

MARIO P. CHITI

IL DECLINO DEL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA TEDESCA E FRANCESE

1. Due casi giudiziari che si sono svolti pressoché contemporaneamente in Germania ed in Francia, ai massimi livelli delle rispettive giurisdizioni (la Corte costituzionale tedesca, *BVerG*, e il *Conseil d'État*), mettono in luce un notevole regresso del principio del primato del diritto dell'Unione europea, uno dei pilastri giuridici dell'ordinamento sovranazionale europeo. La simultaneità degli eventi è puramente casuale, ma la loro comune connotazione giuridica manifesta una tendenza a "nazionalizzare" questioni di diritto europeo che trovano parametri nelle rispettive Costituzioni.

Per la Corte costituzionale tedesca questo atteggiamento non è una novità, come da risalente giurisprudenza¹ ribadita con ulteriore ruvidezza dalla sentenza 5 maggio 2020, sui programma *Quantitative Easing* della BCE, (sentenza nota anche come *Weiss*)²; ma un importante ricambio nella composizione della Corte³ lasciava sperare una modifica di rotta. Alquanto inaspettata è invece la decisione del *Conseil d'État* del 21 aprile 2021, che rappresenta una svolta rispetto ad una costante linea interpretativa tenuta sin dai primi rapporti con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. In modi diversi, entrambe le decisioni dei giudici dei due Paesi mettono in discussione il principio del primato del diritto dell'Unione; con il rischio che il medesimo approccio

¹ Tra le tante sentenze si ricordano: la *Solange I*, 29.5.1974; *Branner*, 12.10.1993 (sulla legge di ratifica del Trattato di Maastricht); 30.6.2009 (sulla legge di ratifica del Trattato di Lisbona); *Gauweiler*, 21.6.2016 (sui programmi della BCE).

² Rinvio al mio commento *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Quantitative Easing avvia il processo di "disintegrazione europea" o per una vera fiscalità europea ?*, in questa *Rivista*, 2020, 3-4, 257. Numero monografico sul tema, con contributi di L. Bini Smaghi, D.U. Galetta, J. Ziller, M. Clarich, A. Sandulli, M. Macchia, A. Magliari.

³ Ad esempio con la nomina a Presidente della Corte di S. Harbarth, già importante politico della CDU/CSU, di vedute europee, ed a Presidente del Secondo Senato della Prof. D. Koenig, studiosa di diritto dell'Unione europea.

sia seguito dai giudici di altri Stati membri⁴, anche per l'indubbia influenza dei due organi giudiziari nel mondo giuridico ed istituzionale europeo.

E' noto che il primato del diritto dell'Unione rispetto ai diritti degli Stati membri è stato forgiato sin dall'iniziale giurisprudenza della Corte di giustizia⁵, al verificarsi di due condizioni: che la norma dell'Unione sia adottata in una materia che rientra nell'ambito delle sue competenze e che abbia il carattere di effetto diretto. Il principio non è mai stato consolidato nel testo dei Trattati, ma è oggetto della Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona. E' ivi previsto che "per giurisprudenza della Corte di giustizia, i Trattati e il diritto adottato dall'Unione europea sulla base dei Trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza". Per definitiva chiarezza, a tale dichiarazione è allegato, come sua parte integrante, il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato⁶.

Il principio del primato è ora messo duramente a rischio dai due citati casi giudiziari, come risulta da quanto segue.

2. Il caso tedesco trae origine dalle decisioni delle istituzioni dell'Unione per un piano europeo di ripresa economica a seguito del gravissimo impatto negativo della pandemia da Covid 19.

