



**HAL**  
open science

## La decisione del Consiglio di Stato francese sulla Data retention

Nicoletta Perlo

► **To cite this version:**

Nicoletta Perlo. La decisione del Consiglio di Stato francese sulla Data retention. *Rivista di Diritti Comparati*, 2021, n°2/2021, pp.163-183. hal-04581078

**HAL Id: hal-04581078**

**<https://hal.science/hal-04581078v1>**

Submitted on 27 Jun 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## La decisione del Consiglio di Stato francese sulla *Data retention*: come conciliare l'inconciliabile\*

Nicoletta Perlo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso. La tutela della pubblica sicurezza *versus* la protezione dei dati personali. – 3. La richiesta del governo francese di opporre il contro-limite “alla tedesca” dell’*ultra vires*. – 4. La decisione del Consiglio di Stato: i contro-limiti? Forse, ma “alla francese”. – 4.1. L’orientamento generale della dottrina giurisprudenziale francese in materia di rapporti tra sistemi. – 4.2. La giurisprudenza della CGUE disattesa. – 4.3. La dottrina francese della protezione equivalente. – 4.4. La soluzione conciliante ma provvisoria della decisione *Data Network*.

### 1. Introduzione

Il 21 aprile 2021, il Consiglio di Stato francese, riunito nella sua completa composizione – l’*Assemblée plénière* –, ha adottato una decisione definita “di principio” dal suo vice-presidente, Bruno Lasserre<sup>1</sup>. In risposta alla sentenza *La quadrature du Net* della Grande camera della Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE)<sup>2</sup>, la suprema corte amministrativa ha preso posizione in modo netto su due questioni. La prima, discussa anche in Italia<sup>3</sup>, riguarda la conservazione generalizzata dei dati di connessione dei cittadini ai fini della tutela della pubblica sicurezza. La seconda è relativa al ruolo che il Consiglio di Stato stesso svolge nell’ambito del controllo di convenzionalità.

In effetti, nelle sue conclusioni, il *rapporteur public* – che è un membro del Consiglio di Stato a cui è affidato il compito di illustrare il caso e di esporre

---

\* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> <https://www.aefinfo.fr/depeche/650645-enquetes-penales-le-conseil-d-etat-consacre-la-conservation-des-donnees-de-connexion-au-nom-de-la-securite-nationale>, 24 maggio 2021.

<sup>2</sup> CGUE, 6 ottobre 2020, aff. C-511/18, C-512/18 et C-520/18.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?mode=req&doclang=fr&docid=232084>

<sup>3</sup> F. Rinaldini, *Data retention e procedimento penale*, in *Giurisprudenza penale*, 11 maggio 2021, <https://www.giurisprudenzapenale.com/2021/05/11/data-retention-e-procedimento-penale-gli-effetti-della-sentenza-della-corte-di-justizia-nel-caso-h-k-sul-regime-di-acquisizione-dei-tabulati-telefonici-e-telematici-urge-l'intervento-del-l/>, 25 maggio 2021.

in modo indipendente la sua opinione sulle richieste formulate dai ricorrenti - aveva sottolineato l'importanza della decisione per i rapporti con l'Unione. “*Per la prima volta dal trattato di Roma*” aveva detto “*il governo vi chiede di non dare applicazione a una decisione della Corte di Lussemburgo*”<sup>4</sup>.

La decisione *French Data Network* del Consiglio di Stato sembrava così potenzialmente configurarsi come il “caso Taricco” francese, con un accento, a dire il vero, ben più politico, poiché in questo caso era il governo stesso - e non un giudice - che chiedeva alla giurisdizione amministrativa di non dare applicazione al diritto dell'Unione europea, al fine di far prevalere le esigenze costituzionali della tutela della pubblica sicurezza<sup>5</sup>.

## *2. Il caso. La tutela della pubblica sicurezza versus la protezione dei dati personali*

Per capire il senso di questa decisione, bisogna risalire al 2018, quando diverse associazioni francesi attive nell'ambito della tutela dei dati personali e un operatore di telecomunicazione hanno presentato un ricorso al Consiglio di Stato<sup>6</sup> contro due decreti adottati in seguito agli attentati terroristici del novembre 2015 e all'instaurazione dell'*état d'urgence*.

Il primo decreto stabilisce che gli operatori delle telecomunicazioni devono conservare per un anno, in modo generalizzato e indifferenziato, tutti i dati di connessione degli utenti, per consentire l'efficace svolgimento delle eventuali indagini penali. Il secondo abilita i servizi segreti a ricorrere all'uso di algoritmi sulla base di quei dati, nell'ambito della loro attività di prevenzione del terrorismo<sup>7</sup>.

È necessario precisare che i dati di connessione - anche chiamati “meta-dati” - a cui fanno riferimento i due decreti ricomprendono: i dati relativi all'identità, che permettono di identificare l'utente di un mezzo di comunicazione elettronica (per esempio il nome e il cognome legati ad un numero di telefono o l'indirizzo IP attraverso il quale l'utente si connette a Internet); i dati relativi al traffico, riportanti le date, le ore e i destinatari delle

---

<sup>4</sup> Udiienza del 16 aprile 2021, [https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2021-04-21/393099?download\\_pdf](https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2021-04-21/393099?download_pdf), §5.1, 28 maggio 2021.

<sup>5</sup> Vedi la *note en délibéré* - la memoria difensiva - del Primo ministro francese, registrata il 16 aprile 2021, n. 393099, 394922, 397844, 397851, 424717 et 424718. Come vedremo, il *rapporteur public* Lallet, nelle sue conclusioni, dissuade il collegio giudicante dal seguire la strategia di scontro diretto invocata dal Governo.

