

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO
2 / 2021

APRILE - GIUGNO

Il Conseil d'Etat si rifiuta di seguire il pifferaio magico di Karlsruhe

Jacques Ziller

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-16

Il Consiglio di Stato francese ha categoricamente respinto la tesi che i tribunali degli Stati membri, in particolare le loro corti supreme (o costituzionali) sarebbero autorizzati a controllare un eventuale "ultra vires" delle Istituzioni europee. La stesura della sentenza è un modo implicito di riconoscere - diversamente da quanto ha fatto la Corte costituzionale federale tedesca nel caso Weiss e la dottrina sulle nozioni di identità costituzionale e di tutela della sicurezza nazionale - che esiste un monopolio della Corte di giustizia UE nell'interpretazione autentica del Trattato. La pronuncia richiama altresì quella giurisprudenza (classica) del Conseil d'Etat che può essere considerata come la versione francese della dottrina dei controlimiti; e che si riferisce al fatto che solo se esiste nel diritto dell'Unione un diritto fondamentale che corrisponda a quello garantito dal diritto costituzionale francese può essere applicato il diritto dell'Unione e la giurisprudenza della sua Corte.

The Conseil d'Etat refuses to follow the Pied Piper of Karlsruhe

The French Conseil d'Etat categorically rejected the thesis that the courts of the Member States, in particular their supreme (or constitutional) courts, are authorised to review any "ultra vires" of the European institutions. The wording of the judgment is an implicit way of recognising the CJEU's monopoly on the authentic interpretation of the Treaty, unlike the German constitutional court in the Weiss case and scholarship regarding the notions of constitutional identity and the protection of national security. It also recalls that traditional case law of the Conseil d'Etat, which can be considered as a French version of the doctrine of counter-limits, i.e. that only if there is a fundamental right in Union law that corresponds to that guaranteed by French constitutional law, EU law and the CJEU's jurisprudence apply.

1. Una risposta laconica allo strano suggerimento, particolarmente intempestivo, di operare un controllo “ultra vires” sulla Corte di giustizia dell’Unione europea

In data 21 aprile 2021 il Consiglio di Stato francese ha categoricamente respinto la tesi che i tribunali degli Stati membri, in particolare le loro corti supreme (o costituzionali) sono autorizzati a controllare un eventuale “ultra vires” delle Istituzioni europee:

« il n'appartient pas au juge administratif de s'assurer du respect, par le droit dérivé de l'Union européenne ou par la Cour de justice elle-même, de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres. Il ne saurait ainsi exercer un contrôle sur la conformité au droit de l'Union des décisions de la Cour de justice et, notamment, priver de telles décisions de la force obligatoire dont elles sont revêtues, rappelée par l'article 91 de son règlement de procédure, au motif que celle-ci aurait excédé sa compétence en conférant à un principe ou à un acte du droit de l'Union une portée excédant le champ d'application prévu par les traités. » [non spetta al giudice amministrativo garantire che il diritto secondario dell’Unione europea o la stessa Corte di giustizia rispettino la divisione delle competenze tra l’Unione europea e gli Stati membri. Non può quindi controllare la conformità delle decisioni della Corte di giustizia con il diritto dell’Unione e, in particolare, privare tali decisioni della forza vincolante di cui sono dotate, ai sensi dell’articolo 91 del suo regolamento di procedura, per il fatto che la Corte di giustizia abbia ecceduto le sue competenze attribuendo a un principio o a un atto di diritto dell’Unione una portata che vada oltre quella prevista dai Trattati.]^[1]

Chi segue la giurisprudenza delle Corti supreme francesi, e anche le notizie di stampa, era rimasto stupito della notizia secondo cui il rappresentante dello Stato francese aveva, in una serie di memorie difensive prodotte nel mese di aprile 2021, chiesto al Consiglio di Stato di pronunciarsi sul rispetto del riparto delle competenze tra Unione europea e Stati membri (“ultra vires”). Sarebbe stata la prima volta che una corte francese avrebbe operato un tale controllo; ed era anche la prima volta che un tale argomento era proposto dinanzi a un tribunale francese.