Il Consiglio europeo in una sessione speciale tenuta il 17-21 luglio 2020 decise di avviare un programma di ripresa definito "Next Generation EU" (NGEU), la cui parte principale è nota come *Recovery and Resilience Plan (RRP)*⁷, definito poi con la decisione del Consiglio del 14 dicembre 2020. Agli inaspettati problemi economico-sociali (altri problemi, come quelli sanitari, sono estranei a queste note) posti dalla pandemia, gli Stati membri hanno risposto in modo originale prevedendo che gli ingenti fondi (750 mld euro) da mettere a disposizione degli Stati

⁴ Timore condiviso anche da J.-C. Piris, *Why the German Constitutional Court will (probably) not kill the 750 bn Recovery Fund*, in www.epc/en, Publications, 15.4.2021.

⁵ Sentenze *Van Gend & Loos*, 5.2.1963, causa 26/62; soprattutto, *Costa*, 15.7.1964, causa 6/64.

⁶ Il parere così recita: "Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (*Costa/Enel*, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia".

⁷ Ora in Italia approvato dal Parlamento nell'aprile 2021 con il titolo "Piano per la Ripresa e la Resilienza".

membri siano reperiti dalla Commissione con prestiti sul mercato dei capitali, garantiti da obbligazioni dell'Unione (la citata decisione è nota come *2020 Own Resources Decision, ORD*).

Il Programma ha base giuridica nell'art. 311 TFUE, che prevede che l'Unione si dota dei mezzi necessari ai suoi obiettivi; con risorse proprie. Per il terzo paragrafo del medesimo articolo, le decisioni assunte dal Consiglio per entrare in vigore devono ottenere l'approvazione di tutti gli Stati membri, nelle forme costituzionali proprie di ciascun ordinamento.

Una volta completata la procedura approvativa nell'Unione, il Programma è passato alla ratifica degli Stati membri. La Germania, che era stata principale artefice del Programma, ha prontamente approvato nel marzo 2021 la relativa legge; con amplissima maggioranza (al *Bundestag* circa due terzi dei parlamentari; al *Bundesrat* addirittura all'unanimità).

Avverso tale procedura, quando la legge era giunta alla firma del Presidente della Repubblica Federale, è insorto – tramite ricorso diretto di costituzionalità (come noto, riconosciuto nel sistema tedesco dall'art. 93, c. 4°, *GG* a favore di chiunque ritenga di essere stato lesa dalla pubblica autorità in uno dei suoi diritti fondamentali o in un diritto previsto dal *GG*⁸) – un gruppo di cittadini tedeschi (principalmente politici della estrema destra e docenti universitari di quell'area) che ha chiesto in via d'urgenza alla Corte costituzionale di bloccare la firma del Presidente della Repubblica.

Il ricorso d'urgenza (*2BvR 547/21*) è stato trattato dal Secondo Senato (Sezione) della Corte costituzionale tedesca. Dapprima con l'ordinanza del 27 marzo 2021, che ha bloccato la firma della legge di ratifica; poi con la seconda del 15 aprile 2021, che ha revocato la precedente per le ragioni di seguito sintetizzate. Ma rilevando una serie di questioni da trattare nel proseguo della procedura del ricorso, di particolare criticità per il diritto dell'Unione.

3. Le ragioni del ricorso di costituzionalità stanno principalmente, nella prospettiva del diritto dell'Unione, nell'asserita violazione da parte della decisione *ORD* del Consiglio del principio delle competenze di

⁸ Gli artt. 20.4, 33, 38, 101, 103 e 104.

attribuzione dell'Unione (art. 5, c. 2, TUE; *ultra vires kontrol*). Nella prospettiva costituzionale tedesca (*Verfassungsidentitaet kontrol*), nella lesione che la legge di ratifica del programma *NGEU* apporterebbe all'identità costituzionale del *Grund Gesetz (GG)*, come espressa nel suo art. 79, c. 3. In particolare, il ricorso evoca il diritto all'autodeterminazione democratica (ed anche il potere di bilancio del *Bundestag*) basata sull'art. 38, c. 1, in combinato con gli artt. 20, c. 1 e 2; 79, c. 3, del *GG*. Tali principi legittimerebbero i cittadini tedeschi ad opporsi ad una sostanziale erosione dei poteri del *Bundestag*, ma anche a contestare decisioni dell'Unione europea che infrangono il principio dell'attribuzione di competenza e quindi, indirettamente, un altro articolo del *GG* (il 23, dedicato ai rapporti con l'UE⁹).