<sup>6</sup> Conseil d'État, 10 e 9 camere riunite, 26 luglio 2018, n. 394922, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000037253930/>

<sup>7</sup> Decreti n. 2015-1185 del 28 settembre 2015, n. 2015-1639 dell'11 dicembre 2015.

comunicazioni elettroniche o la lista dei siti internet consultati; e i dati di localizzazione.

Benché i “meta-dati” non riguardino il contenuto delle comunicazioni, le informazioni che trasmettono agli inquirenti sono numerose ed importanti. Il *rapporteur public* Alexandre Lallet, durante l’udienza pubblica sul caso in commento, ha definito i dati di connessione come “*un elemento cruciale e indispensabile per le indagini penali*”. Basti pensare che, statisticamente, quattro volte su cinque gli inquirenti ricorrono a queste informazioni durante le indagini e che, nel 2020, le procure hanno inviato 2,5 milioni di richieste agli operatori<sup>8</sup>. Inoltre, sollecitano con grande frequenza questi dati anche autorità amministrative indipendenti come l’Autorità dei mercati finanziari o l’Autorità della concorrenza o l’Autorità per la diffusione delle opere e la protezione dei diritti su internet, o Uffici dello Stato quali il fisco e la dogana.

Nel 2018, il Consiglio di Stato si è trovato quindi a dover decidere dell’eventuale annullamento di tali decreti, attraverso un delicato esercizio di bilanciamento tra, da un lato, l’esigenza della tutela dei dati personali e, dall’altro, le esigenze di “*salvaguardia della Nazione*” di fronte alla lotta contro il terrorismo. L’esercizio del controllo di convenzionalità s’è imposto rapidamente poiché tale materia è largamente regolata dal diritto dell’Unione europea<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Udienda 16 aprile 2021, *cit.*

<sup>9</sup> In Francia, il controllo sulla conformità del diritto interno rispetto al diritto dell’Unione europea e agli obblighi internazionali è esercitato dai giudici ordinari e amministrativi. Il Consiglio costituzionale, infatti, con la decisione del 15 gennaio 1975, n. 74-54 DC (v. L. Favoreu, L. Philip et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 2012, p. 90) ha affermato la propria incompetenza a giudicare dei conflitti tra norme nazionali e internazionali e ha, implicitamente, “delegato” l’esercizio del controllo di convenzionalità ai giudici comuni (v. X. Pacreau, *Art. 55*, in F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot (a cura di), *La Constitution de la République française*, Paris, 2009, p. 1371). L’invito viene accolto dalla *Cour de cassation* pochi mesi dopo (*arrêt* 24 maggio 1975, n. 73-13556, *Jacques Vabre*), mentre invece il *Conseil d’État* accetta di esercitare il controllo sulla convenzionalità degli atti regolamentari solamente quattordici anni dopo (*décision* 20 ottobre 1989, n. 108243, *Nicolo*; sulle ragioni di tale ritrosia v. S. Leroyer, *L’apport du Conseil d’État au droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, 2011, p. 625; O. Dutheillet De Lamothe, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in *Mélanges en l’honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, 2007, p. 320 ss.; A. Derrien, *Les juges français de la constitutionnalité: étude sur la construction d’un système contentieux*, Paris, 2003, p. 114 ss.). Sul controllo di convenzionalità in Francia v. in italiano: S. Catalano, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Napoli, 2016, p. 137 ss.; M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, Napoli, 2014; N. Zanon, *L’exception d’inconstitutionnalité in Francia: una riforma difficile*, Torino, 1990, p. 59 ss.

Riguardo alla questione della *data retention*, in particolare, nella sentenza *Tele 2*<sup>10</sup>, la Corte di giustizia aveva dato un'interpretazione molto libera della direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche<sup>11</sup> ritenendo illegittimi l'obbligo di conservazione generalizzata dei dati di comunicazione elettronica e la possibilità di accedere a tali dati da parte dell'autorità giudiziaria. Il giudice europeo aveva infatti ritenuto che tale conservazione costituisca un'ingerenza nella vita privata e una lesione della protezione dei dati personali "particolarmente gravi".

Dato l'evidente problema di compatibilità della normativa francese con il diritto dell'Unione, il Consiglio di Stato francese ha adito la Corte di giustizia UE<sup>12</sup> chiedendo di specificare come conciliare il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali con il diritto alla sicurezza protetto dall'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Nella questione pregiudiziale, il giudice supremo francese ricordava inoltre alla Corte di giustizia che la protezione della sicurezza nazionale rientra tra le competenze esclusive degli Stati membri ex art. 4, par. 2 del TUE. In tal modo, si sottolineava, implicitamente, la necessità che la Corte di Lussemburgo rivedesse una giurisprudenza che, da un lato, appariva inadeguata di fronte alle esigenze della lotta al terrorismo in Francia, e che, dall'altro, sembrava ingerirsi indebitamente in un ambito di competenza esclusivamente statale.

In risposta al Consiglio di Stato, la Corte di giustizia, nella sentenza *La Quadrature du Net*<sup>13</sup>, conferma sostanzialmente la giurisprudenza *Tele 2*.

---

<sup>10</sup> CGUE, 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 e Watson*. V. F.-X. Bréchet, *Sagesse ou folie ?*, in *AJDA*, 2017, p. 73 ss.; M. Benlolo-Carabot, *Protection des données personnelles, lutte contre le terrorisme : la CJUE confrontée à la surveillance de masse*, in *RTDEur.*, 2017, p. 884; O. Pollicino - M. Bassini, *La Corte di giustizia e una trama ormai nota*, in *Diritto penale contemporaneo*, [https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/POLLICINOBASSINI\\_2017a.pdf](https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/POLLICINOBASSINI_2017a.pdf)

<sup>11</sup> Direttiva 2002/58/CE.