Per ora non si sa chi, probabilmente nei servizi del ministro degli interni, abbia

avuto la strana idea di proporre tale argomento di difesa, probabilmente ispirato dalla Sentenza della Corte Costituzionale Federale tedesca BVerfG 5 maggio 2020 nella causa *PSPP* (sentenza *Weiss*)^[2]. Gli unici casi in cui una Corte costituzionale o suprema di uno Stato membro abbia sposato la tesi a lungo esposta dalla Corte di Karlsruhe nella causa *Weiss* - secondo cui è non solo un diritto, ma addirittura un obbligo di tali Corti contribuire al rispetto delle proprie competenze da parte delle istituzioni dell'Unione: non solo procedendo ad un rinvio pregiudiziale di legittimità alla Corte di giustizia EU, ma anche sostituendosi alla Corte Europea nel caso essa non motivi in modo convincente un rifiuto di annullamento di un atto UE - sono stati la sentenza *Holubec* del 31 gennaio 2012^[3]; nonché, per l'appunto, la già citata sentenza *Weiss* del BverfG del 5 maggio 2020 nella causa *PSPP*.

Tale tesi, sostenuta da una parte della dottrina giuspubblicistica tedesca, è stata invece respinta dalla maggior parte della dottrina degli altri Stati membri; e anche dalla dottrina di diritto UE tedesca.

Essa è stata esposta di recente in un articolo firmato, tra l'altro, dal giudice relatore nella causa 5 maggio 2020 nella causa *PSPP*^[4]: articolo che potrebbe aver ispirato i redattori delle memorie difensive dello Stato francese nella causa *French Data Network et al.*

In tale causa vi era stato, per l'appunto, un primo rinvio pregiudiziale del *Conseil d'Etat* alla Corte di Giustizia nell'agosto 2018, al quale la Corte aveva risposto con la sentenza 6 ottobre 2020^[5]. Erano giunti rinvii pregiudiziali proposti dal *Conseil d'État* e dalla *Cour Constitutionnelle* belga riguardo agli obblighi di conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione per la salvaguardia della sicurezza nazionale e la lotta al terrorismo.

Temendo l'annullamento di una serie di decreti considerati indispensabili dal ministero degli interni nella lotta al terrorismo, il Governo rispose quindi nelle sue memorie, depositate fra gennaio ed aprile, che “*la réponse apportée par la Cour de justice de l'Union européenne aux questions préjudicielles qui lui étaient posées a manifestement méconnu le principe d'attribution prévu à l'article 5 du traité sur l'Union européenne en empiétant sur les compétences appartenant aux Etats membres en vertu de l'article 4 paragraphe 2 de ce traité et, [...] que cette réponse n'est pas de nature à garantir l'effectivité des objectifs de valeur*

constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, de prévention des infractions et de recherche des auteurs d'infractions pénales et de lutte contre le terrorisme, composante de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'ordre public. » [la risposta data dalla Corte di giustizia dell'Unione europea alle questioni pregiudiziali che le sono state sottoposte ha violato manifestamente il principio di attribuzione di cui all'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, invadendo le competenze che spettano agli Stati membri ai sensi dell'art. 4, n. 2, di tale Trattato e, [...] che questa risposta non è tale da garantire l'efficacia degli obiettivi costituzionali di salvaguardia degli interessi fondamentali della Nazione, di prevenzione dei reati e di ricerca degli autori dei reati e di lotta contro il terrorismo, che fanno parte dell'obiettivo costituzionale di protezione dell'ordine pubblico].

Colpisce, nella sentenza del 21 aprile, non solo la brevità della risposta del *Conseil d'Etat* alla memoria depositata dal Governo – consona peraltro allo stile della Corte suprema amministrativa francese –; ma, soprattutto, il rinvio all'articolo 91 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia^[6]: riconoscendo, cioè, a tutti gli effetti il principio del primato del diritto UE. Il *Conseil d'Etat* si dimostra, così, attento a non entrare nell'interpretazione dell'art. 4 par 2 TUE secondo cui “*L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.*”

Secondo chi scrive tale stesura è un modo implicito di riconoscere il monopolio della Corte di giustizia nell'interpretazione autentica del Trattato, diversamente da quanto ha fatto la Corte costituzionale federale tedesca nella sentenza 5 maggio 2020 nella causa *PSPP*, e quella dottrina che fa riferimento alle nozioni di identità costituzionale e di tutela della sicurezza nazionale.