Precisamente, il programma deciso dall'Unione appare ai ricorrenti illegittimo per violazione dell'art. 311 TFUE in quanto violerebbe il criterio, di stretta interpretazione, del funzionamento dell'Unione con sole risorse proprie. Rischia inoltre di creare meccanismi permanenti di finanziamento a livello europeo, con correlativa riduzione della competenza e della competenza del Parlamento tedesco. Per usare le parole dell'ordinanza in esame, "si violerebbe il principio democratico se il tipo ed il livello della spesa pubblica fossero in misura significativa decisi dalle istituzioni sovranazionali, privando il *Bundestag* delle sue prerogative decisionali".

La Corte costituzionale ha infine rigettato la richiesta di misura cautelare, ma ha considerato il ricorso ammissibile (per ragioni processuali di diritto interno che qua non interessano) e non manifestamente infondato per i due profili sopracitati in cui si articola; rinviando la decisione di merito al seguito della procedura. Il caso non è dunque chiuso; ma giova sin d'ora considerare le motivazioni addotte dalla Corte costituzionale, espressione della lettura riduttiva del principio del primato del diritto dell'Unione.

Tali ragioni sono due. La prima è che il Programma *Next Generation EU* non è definito una volta per tutte ed è comunque significativo per l'entità delle somme che saranno prese a prestito. Inoltre non è escluso che, a certe condizioni, la Commissione possa chiedere ulteriori finanziamenti sia al mercato che agli Stati membri; superando i limiti

⁹ In verità richiamato in modo assai forzato, dato che riconosce esplicitamente che la Federazione può, con legge approvata dal *Bundesrat*, trasferire diritti di sovranità per collaborare allo sviluppo dell'Unione europea.

previsti dal *ESM*. Una situazione del genere vanificherebbe il principio che il *Bundestag* è il "signore" (il *master*) delle proprie decisioni di bilancio; violando palesemente l'art. 79, c. 3, del *GG*. La seconda ragione è prettamente comunitaria. La citata decisione del Consiglio dell'UE del 14 dicembre 2020 sulle risorse proprie non sarebbe coperta dall'art. 311, c. 3, TFUE. Si tratterebbe dunque di una decisione *ultra vires* e in violazione del principio di attribuzione delle competenze. La decisione sarebbe anche in violazione del principio del divieto di "no bail out", posto dall'art. 125, c. 1, TFEU.

La Corte costituzionale ritiene che le motivazioni addotte dai ricorrenti non siano manifestamente infondate, per ragioni di diritto europeo (la decisione può apparire effettivamente *ultra vires*), e di diritto nazionale (la responsabilità di bilancio del *Bundestag*, elemento caratterizzante del *GG*). Rinvia comunque la decisione finale all'esito del procedimento, in particolare sulla questione base relativa ai limiti dell'erosione dei poteri del Parlamento; anche in considerazione della circostanza – esplicitamente riconosciuta dalla Corte – che il legislatore dispone di un ampio margine di apprezzamento.

4. Prima di passare all'esame delle ragioni del diniego definitivo (ordinanza del 21 marzo 2021) alla richiesta di misura cautelare invocata dai ricorrenti, merita notare la singolare dinamica interna al sistema istituzionale tedesco che l'ordinanza evidenzia.