<sup>12</sup> Conseil d'État, 10 e 9 camere riunite, 26 luglio 2018, n. 394922, *cit.* V.: A. Bouveresse, *La protection des données personnelles inconciliable avec la sécurité intérieure*, in *RTDEur.*, 2019, p. 541 ss.; F.-X. Bréchet, *Conservation des données de connexion : la CJUE invitée à reconsidérer sa jurisprudence*, in *AJDA*, 2018, p. 2027 ss.; M.-C. de Montecler, *Techniques de renseignement : quand le Conseil d'État invite la CJUE à revoir sa jurisprudence*, in *Dalloz actualité*, 7 settembre 2018.

<sup>13</sup> CGUE, sent. 6 ottobre 2020, C-511/18 *La Quadrature du Net* e C-512/18 *French Data Network*. È importante precisare che il 6 ottobre 2020 la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata non solo sul caso francese, ma su due altre cause pregiudiziali aventi ad oggetto la compatibilità con i diritti fondamentali al rispetto della vita privata ("*personal privacy*") e alla tutela dei dati personali ("*data privacy*") garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE



Tuttavia, facendo espresso riferimento all'art. 4, par. 2 del TUE, essa introduce delle deroghe al divieto generale di conservare i dati degli utenti in modo generalizzato e indifferenziato ai fini della lotta al crimine. In particolare, la *data retention* è possibile qualora ricorrano “*circostanze sufficientemente concrete che consentono di ritenere che lo Stato membro interessato affronti una minaccia grave per la sicurezza nazionale che si rivela reale e attuale o prevedibile*” (137). Tuttavia, anche in questo caso specifico, “*la conservazione preventiva dei dati di tutti gli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica deve essere temporalmente limitata allo stretto necessario*” (138). Inoltre, “*è essenziale che un provvedimento che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di procedere a una siffatta conservazione dei dati possa essere oggetto di un controllo effettivo da parte di un giudice o di un organo amministrativo indipendente, la cui decisione sia dotata di efficacia vincolante, diretto ad accertare la sussistenza di una delle suddette situazioni nonché il rispetto delle condizioni e delle garanzie che devono essere previste*” (139).

Al di fuori dell'ipotesi eccezionale di minaccia grave alla pubblica sicurezza, nei periodi di “normalità”, gli Stati possono imporre la conservazione “mirata” dei dati, in certe zone o per certe categorie di persone che sono state pre-identificate come pericolose, esclusivamente per le indagini relative a “reati gravi”. Invece, per quelle relative a reati “ordinari”, vale il divieto generale di conservazione dei meta-dati.

### *3. La richiesta del governo francese di opporre il contro-limite “alla tedesca” dell’ultra vires*

La reazione del governo francese alla sentenza *La quadrature du Net* è stata di netta opposizione. Nella memoria difensiva depositata tra il gennaio e l'aprile 2021, il governo si è dichiarato contrario all'applicazione del diritto

---

delle normative nazionali del Regno Unito (C-623/17, *Privacy International*), del Belgio (C-520/18, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*). V. : E. Daoud – I. Bello – O. Pecriaux, *Données de connexion et sauvegarde de la sécurité nationale : l'exception confirme la règle*, in *Dalloz IP/IT*, 2021, p. 46 ; S. Lavric, *Accès aux données personnelles dans les procédures pénales : le parquet sur la touche*, in *AJ Pénal*, 2021, p. 267.

dell'Unione poiché “la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea alle questioni pregiudiziali che le erano state poste ha manifestamente violato il principio di attribuzione previsto dall'articolo 5 del TUE e, in tal modo, la Corte si è intromessa nelle competenze degli Stati membri, secondo quanto è previsto dall'articolo 4 par. 2 TUE”. Inoltre, tale risposta “non permette di garantire l'effettività degli obiettivi di valore costituzionale che sono la salvaguardia degli interessi fondamentali della Nazione, la prevenzione dei reati e la ricerca degli autori di reati, e la lotta contro il terrorismo”<sup>14</sup>.

Nei fatti, il governo francese suggerisce implicitamente di adottare la soluzione teorizzata dalla Corte costituzionale tedesca<sup>15</sup> e applicata da questa stessa Corte nel caso PSPP del 5 maggio 2020<sup>16</sup> e, in passato, dalla Corte costituzionale della Repubblica ceca<sup>17</sup>. Poiché gli Stati sono “*maîtres des traités*” e il diritto dell'Unione ha carattere obbligatorio solo in virtù di una decisione nazionale, il Consiglio di Stato francese avrebbe non solo il potere ma anche il dovere di porsi come giudice ultimo della ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri. Di conseguenza, al fine di preservare la sovranità costituzionale della Francia, il Consiglio di Stato dovrebbe effettuare un controllo *ultra vires*, opponendosi all'applicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia e facendo rispettare, in questo modo, il riparto delle

---

<sup>14</sup> Conseil d'État, Assemblée, 21 aprile 2021, n. 393099

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043411127>

<sup>15</sup> BVerfGE 89, 155 - *Maastricht* (sentenza del 12 ottobre 1993).