La sentenza del *Conseil d'Etat* del 21 aprile si riferisce ad un passaggio specifico della previa sentenza della Corte di giustizia: “*Il ressort en outre du point 135 de son arrêt du 6 octobre 2020 que la responsabilité des Etats membres en matière de sécurité nationale, au sens du droit de l'Union, correspond à l'intérêt primordial de*

protéger les fonctions essentielles de l'Etat et les intérêts fondamentaux de la société, et inclut la prévention et la répression d'activités de nature à déstabiliser gravement les structures constitutionnelles, politiques, économiques ou sociales fondamentales d'un pays, et en particulier à menacer directement la société, la population ou l'Etat en tant que tel, telles que notamment des activités de terrorisme. » [Dal punto 135 della sua sentenza del 6 ottobre 2020 risulta inoltre che la responsabilità degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale, ai sensi del diritto dell'Unione, corrisponde all'interesse superiore alla protezione delle funzioni essenziali dello Stato e degli interessi fondamentali della società e comprende la prevenzione e la repressione delle attività che potrebbero destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali fondamentali di un paese, e in particolare che potrebbero minacciare direttamente la società, la popolazione o lo Stato in quanto tale, come, in particolare, le attività terroristiche.]

Per chi scrive, la sentenza del *Conseil d'Etat* è quindi la seconda buona notizia di questa giornata del 21 aprile 2021: la prima essendo stata che il BVefG ha finalmente respinto la richiesta di tutela cautelare con riguardo alla ratifica della Decisione sulle risorse proprie necessarie al *Recovery Fund*^[7].

2. Una sentenza classica per quel che riguarda la protezione dei diritti fondamentali in caso di mancata corrispondenza tra Carta dei diritti fondamentali e Costituzione francese

E molto verosimile che la sentenza del *Conseil d'Etat* del 21 aprile 2021 verrà criticata per aver sottolineato che “*la Constitution française demeure la norme suprême du droit national*” [la Costituzione francese rimane la norma suprema del diritto nazionale] come indicato nel comunicato stampa^[8]. Si tratta, tuttavia, di una posizione tradizionale, che corrisponde a quella delle altre corti costituzionali e supreme e che non fa altro che sottolineare un'ovvietà. Il che non impedisce di riconoscere, per l'appunto, il principio del primato.

Il *Conseil d'Etat*, nella sua pronunzia, procede all'annullamento parziale dei decreti impugnati, con un'ingiunzione al Governo di integrare le disposizioni non annullate entro sei mesi se vuole che siano mantenute. Si tratta di un compromesso tra le posizioni dei ricorrenti e le necessità legate alla lotta al terrorismo come esposte dal Governo.

Al punto 5 della sua sentenza il *Conseil d'Etat* afferma che “ *tout en consacrant l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne, dans les conditions mentionnées au point précédent, l'article 88-1 confirme la place de la Constitution au sommet de ce dernier. Il appartient au juge administratif, s'il y a lieu, de retenir de l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne a donnée des obligations résultant du droit de l'Union la lecture la plus conforme aux exigences constitutionnelles autres que celles qui découlent de l'article 88-1, dans la mesure où les énonciations des arrêts de la Cour le permettent. Dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écartier dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige* » [Pur sancendo l'esistenza di un ordine giuridico dell'Unione europea integrato nell'ordine giuridico interno, alle condizioni menzionate al punto precedente, l'articolo 88-1 conferma il posto della Costituzione al vertice di quest'ultimo. Spetta al giudice amministrativo, se necessario, adottare l'interpretazione che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dato agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione più conforme alle esigenze costituzionali diverse da quelle derivanti dall'articolo 88-1, nella misura in cui gli enunciati delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea lo permettono. Qualora l'applicazione di una direttiva o di un regolamento europeo, come interpretati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, abbia l'effetto di privare di garanzie effettive una di queste esigenze costituzionali, che non beneficerebbe, in diritto dell'Unione, di una tutela equivalente, il giudice amministrativo, adito con un motivo in tal senso, deve disapplicarlo nella misura strettamente necessaria al rispetto della Costituzione].