La Corte costituzionale intende farsi garante di diritti e prerogative di altri organi costituzionali (Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica) che hanno supportato consapevolmente la politica di dotare l'Unione con gli strumenti per rispondere alla crisi economico-sociale indotta dalla pandemia scoppiata nel 2020. Così, la Corte frena le autonome decisioni politiche degli organi costituzionali, democraticamente eletti e responsabili nei confronti del popolo. Un apparente paradosso: sulla base del principio di democrazia la Corte ha, dapprima, bloccato l'azione degli organi democraticamente eletti; poi, ha lasciato sull'intera vicenda una forte condizionalità, che sicuramente avrà effetti deterrenti per possibili altri sviluppi sia del Programma *NGEU*, sia per eventuali altre iniziative che, sensi dell'art. 311, para. 3, TFUE,

potrebbero essere decisi dal Consiglio.¹⁰ La Corte si conferma dunque, malgrado i vari nuovi membri nominati nell'ultimo anno, il rigoroso "guardiano" della sovranità costituzionale tedesca, condizionando anche il sistema costituzionale dell'Unione europea.

Dovendo decidere definitivamente sull'istanza cautelare, la Corte costituzionale ha ritenuto che la procedura di ratifica potesse concludersi con la firma di promulgazione della legge da parte del Presidente della Repubblica; smentendo le pessimistiche previsioni sull'operatività del Programma *NGEU*. Nel bilanciamento degli interessi in gioco la Corte ha fatto prevalere le ragioni del realismo: rinviare il Programma avrebbe potuto avere gravi effetti, non solo per la Germania; sarebbero state messe a rischio le politiche tedesche nell'Unione europea e nelle relazioni internazionali. Inoltre, la Corte ha riconosciuto che l'evoluzione del Programma da strumento eccezionale di intervento per contrastare la pandemia a strumento permanente e pervasivo è una possibilità da non escludere, ma allo stato non prevista dalla decisione del Consiglio e dalle conseguenti iniziative.

Dall'altra parte della bilancia, tuttavia, la Corte ha posto in evidenza – con ragionamenti puramente predittivi, non adeguatamente supportati da analisi di finanza pubblica sui due versanti (nazionale ed europeo)¹¹ – che il Programma mette a rischio le finanze tedesche perché non si può escludere che, in caso di mancato adempimento delle proprie obbligazioni di restituzione da parte di alcuni Stati membri, la Germania possa essere chiamata a risponderne per la somma annuale massima di 21 mld di euro sino alla scadenza delle obbligazioni nel 2058. Ha poi paventato la violazione del principio del funzionamento dell'Unione con le sole risorse proprie¹², ma scambiando il principio con le modalità di reperimento delle risorse stesse nel mercato dei capitali. La Corte qua misconosce la flessibilità della nozione di "risorse proprie", che il Consiglio può modificare alle condizioni previste nel citato art. 311, para. 3.

¹⁰ Con procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo.

¹¹ Come nella sentenza del 5.5.2020, con considerazione assai azzardate sull'operato della BCE.

¹² Secondo R. Repasi, *Karsruhe again. The interim-interim relief of the German Constitutional Court regarding NGEU*, in *EU Law*, 29.3.2021, nel contesto del Programma deciso dal Consiglio non è possibile distinguere le risorse proprie dalle altre risorse acquisite nel mercato.

5. La Corte ha anticipato nell'ordinanza alcune considerazioni di merito, così da "avvertire" il Governo e il Parlamento tedesco sui prossimi svolgimenti. La prima riguarda l'eccezionalità del Programma *NGEU*, non ripetibile. La seconda, la necessità che il Parlamento tedesco verifichi la congruità del modo in cui i fondi europei verranno utilizzati dalla Commissione e, indirettamente, dagli Stati membri¹³ (una curiosa "ultrattività" dei poteri del *Bundestag*; da esso neanche ipotizzata). La terza, un'interpretazione del principio di "no bail out" ex art. 125 TFUE che include anche le situazioni che evocano interventi solidaristici. Con tutta evidenza, limitazioni sicuramente discutibili che finiranno per condizionare le ulteriori iniziative tedesche in Europa.