<sup>16</sup> BVerfG, sentenza *Weiss*,

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2020/05/rs202005\\_05\\_2bvr085915fr.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2020/05/rs202005_05_2bvr085915fr.html). V.: R. Adam, *Il controlimito dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il diritto dell'Unione europea*, fasc. n. 1/2020, [http://www.dirittounioneuropea.eu/Article/Archive/index\\_html?ida=165&idn=21&idi=-1&idu=-1](http://www.dirittounioneuropea.eu/Article/Archive/index_html?ida=165&idn=21&idi=-1&idu=-1); M. Bursi, *La sentenza del BVERFG sul Public sector Purchase Program. Un'Europa sempre più difficile*, in *Consulta online*, fasc. II/2020, <https://www.giurcost.org/studi/bursi.pdf>; F. Saitto, “*Tanto peggio per i fatti*”. *Sipario sulla presidenza Vosskuhle: il caso Quantitative Easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritti Comparati*, 7 maggio 2020, <https://www.diritticomparati.it/tanto-peggio-per-i-fatti-sipario-sulla-presidenza-voskuhle-il-caso-quantitative-easing-di-fronte-al-bundesverfassungsgericht/?print-posts=print>; G. Grégoire, *L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2021/5-6 (n° 2490-2491), p. 5 ss.; F. Martucci, *La BCE et la Cour constitutionnelle allemande: comprendre l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande*, in *Le club des juristes*, 11 maggio 2020, <https://blog.leclubdesjuristes.com/la-bce-et-la-cour-constitutionnelle-allemande-comprendre-larret-du-5-mai-de-la-cour-constitutionnelle-allemande/>

<sup>17</sup> Sentenza *Holubec* del 31 gennaio 2012, <https://www.usoud.cz/en/decisions/2012-01-31-pl-us-5-12-slovak-pensions>

competenze che sarebbe stato violato dalla giurisdizione europea nell'esercizio del suo ruolo di interprete del diritto dell'Unione.

#### 4. *La decisione del Consiglio di Stato: i contro-limiti? Forse, ma "alla francese"*

##### 4.1. *L'orientamento generale della dottrina giurisprudenziale francese in materia di rapporti tra sistemi*

Il Consiglio di Stato non ha inteso aderire alla soluzione prospettata dal Governo. Facendo riferimento esplicito all'articolo 91 del regolamento di procedura della CGUE, il giudice amministrativo francese ha infatti ritenuto che *"al contrario di quanto sostiene il Primo ministro, il giudice amministrativo non deve assicurarsi del rispetto da parte del diritto derivato dell'Unione o da parte della Corte di giustizia, del riparto delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri. Di conseguenza, non spetta al giudice amministrativo controllare la conformità delle decisioni della Corte rispetto al diritto dell'Unione e, in particolare, privare tali decisioni della forza obbligatoria di cui esse sono dotate (...), e questo sulla base del fatto che la CGUE si sarebbe spinta al di fuori delle sue competenze, attribuendo a un principio o a un atto del diritto dell'Unione una portata che eccede l'ambito di competenza previsto dai trattati"* (8)<sup>18</sup>.

Questa presa di posizione netta da parte del Consiglio di Stato non stupisce. Non solo il giudice amministrativo si sarebbe trovato in chiara difficoltà ad opporre un controllo *ultra vires* alla giurisprudenza della Corte di giustizia dopo avere lui stesso sollecitato, nel 2018, il giudice europeo per mezzo della questione pregiudiziale; ma inoltre, i contro-limiti "alla tedesca" appaiono profondamente estranei agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali maturati in seno al Consiglio di Stato in materia di rapporti tra sistemi<sup>19</sup>.

Dagli anni 1960 ad oggi, in effetti, la suprema corte amministrativa ha attraversato diverse fasi, passando da un convinto nazionalismo giuridico<sup>20</sup>, alla

<sup>18</sup> Conseil d'État, Assemblée, 21 aprile 2021, n. 393099  
<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043411127>

<sup>19</sup> Lo sottolinea il *rapporteur public* nelle sue conclusioni. Facendo riferimento alle sentenze del *Bundesverfassungsgericht Honeywell* del 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, *OMT* del 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13 et *Weiss* del 5 maggio 2020 *cit.*, il *rapporteur* Lallet osserva che *"ce vocabulaire, comme l'état d'esprit qu'il traduit, ne sont clairement pas les vôtres. (...) Jamais vous ne vous êtes autorisé à porter un jugement de valeur ou même un regard critique sur les raisonnements tenus par la Cour de justice"* § 5.1 *cit.*

<sup>20</sup> Conseil d'État, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, 1 marzo 1968, n. 62814



presa di coscienza del fenomeno irresistibile d'internazionalizzazione e di europeizzazione del diritto<sup>21</sup>, alla volontà di porre dei limiti costituzionali a questo fenomeno, attraverso l'elaborazione di sofisticate strategie atte a evitare i conflitti normativi<sup>22</sup>.

Attualmente, anche in virtù della giurisprudenza del Consiglio costituzionale<sup>23</sup>, l'autorità del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento interno è stata costituzionalizzata. È stato infatti riconosciuto, sia dal giudice costituzionale e in seguito da quello amministrativo, che l'articolo 88-1 della Costituzione, che afferma che “*la Repubblica partecipa alla Comunità europea e all'Unione europea, costituite da Stati che hanno scelto liberamente, sulla base dei trattati che le hanno istituite, di esercitare in comune alcune delle loro competenze*”, attribuisce un fondamento costituzionale al principio della *primauté* dell'Unione europea. Per questa ragione, il Consiglio di Stato, nella decisione *Arcelor* del 2007, ha riconosciuto la specificità del diritto dell'Unione e ha tentato di trovare una soluzione ai conflitti normativi inter-sistemici alternativa a quella prospettata dalla teoria della gerarchia delle fonti<sup>24</sup>. Come indicato nelle conclusioni del *commissaire du gouvernement* Guyomar nel caso *Arcelor*, oramai “*il rispetto della supremazia assoluta delle regole e dei principi di valore costituzionale passa, in una qual certa misura, per il riconoscimento della primauté del diritto comunitario*”<sup>25</sup>.

