso il matrimonio tra persone dello stesso sesso, alcuni giudici incaricati del *Registro civil* si erano rifiutati di intervenire nell'*expediente matrimonial*²⁶ di alcune coppie dello stesso sesso, sollevando eccezioni di costituzionalità nei confronti della novella. Il *plenum* del Tribunale costituzionale ha deciso di non entrare nel merito dei ricorsi, dichiarandoli inammissibili.

Nell'ATC 505/2005²⁷, del 13 dicembre, il Tribunale costituzionale ha dichiarato che i giudici incaricati del Registro civile non sono autorizzati a sollevare la questione incidentale perché il loro intervento nell'*expediente matrimonial* non è di natura giurisdizionale. Quando agiscono in questa veste, si integrano in una struttura amministrativa, il Registro civile, sotto la dipendenza funzionale del Ministero della giustizia e, più nello specifico, della Direzione Generale dei Registri e del Notariato (DGRN). Si devono sottoporre agli ordini ed alle istruzioni della DGRN, e le loro decisioni e risoluzioni sono suscettibili di ricorso davanti ad essa. Quindi, l'inquadramento del giudice in questa struttura amministrativa e la sua conseguente dipendenza funzionale escludono l'indipendenza che è propria delle funzioni giurisdizionali.

L'ordinanza è stata corredata dalle opinioni dissenzienti di quattro giudici costituzionali. A loro avviso, i giudici del Registro civile svolgono una funzione di garanzia del diritto fondamentale a contrarre matrimonio, ed il loro intervento nel processo matrimoniale rivela l'esercizio di un potere decisorio di carattere giudiziario, poiché sulla base delle allegazioni e delle prove che raccoglie il

²⁵ V. il FJ unico.

²⁶ Dopo la richiesta di contrarre matrimonio civile e prima della celebrazione del matrimonio, il giudice incaricato del Registro civile svolge un'indagine e deve dare il *nulla osta* al matrimonio

²⁷ Nello stesso senso, v. anche gli AATC 508/2005, del 13 dicembre; 59/2006, del 15 febbraio; e 12/2008, del 16 gennaio.

giudice si forma un giudizio che conduce all'approvazione o al rifiuto della celebrazione del matrimonio civile. Egli esercita, dunque, poteri decisori, pur non svolgendo un'attività di natura processuale.

La dottrina ha evidenziato che non è da escludere che questa inversione di tendenza nell'interpretazione flessibile di questo requisito processuale sia stata dovuta alla tematica controversa della legge denunciata ed al fatto stesso che fosse già stato presentato un ricorso in via principale, che assicurava una pronuncia sul merito da parte del massimo interprete costituzionale.