E' stato forte il sollievo per la decisione della Corte costituzionale tedesca di non ostacolare per il momento l'avvio della procedura. Ma, in una prospettiva giuridica, l'ordinanza della Corte appare come un ulteriore macigno sulla via dell'integrazione, positivamente riattivata per contrastare le tragedie pandemiche; come lo fu dal 2010 a seguito della grande crisi finanziaria ed economica (periodo caratterizzato dalla rapida creazione dell'unione bancaria europea; una delle maggiori novità dell'intera storia comunitaria¹⁴).

La Corte ha preannunciato due sviluppi per la prosecuzione del giudizio: il possibile (in realtà, probabilissimo) rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia circa la possibile illegittimità per *ultra vires* del Programma *Next Generation EU* secondo il diritto dell'Unione; la propria ultima parola sulla medesima questione e sul contrasto del Programma con le ricordate disposizioni del GG.

Qua si colgono preoccupanti novità anche rispetto alle pur criticate conclusioni della citata sentenza della stessa Corte del 5 maggio 2020 sul "*Quantitative Easing*". In quel caso, infatti, la Corte aveva inizialmente rimesso alla Corte di giustizia la questione sollevata dal ricorso *Weiss*, senza preannunciare un suo diritto di ultima parola sulla medesima questione. Solo dopo la sentenza *Weiss* della Corte di giustizia¹⁵, non gradita nelle motivazioni e nella conclusione, i giudici costituzionali tedeschi hanno infranto uno dei tabù del diritto dell'Unione dichiarando

¹³ Punto giustamente colto criticamente da G. Tosato, *Next Generation EU: può andare avanti*, in *Affari internazionali*, 22.4.2021.

¹⁴ Cfr. M.P. Chiti-V. Santoro (a cura di), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Palgrave Mc Millan, New York, 2019.

¹⁵ La già citata sentenza 11.12.2018, C-493/17.

che la sentenza della Corte di giustizia era *ultra vires*, nulla per gli effetti.

Nel presente caso, lo schema sembra ripetersi e accentuarsi. La Corte tedesca, non azzardando a procedere essa stessa al giudizio sulla decisione del Consiglio sul *NGEU*, intende rimettere la questione alla Corte di giustizia; tuttavia, sin d'ora avverte di riservarsi l'ultima parola.

Ogni parvenza di "dialogo tra le Corti" viene meno. Anzi, la Corte tedesca imposta il nuovo rapporto con i giudici di Lussemburgo "procedimentalizzandolo" in modo quasi amministrativo e con direzione di marcia inversa rispetto a quanto previsto dai Trattati: alla Corte di giustizia sembra richiedersi un "parere obbligatorio, ma non vincolante", con decisione finale riservata alla Corte tedesca¹⁶.

Sfugge come siffatto rapporto possa combinarsi con il principio del primato del diritto dell'Unione.

6. Se la più recente decisione della Corte tedesca non era imprevedibile, del tutto inaspettata è stata invece la sentenza del *Conseil d'État* del 21 aprile 2021, assunta in *Assemblée du contentieux* (la più alta composizione del *Conseil d'État*) sui ricorsi riuniti n. 393099, 3949, 397844, 397851, 424717, 324718.

Il caso da cui origina la sentenza è diverso dal Programma *NGEU*: si tratta infatti dell'applicazione della disciplina dell'Unione europea sulla tenuta dei dati personali da parte degli operatori delle comunicazioni elettroniche, prevista principalmente dalla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12.7.2002.

Molte associazioni e società – operatori della comunicazioni elettroniche e fornitori dell'accesso ad internet – avevano ricorso al giudice amministrativo sostenendo che la disciplina regolamentare francese in materia non fosse conforme al diritto dell'Unione. Specialmente per la previsione dell'obbligo di conservare per un anno in modo generalizzato e indifferenziato tutti i dati sul traffico e sulla localizzazione degli utilizzatori; inclusi i dati sulle persone e sui conti

¹⁶ Tale metodo è stato teorizzato anche in uno scritto di accademici e giudici: C. Grabenwarten, P. Huber, R. Knez, I. Ziemele, *The role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*, in *European Public Law*, 2021, 43 ss.

bancari. Per contrasto con la citata direttiva e le previsioni della Carta dei diritti fondamentali (in particolare, artt. 7, 8 e 11: attentato sproporzionato al rispetto del diritto alla vita privata e familiare; alla protezione dei dati personali; alla libertà di espressione).