La volontà di pensare in modo nuovo, circolare, l'integrazione tra le norme europee, internazionali e interne è confermata un anno dopo, quando nelle conclusioni relative al caso *Conseil National des Barreaux*, il *commissaire du gouvernement* Guyomar afferma che “*La piramide di Kelsen non è più sufficiente per spiegare i rapporti tra i diversi ordini giuridici: i diritti nazionali, il diritto comunitario e il diritto della convenzione europea. Il pluralismo giuridico è una ricchezza a condizione di essere ordinato (...). Lo spazio giuridico europeo che noi condividiamo è fondato su valori comuni: la vostra (del Consiglio di Stato) decisione avrà maggiore importanza e risonanza se sarà*

---

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007633957/>

<sup>21</sup> Conseil d'État, Assemblée, *Nicolo*, 20 ottobre 1989, n. 108243, <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/1989-10-20/108243>

<sup>22</sup> Conseil d'État, Assemblée, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, 8 febbraio 2007, n. 287110, <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2007-02-08/287110>

<sup>23</sup> Cons. Const., dec. n. 2004-496 DC, 10 giugno 2004.

<sup>24</sup> V. in questo senso l'analisi di B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, 2013, p. 173-174.

<sup>25</sup> M. Guyomar, concl. su dec. *Soc. Arcelor*, *cit.*, p. 13-14.

*fondata sul rispetto dei diritti fondamentali protetti in ambito europeo, di cui siamo noi tutte insieme, giurisdizioni europee e nazionali, le garanti ultime*<sup>26</sup>.

Dal 2008, il rinnovamento in chiave europea della dottrina del Consiglio di Stato in materia di rapporti tra sistemi è stato confermato a più riprese. Lo dimostrano sia la recente richiesta da parte del Consiglio di Stato francese di un parere alla Corte europea di Strasburgo nell'ambito della nuova procedura introdotta dal Protocollo n. 16<sup>27</sup>, sia la decisione in commento, che, come vedremo, si iscrive appieno nel solco della giurisprudenza *Arcelor*.

Ecco quindi che la teoria tedesca del controllo *ultra vires*, fedele ad una concezione dualista e strettamente gerarchica dei rapporti tra sistemi, non poteva che essere rifiutata da una giurisdizione che, malgrado innumerevoli ambiguità, nel complesso, si dimostra fundamentalmente aperta al confronto con i giudici europei e rispettosa delle competenze del giudice dell'Unione.

#### *4.2. La giurisprudenza della CGUE disattesa*

Alla luce di questo, la lettura del seguito della decisione del 21 aprile 2021 può lasciare un po' sconcertati. Se, come abbiamo visto, il Consiglio di Stato neutralizza il potenziale conflitto istituzionale e politico tra la Francia e l'Unione, nei "*considérant*" successivi disattende, poi, in sostanza la giurisprudenza della Corte di giustizia.

In effetti, riferendosi alla possibilità riconosciuta dal giudice dell'Unione di derogare al divieto generale di conservare in modo generalizzato e indifferenziato i dati di connessione degli utenti, il Consiglio di Stato ha ritenuto la legittimità, nel caso, della normativa francese, rilevando come l'emergenza terroristica - che dal 2015 si è ormai trasformata in uno stato emergenziale permanente - giustifichi sia il mantenimento della conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati di connessione per un anno, sia l'accesso a tali dati ai fini della repressione di tutti i reati, gravi e ordinari. Secondo il ragionamento pragmatico del Consiglio di Stato, poiché i dati di connessione sono conservati in ogni caso, sulla base dell'esistenza di una minaccia grave e reale per la sicurezza nazionale, la questione della conservazione mirata o meno di tali dati non si pone più per le indagini penali poiché, di fatto, l'autorità giudiziaria francese è in grado di accedere a tali dati. Di conseguenza, *fin tanto che* lo stato di emergenza giustifica la conservazione generalizzata dei dati, in pratica, il

---

<sup>26</sup> M. Guyomar, cond. su dec. *Conseil National des Barreaux*, 10 aprile 2008, n. 296845.

<sup>27</sup> *Conseil d'État*, 5 e 6 camere riunite, 15 aprile 2021, n. 439036, <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2021-04-15/439036>

conflitto tra il diritto dell'Unione e il diritto costituzionale francese non sussiste<sup>28</sup>.

Il Consiglio di Stato si è limitato quindi a censurare, conformandosi alla giurisprudenza europea, solamente alcune disposizioni "accessorie" dei decreti, stabilendo, per un verso, che la condizione della minaccia per la sicurezza nazionale sia riesaminata periodicamente da parte del governo; per altro verso, stabilendo che sia reso obbligatorio il parere preventivo (che era fino ad oggi non vincolante) di un'autorità indipendente per l'utilizzo dei dati di connessione da parte dei servizi segreti.

Tali adeguamenti sono minimi di fronte a una decisione che difende saldamente la regolamentazione nazionale e che, inoltre, non risparmia critiche alle incoerenze che la soluzione della Corte di giustizia sembra presentare. In effetti, in merito alla richiesta del giudice del Lussemburgo di conservare in modo mirato i dati di connessione, limitandosi ai dati delle persone potenzialmente sospette, il Consiglio di Stato francese ha affermato che è materialmente impossibile prevedere anticipatamente la commissione di un reato o predeterminare dove avverrà e ancor più identificare in anticipo le persone che potrebbero commetterlo.