Si tratta del richiamo alla giurisprudenza elaborata dal *Conseil d'Etat* sin dalla causa *Arcelor*^[9]. Secondo tale giurisprudenza, che può appunto essere considerata come una versione francese della dottrina dei controlimiti, se esiste nel diritto dell'Unione – nel diritto primario o quale principio generale del diritto – un diritto fondamentale che corrisponde a quello garantito dal diritto costituzionale francese (nella causa *Arcelor* si trattava del principio di uguaglianza) si deve applicare il diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte di giustizia. Solo se

non esiste un tale diritto in entrambi gli ordinamenti (si pensi al caso del principio di laicità), allora viene applicato il diritto costituzionale francese con eventuale disapplicazione della norma UE.

Nella fattispecie, il *Conseil d'Etat* non procede ad una tale disapplicazione, sottolineando che « à la date de la présente décision, et aussi longtemps que l'existence d'une menace grave sur la sécurité nationale justifie la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion, l'application du droit de l'Union européenne, en conduisant à écarter le droit national, ne prive pas de garanties effectives les objectifs de valeur constitutionnelle invoqués par le Premier ministre en défense » [alla data della presente decisione, e finché l'esistenza di una minaccia grave per la sicurezza nazionale giustifichi la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati di connessione, l'applicazione del diritto dell'Unione europea, portando a disapplicare le norme del diritto nazionale, non priva di garanzie effettive gli obiettivi di valore costituzionale invocati dal Primo Ministro nella sua difesa].

La sentenza del 21 aprile è particolarmente lunga (39 pagine) perché la sostanza è molto complessa, con molti riferimenti al RGDP^[10] e alla Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche^[11], nonché un'abbondante serie di citazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Occorrerebbe uno studio molto più approfondito, sostenuto dalle conclusioni del *Rapporteur public* (che ha lo stesso ruolo dell'Avvocato generale della Corte di giustizia) per comprendere se, e fino a quale punto, il *Conseil d'Etat* avrebbe dovuto fare un secondo rinvio pregiudiziale come ha fatto la Corte costituzionale italiana nella causa *Taricco*. Il che avrebbe potuto condurre ad un annullamento di una quantità maggiore delle disposizioni impugnate.

1. Conseil d'Etat 21 aprile 2021 French Data Network et al. <https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2021/04-avril/393099.pdf> Punto 8. Si tratta di una pronunzia della *Section du Contentieux*, la formazione più solenne del *Conseil*, paragonabile alla Grande Sezione della CJUE.
2. BVerfG, Sentenza del Secondo Senat del 05 maggio 2020 – 2 BvR 859/15 -, paras. (1-237), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915.html. V., tra tanti D.U. Galetta, *Karlsruhe über alles? The reasoning on the principle of proportionality in the judgment of 5 May 2020 of the German BVerfG and its consequences*, nonché J. Ziller, *The unbearable heaviness of the German*

- constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP programme*, in *CERIDAP*, 2/2020.
3. Corte costituzionale della Repubblica Ceca 2012/01/31 - Pl. ÚS 5/12: Slovak Pensions <https://www.usoud.cz/en/decisions/2012-01-31-pl-us-5-12-slovak-pensions>
 4. C. Grabenwarter, P. M. Huber, R. Knez, I. Ziemele, *The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*, in *European Public Law*, 27- 1, 2021, pp. 43 – 62.
 5. Sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a. contro Premier ministre e a., Cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791
 6. Regolamento di procedura della Corte di giustizia, Articolo 91 - Effetti vincolanti delle sentenze e delle ordinanze : “1. La sentenza produce effetti vincolanti dal giorno in cui è pronunciata. - 2. L’ordinanza produce effetti vincolanti dal giorno in cui è notificata.”
 7. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. April 2021 - 2 BvR 547/21 -, Rn. 1-112. V. per l’ingiunzione precedente del 26 marzo, J. L. da Cruz Vilaça *The German Constitutional Court calls into question the Recovery and Resilience Plan*, in *CERIDAP*, 3 aprile 2021.
 8. V. sopra nota 1.
 9. Rinvio pregiudiziale del *Conseil d’Etat* in Sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea del 16 dicembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri contro Premier ministre, Ministre de l’Écologie et du Développement durable e Ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie*, Causa C-127/07, ECLI:EU:C:2008:728. V. D’Auria, Marta: Il principio di uguaglianza e il mercato comunitario delle emissioni inquinanti, *Giornale di diritto amministrativo* 2009 p.955-959 (IT)
 10. Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).
 11. Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.