7. Il *Conseil d'État* aveva rimesso tre rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, ex art. 267 TFUE, ponendo vari quesiti. Quello più generale riguardava in sostanza la compatibilità con il diritto dell'Unione dell'obbligo – previsto dalla disciplina nazionale francese – di conservare i dati di carattere generale ed indifferenziato, motivata da ragioni connesse alla minaccia grave e persistente alla sicurezza nazionale; in particolare, al rischio di terrorismo. Il *Conseil d'État* poneva la questione se l'ingerenza indubbiamente forte sui diritti dei singoli scaturente dalla disciplina nazionale fosse giustificata dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali (ogni persona ha diritto alla sicurezza) e dall'esigenza di garantire la sicurezza nazionale, la cui responsabilità incombe esclusivamente agli Stati membri secondo l'art. 4, c. 2, TUE¹⁷. Le altre questioni poste alla Corte dettagliavano le ragioni della regolamentazione francese della materia, da considerare nel quadro dei diritti dell'Unione.

La Corte di giustizia, riuniti i tre casi (C-511/18; C-512/18 e C-520/18), ha deciso – per l'importanza del caso in composizione "Grande Sezione" – con sentenza del 6.10.2020. La posizione della Corte circa l'interpretazione della direttiva 2002/58 (e del regolamento 2016/679 che ne è seguito, più dettagliato), espressa in una sentenza di ben 53 pagine, è assai articolata; ma nella sostanza negativa sulla compatibilità della disciplina francese, nella misura in cui impone un obbligo generalizzato ed indifferenziato della tenuta dei dati.

Secondo il consolidato (anche nel diritto francese) modello di rapporto tra giudice nazionale rimettente e Corte di giustizia, dopo la citata sentenza del 6.10.2020, così puntuale, al *Conseil d'État* rimaneva solo una rapida conclusione dei ricorsi, con l'annullamento di buona parte dei regolamenti impugnati, per contrasto con il diritto UE come interpretato in modo vincolante dalla Corte di giustizia. Così non è stato. La sentenza, una delle più lunghe e complesse rispetto alla tradizionale

¹⁷ Secondo cui "L'Unione rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare la funzione 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 ciascun Stato membro".

sinteticità della giurisprudenza del *Conseil d'État*, ha finito per salvare buona parte dei regolamenti impugnati.

8. Il problema della disciplina della conservazione dei dati personali per ragioni connesse alla sicurezza nazionale ed alla lotta al terrorismo è, ovviamente, generale a tutti gli Stati membri (e oltre); ma in Francia, il Paese più colpito nei tempi recenti dal terrorismo, è avvertito con ancora maggiore sensibilità. Questo spiega un evento senza precedenti sin dal Trattato istitutivo della CEE: la richiesta del Primo Ministro al *Conseil d'État* di rigettare i ricorsi, malgrado la sentenza interpretativa della Corte di giustizia. La conclusione della Corte avrebbe infatti violato il principio di attribuzione previsto dall'art. 5, c. 2, TUE impingendo nella competenza esclusiva degli Stati membri in tema di sicurezza nazionale; avrebbe altresì misconosciuto l'effettività degli obbiettivi di salvaguardia degli interessi fondamentali della Nazione posti dalla Costituzione francese.

Oltre all'assoluta novità della richiesta del Governo, è interessante notare la differenza, sul punto, con i due casi tedeschi (*Weiss* 2020 e *NGEU* 2021). In Germania, è stata la Corte costituzionale a porre direttamente in discussione la Corte di giustizia; con posizione contraria del Governo. Nel caso francese, invece, è proprio il Governo che davanti al *Conseil d'État* ha contestato l'applicabilità di una sentenza vincolante della Corte di giustizia. Sempre comunque nella prospettiva di rimettere in discussione, se non superarlo del tutto, il principio del primato del diritto dell'Unione.