Il Consiglio di Stato ha poi chiaramente fatto intendere che il conflitto tra la normativa europea e gli obiettivi a valore costituzionale francesi, evocati nella memoria difensiva del governo, esiste. Il giudice amministrativo osserva infatti che la conservazione indifferenziata e generalizzata dei dati, vietata dalla Corte di giustizia, è necessaria ai fini delle inchieste penali ed è quindi essenziale per assicurare il rispetto delle esigenze costituzionali di tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza delle persone e dei beni, e per ricercare e identificare le persone che hanno commesso un reato<sup>29</sup>.

In definitiva, la decisione del Consiglio di Stato sembra discostarsi dal parere del governo solo per quel che riguarda la strategia giurisprudenziale scelta per salvaguardare la normativa nazionale, a fronte di una sentenza europea di sostanziale condanna. Relativamente al merito, in effetti, il giudice amministrativo difende gli interessi e condivide le ragioni governative.

Tuttavia, il rifiuto dei contro-limiti "alla tedesca" e la preferenza per la dottrina dei contro-limiti "alla francese", temperata per di più, come vedremo, dalla teoria della protezione equivalente, non è una scelta di poco conto. Si tratta in effetti, secondo chi scrive, di una presa di posizione in favore di una visione dei contro-limiti come strumento di dialogo costruttivo, anche se

---

<sup>28</sup> Cit., §58.

<sup>29</sup> Conseil d'État, Assemblée, 21 aprile 2021, n. 393099, *cit.*, §58.

conflittuale, tra giudici nazionali ed europei. Una visione in un certo senso simile a quella della giurisprudenza costituzionale italiana più recente<sup>30</sup>.

Il *rapporteur public* lo esprime chiaramente nelle sue conclusioni: il *Conseil d'État* non ha bisogno di innovare la sua dottrina giurisprudenziale sui conflitti tra norme costituzionali e atti amministrativi che traspongono norme europee, “*votre boîte à outil contient déjà, et d’assez longue date, un instrument adapté à la situation*”<sup>31</sup>. Questo “strumento” è la “*clause de sauvegarde Arcelor*” – la clausola di salvaguardia Arcelor – e “*consiste non tanto nel contestare la soluzione della Corte di giustizia e le regole che essa impone, ma piuttosto nel rifiutare di trascriverla servilmente, poiché essa si scontra con un ostacolo costituzionale sostanziale*”<sup>32</sup>.

La giurisprudenza *Arcelor* introduce in effetti in Francia, sulla scia della giurisprudenza costituzionale, la dottrina della cosiddetta protezione equivalente, una dottrina inaugurata da altre corti nazionali in precedenza per risolvere i conflitti normativi tra il diritto costituzionale e il diritto dell’Unione. Ci soffermeremo quindi ora su tale evoluzione giurisprudenziale al fine di comprendere meglio la decisione *Data Network* in commento.

#### *4.3. La dottrina francese della protezione equivalente*

La dottrina della protezione equivalente stabilisce un coordinamento tra gli ordinamenti sulla base di due presupposti essenziali: il riconoscimento reciproco della competenza di ciascun ordinamento a determinare le condizioni di validità delle proprie norme; ed una fiducia reciproca in merito alla garanzia, nei singoli ordinamenti, di uno standard elevato di protezione dei diritti fondamentali. In questo modo, gli ordinamenti ammettono che norme di origine esterna producano effetti giuridici nel diritto interno, senza applicare ad esse il rispetto delle condizioni di validità imposte nei confronti delle norme interne. Tuttavia, questo non implica l’abbandono di ogni tipo di controllo: l’“immunità” del diritto esterno nell’ordinamento interno è valida fintantoché

---

<sup>30</sup> Sul ruolo dei contro-limiti nel processo di integrazione europea v. M. Cartabia - A. Celotto, *La Giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4502 ss.; F. Fontanelli - G. Martinico, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell’ordinamento costituzionale multi-livello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2008, p. 376 ss.; M. Luciani, *I controlimiti e l’eterogeneità dei fini*, in *Questione giustizia*, 1/2015, p. 89 ss.; A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

<sup>31</sup> Rapp. Lallet, *Conclusions*, cit., §5.1.

<sup>32</sup> *Idem*.



nell'ordinamento originario sono riconosciuti e garantiti gli stessi principi e valori fondamentali. Il controllo, quindi, “*non viene esercitato sulle singole norme di origine esterna quanto sul complessivo assetto normativo dell'ordinamento esterno*”<sup>33</sup>.

Tale dottrina è stata elaborata dalle corti costituzionali di alcuni Stati membri dell'Unione europea al fine di assicurare che i diritti fondamentali fossero garantiti in modo soddisfacente nei confronti delle norme dell'Unione, senza tuttavia imporre loro il rispetto puntuale di standard interni e escludendo di conseguenza il controllo di costituzionalità sugli atti dell'Unione<sup>34</sup>. In seguito, anche le corti sopranazionali hanno fatto ricorso a questo schema argomentativo, al fine di coordinare tra loro diversi regimi convenzionali e internazionali<sup>35</sup>.

In Francia, la questione si è posta un poco più tardi rispetto all'Italia o alla Germania, e questo per diverse ragioni. Innanzitutto, la Costituzione francese del 1958, nel regolamentare i rapporti tra i sistemi, s'ispira in larga parte alla dottrina monista che riconosce prevalenza al diritto internazionale<sup>36</sup>. Inoltre, la mancanza nella Costituzione di un catalogo dei diritti<sup>37</sup> unita all'assenza, fino alla

---

<sup>33</sup> E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, p. 460-461.

<sup>34</sup> In particolare v. Corte costituzionale italiana, sent. n. 183/1973 *Frontini* e sent. n. 232/1989, *Fragd*; Corte costituzionale tedesca, sent. 22 ottobre 1986, *So lange II*.

<sup>35</sup> V. CEDU, *Bosphorus v. Ireland*, 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98; *Kokkelvisserij v. The Netherlands*, 20 gennaio 2009, decisione sulla ricevibilità, ricorso n. 13645/05; CGUE, cause riunite C-402/05P e C-415/05P, *Kadi and Al Barakaat*, [2008] ECR I-6351. V. E. Cannizzaro, E. I. Bonafè, *Gli archetipi del pensiero giuridico moderno alla prova delle forme di interazione tra ordinamenti giuridici*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 5, 2014, p. 103 ss.; F.-X. Millet, *Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux*, in *Revue française de droit administratif*, 2012, n. 3.

<sup>36</sup> Sul punto, v. M. Virally, *Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes*, in *Mélanges H. Rolin*, Paris, 1964, p. 488-489; D. Alland, *Le droit international sous la Constitution de la Ve République*, in *Revue de droit public*, 1998, p. 1649-1670; X. Paireau, *Art. 55*, in F. Luchaire, G. Conac, X. Prétot (a cura di), *La Constitution de la République française, op. cit.*; B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques, op. cit.*, p. 13-16.

<sup>37</sup> A questa mancanza ha sopperito nel tempo il *Conseil constitutionnel*, creando il cosiddetto « *bloc de constitutionnalité* ». A seguito delle decisioni del Consiglio costituzionale n. 71-44DC del 16 luglio 1971, n. 73-51 del 27 dicembre 1973, n. 74-54 del 15 gennaio 1975, la Costituzione, intesa in senso lato si compone, oltre al testo del 1958, del Preambolo della Costituzione del 1946, della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del Cittadino del 1789, dei principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica e della *Charte de l'environnement* del 2004. V. L. Favoreu, P. Gaïa et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, 2006, p. 281 ss.; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 2015, p. 98 ss. Nella letteratura italiana v.

riforma costituzionale del 2008<sup>38</sup>, di un controllo di costituzionalità incidentale, hanno fatto sì che il controllo di convenzionalità diventasse l'unico strumento processuale capace di impedire l'applicazione di una legge contraria ai diritti fondamentali<sup>39</sup>. Di conseguenza, a differenza delle esperienze italiane e tedesche, i giudici francesi non hanno sentito l'esigenza, né giuridica né politica, di elevare barriere nei confronti dei diritti comunitario e convenzionale, al fine di difendere lo standard costituzionale e i meccanismi di garanzia dei diritti fondamentali predisposti dall'ordinamento interno.

È quindi solo a partire dal 2004 che il giudice costituzionale francese, sulla scorta delle giurisprudenze degli altri Stati membri<sup>40</sup>, ha costruito una teoria dei contro-limiti, influenzando in modo determinante, tre anni dopo, il *Conseil d'État* nell'elaborazione della dottrina della protezione equivalente.

In particolare, nel 2004, il *Conseil constitutionnel* si è trovato di fronte al problema della costituzionalità di una legge che trasponeva una direttiva europea. Sulla base dell'articolo 88-1 della Costituzione<sup>41</sup>, il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che “*la trasposizione nel diritto interno di una direttiva comunitaria è un'esigenza costituzionale*”. In questo modo, il giudice costituzionale francese ha riconosciuto alla *primauté* del diritto dell'Unione un fondamento costituzionale<sup>42</sup> e ha dichiarato di conseguenza la sua incompetenza per giudicare della costituzionalità di norme interne che “*si limitano a trarre le conseguenze necessarie di norme incondizionate e precise di una direttiva*”<sup>43</sup>. Effettuare un tale controllo significherebbe infatti pronunciarsi, indirettamente,

---

P. Passaglia, *I confini mobili della normativa costituzionale : dalla Costituzione parziale al bloc de constitutionnalité*, in M. Calamo Specchia (a cura di), *La Costituzione Francese/La Constitution française*, Torino, 2009, p. 422 ss. ; *Id.*, *La giustizia costituzionale in Francia*, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, p. 213 ss.

<sup>38</sup> *Loi constitutionnelle* n° 2008-724 del 23 luglio 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République*.

<sup>39</sup> Ovviamente con effetti solamente *inter partes*.

<sup>40</sup> La dottrina e i consiglieri di stato francesi nell'illustrare l'evoluzione giurisprudenziale francese degli anni 2000 in materia di rapporti tra sistemi fa sempre costante riferimento alle esperienze italiana e tedesca. V. in particolare Rapp. Lallet, *Conclusions, cit.*, §5.2 ; *Comm. décision Arcelor*, in M. Long – P. Weil – G. Braibant et alii. (a cura di), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 2015, p. 839.

<sup>41</sup> “*La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007*”.

<sup>42</sup> B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques, op. cit.*, p. 120 ss.

<sup>43</sup> *Conseil constitutionnel*, dec. n. 2004-496 DC, 10 giugno 2004.

sulla costituzionalità della direttiva, invadendo la competenza della Corte di giustizia dell'Unione.

Per questa ragione, anche nel quadro della procedura di controllo incidentale introdotta nel 2010, quando un ricorrente sostiene davanti al Consiglio costituzionale che una legge di trasposizione è contraria alla Costituzione, il giudice verifica che la legge sia stata adottata nelle forme previste dalla legge, che non sia manifestamente incompatibile con il regolamento o la direttiva europea – poiché ne deriverebbe una violazione dell'articolo 88-1 della Costituzione – e, infine, che il legislatore abbia esercitato appieno le competenze conferitegli dall'articolo 34 della Costituzione. Per il resto, poiché il Consiglio costituzionale non esercita il controllo di convenzionalità<sup>44</sup>, esso affida il controllo del rispetto delle esigenze costituzionali sostanziali ai giudici del diritto dell'Unione, che sono le giurisdizioni amministrative e giudiziarie e la Corte di giustizia<sup>45</sup>. In altre parole, il controllo di costituzionalità non scompare, ma è “*trasportato nell'ordine giuridico europeo e posto in fine sotto il controllo della Corte di Lussemburgo. Il poliziotto della costituzionalità delle leggi rinvia il ricorrente al gendarme comunitario, sempreché entrambi applichino le stesse regole*”<sup>46</sup>.