Il *Conseil d'État*, di fronte ad una difficile situazione, si è orientato per la più ampia conservazione possibile della normativa interna; ma cercando al contempo di non mettersi di petto contro la Corte di giustizia ed il principio del primato del diritto europeo. Il "dialogo" con il Giudice di Lussemburgo – definito ruvido ("*rugueux*") dal Vicepresidente del *Conseil d'État* Bruno Lassere – ha però evidenziato un netto cambio di rotta del massimo organo francese di giustizia amministrativa (e particolarmente influente nel sistema istituzionale francese) nei rispetti del diritto dell'Unione¹⁸. I punti principali della decisione confermano questa lettura.

¹⁸ Diversa la lettura di J. Ziller, *Il Conseil d'Etat si rifiuta di seguire in pifferaio magico di Karlsruhe*, in *Ceridap.eu*, 22.4.2021, che sottolinea l'importanza del rigetto della richiesta del Primo Ministro di considerare *ultra vires* la sentenza della Corte di giustizia, mentre per il criterio dell'interpretazione orientata costituzionalmente ritiene che ci

Il *Conseil d'État* ha anzitutto rigettato la richiesta del Primo Ministro di mettere da parte la citata sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2020, applicando alla lettera i principi fondanti il sistema sovranazionale dell'Unione (cfr. punto 4), ad iniziare dal principio del primato¹⁹ e del ruolo della Corte definito dall'art. 19, c. 1, TUE. Non spetta infatti al giudice francese esercitare un controllo sulle sentenze del giudice dell'Unione²⁰.

Tuttavia, il *Conseil d'État* configura l'ordine giuridico dell'Unione come integrato nell'ordine giuridico interno francese che, secondo l'art. 88.1. Costituzione, vede quest'ultima "au sommet" dell'ordinamento integrato euro-unitario. Per massimo spirito didattico, la sentenza ripropone graficamente una piramide di fonti del diritto del sistema integrato, con la Costituzione al vertice e i trattati europei al livello inferiore. Nel comunicato ufficiale del 21 aprile sulla decisione (circostanza rara, giustificata dall'importanza del caso), il *Conseil d'État* ricorda che "la Constitution française demeure la norme suprême du droit national". In coerenza con l'assunto, la decisione inverte il metodo – tipico dell'ordinamento sovranazionale europeo – dell'interpretazione del diritto nazionale, anche costituzionale, in senso comunitariamente orientato; per leggere il diritto europeo alla luce del diritto costituzionale francese. Quindi una lettura del diritto europeo in senso costituzionalmente orientato; rinazionalizzando in criterio di interpretazione delle leggi.

9. Apparentemente sembra essere di fronte all'applicazione anche in Francia del criterio dei "contro limiti". Così, a ben vedere, non è. Siamo molto oltre nella rivalutazione del diritto nazionale.

Il criterio dei "contro limiti" è infatti espressione del riconoscimento della primazia del diritto comunitario, condizionata solo dall'esigenza di

sia poco di nuovo rispetto alla nota sentenza *Arcelor* del 2008. Per i motivi esposti nel testo appare invece testualmente provato che nel caso in esame il CE sia andato ben oltre.

¹⁹ Cfr. punto 4: "En vertu des principes de primauté, d'unité et d'effectivité issus des traités, tels qu'ils sont interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne. Le juge national, chargé d'appliquer les dispositions et principes généraux du droit de l'Union, a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire, qu'elle résulte d'un engagement international de la France, d'une loi ou d'un acte administratif".

²⁰ Cfr. punto 8: "contrairement à ce que soutient le Premier Ministre, 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 États membres". Il CE richiama anche, correttamente, l'art. 97 del regolamento di procedura della Corte di giustizia.

salvaguardare principi e diritti fondamentali dell'ordinamento nazionale²¹. Si tratta dunque di una tutela da garantirsi in casi particolari; come dimostra in Italia l'applicazione eccezionale del criterio negli ultimi decenni. Laddove il criterio fatto proprio dal *Conseil d'État* implica, come regola, una verifica costante del diritto europeo nella prospettiva costituzionale²².

Ne consegue l'affermazione del diritto di ultima parola al giudice nazionale francese anche su materie disciplinate dal diritto europeo, come la conservazione dei dati sensibili; con singolare sintonia con la posizione della Corte costituzionale tedesca. Al punto 7 della decisione in esame, il *Conseil d'État* dichiara che, dopo avere esaminato la posizione della Corte di giustizia espressa sulla stessa sua richiesta di interpretazione del diritto dell'Unione, si riserva di esaminare il caso che ha dato origine al rinvio anche con soluzioni diverse da quelle indicate dal giudice dell'Unione.

Il *Conseil d'État* ritiene di aver "conciliato il rispetto del diritto dell'Unione e l'efficacia della lotta al terrorismo e alla criminalità"²³, ma giungendo alla conclusione – contraria a quella della più volte citata sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2020 – che gran parte della regolamentazione nazionale sulla conservazione dei dati sensibili è legittima, perché giustificata dalle esigenze costituzionalmente rilevanti di mantenere l'ordine pubblico e salvaguardare la sicurezza nazionale²⁴. Sole concessioni al diritto dell'Unione, una maggiore condizionalità sulla durata delle misure, i criteri di loro utilizzo e il costante controllo giurisdizionale²⁵; con relativi parziali accoglimenti dei ricorsi. Di fatto, condizioni assai leggere come subito colto dai commentatori francesi²⁶.

²¹ Elaborato lentamente sulla base delle prime sentenze della Corte costituzionale sul tema, come la n. 98/ 1965 e n. 183/1973.

²² La differenza della posizione del CE rispetto a quella della nostra Corte costituzionale quando tratta dei "controlimiti" è palese nel caso *Taricco*, ove con un secondo rinvio la nostra Corte ha finito per far modificare opinione alla Corte di giustizia nel rispetto pieno del principio del primato.

²³ Come dichiarato nel comunicato ufficiale del 21 aprile 2021, sopra citato.

²⁴ Cfr. l'analoga valutazione di P. Cassia, *Le Trexit sécuritaire du Conseil d'État*, in *Le Club de Mediapart*, 17.5.2021.

²⁵ La sentenza ha ordinato al Governo di verificare periodicamente le minacce che possono giustificare la conservazione generalizzata dei dati, sotto controllo dei giudici.

²⁶ Ad esempio il commento di *Le Monde*, 22 aprile 2021, *Le Conseil d'État autorise la poursuite de la conservation généralisée des données*. Anche la stampa internazionale ha colto il problema, cfr. B. Hall, *Legal challenges test consensus on primacy of European law*, in *Financial Times*, 29.4.2021. In Italia la sentenza è passata inosservata.

10. L'esame dei due casi tedesco e francese – specie il secondo, dato che la Corte costituzionale tedesca ci aveva già abituati alla sua particolare visione dell'Unione europea – mostra senza ombra di dubbio che il criterio della sovranazionalità europea è messo seriamente a rischio nel suo "cuore" istituzionale: il principio del primato del diritto europeo.

Che poi i problemi si possano in qualche modo aggiustare – con il *NGEU* che riprende il suo corso e con la limatura in Francia di qualche eccesso garantistico della disciplina europea della tenuta dei dati personali – non significa che sia consentito tornare a narrare la *vulgata* della sovranazionalità europea come se niente fosse avvenuto. La stessa Corte di giustizia è chiamata a ridisegnare alcuni dei principi che forgiò nella fase nascente del diritto europeo.