L'immunità costituzionale del diritto derivato dell'Unione non è tuttavia assoluta.

Nel 2006, il *Conseil* ha precisato che la trasposizione di una direttiva non può essere contraria ad una “*regola o ad un principio relativo all'identità costituzionale della Francia, a meno che il costituente non vi abbia consentito*”<sup>47</sup>. Con questa affermazione, il giudice costituzionale francese istituisce una “rete di

<sup>44</sup> Cons. const., n. 74-54 DC, decisione del 15 gennaio 1975, *cit.*

<sup>45</sup> È con questa logica, e nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 88-2 della Costituzione relativa al mandato d'arresto europeo, che il *Conseil constitutionnel* nel 2013 ha posto per la prima – e per il momento unica – volta una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione. Per un commento ci permettiamo di rinviare a N. Perlo, F.-X. Millet, *The first preliminary reference of the French Constitutional Council to the European Court of Justice : révolution de palais or révolution in french constitutional law?*, in *German Law Journal*, n°6, 2015, p. 1471-1490.

<sup>46</sup> Rapp. Lallet, *Conclusions*, *cit.*, §5.2.

<sup>47</sup> Cons. const., n. 2006-540 DC, 27 luglio 2006. La decisione n. 2004-505 DC, 19 novembre 2004 aveva già in parte annunciato la teoria dei contro-limiti francese. V. : F.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013 ; M. Bertrand, *Le droit communautaire fait son entrée au Conseil constitutionnel*, in *Les Petites Affiches*, 2006, p. 3-4 ; F. Chaltiel, *Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs*, in *Revue de l'Union européenne*, 2007, n. 504, p. 61-65 ; P. Cassia – E. Saulnier-Cassia, *Rapports entre la Constitution et le droit communautaire*, in *Droit administratif*, octobre 2006, n. 10, p. 31-33.

protezione” al fine di difendere la supremazia dei contenuti fondanti lo spirito della Costituzione francese. In questo modo, nel caso in cui nell’ambito di un controllo *a priori* o *a posteriori* venga denunciata l’incostituzionalità di una legge che traspone una direttiva, un’ulteriore verifica da parte del giudice costituzionale s’impone: il rispetto dell’identità costituzionale francese<sup>48</sup>. Secondo il commento ufficiale della decisione pubblicato sul sito del *Conseil constitutionnel*, questa “riserva di costituzionalità” deve riguardare una norma specifica dell’ordinamento giuridico francese, che non trova un’equivalente nei diritti fondamentali garantiti dal diritto comunitario originario<sup>49</sup>. La teoria dei contro-limiti viene quindi stemperata da quella della protezione equivalente.

L’espressione utilizzata dal giudice francese – “identità costituzionale” – è certamente molto ambigua<sup>50</sup> e, per il momento, nessuna applicazione concreta permette di chiarirne il significato. Nelle sue conclusioni relative al caso *Data Network*, il *rapporteur public* Lallet, ne definisce tuttavia la funzione, rendendo evidente la filosofia generale che ispira la soluzione dei conflitti inter-sistemiche anche in seno al *Conseil d’État*. La teoria dei contro-limiti non è il riflesso di un nuovo sovranismo giudiziario, ma “uno strumento per far rispettare la norma fondamentale da cui tutto procede, compresa la scelta dello Stato di partecipare alla costruzione europea; ed è anche uno strumento che garantisce un dialogo tra giudici efficace, sulla base di un rapporto di forza equilibrato”<sup>51</sup>.

È quindi sulla scorta dell’evoluzione giurisprudenziale del *Conseil constitutionnel* che nel 2007, il *Conseil d’État* ha cercato di trovare un equilibrio tra la primazia del diritto dell’Unione e la supremazia della Costituzione nell’ordine interno.

---

<sup>48</sup> Per maggiore chiarezza è importante precisare che nell’ambito del controllo incidentale, il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione svolgono un ruolo di «filtro», poiché valutano se vi siano i presupposti per rinviare al *Conseil constitutionnel* la questione prioritaria di costituzionalità (sul sistema del “doppio filtro” v. nella letteratura italiana S. Catalano, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia*, *op. cit.*, p. 64 ss). Nel caso in cui venga posta una questione relativa ad una legge che si limita a trasporre delle norme precise di una direttiva, se non è invocata la violazione di una regola o di un principio relativo all’identità costituzionale della Francia, il *Conseil d’État* non rinvia la questione al giudice costituzionale (CE, 14 settembre 2015, *Société Notrefamille.com*, n° 389806, aux T.).

<sup>49</sup> [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/commentaires/cahier21/ccc\\_540dc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/commentaires/cahier21/ccc_540dc.pdf)

<sup>50</sup> B. Bonnet, *Autorité en France des normes internationales et européennes*, in *Jurisclasseur Liberté* n°58 ss.; S. Denys, *L’obscur clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires*, in *Europe*, 2006, p. 2-3.

<sup>51</sup> §5.2.



Il caso *Arcelor* imponeva al Consiglio di Stato di stabilire la sua competenza per controllare la costituzionalità di regolamenti che traspongono una direttiva europea nell'ordinamento interno. Sulla base della giurisprudenza amministrativa precedente, che affermava l'esistenza di uno "schermo costituzionale" e quindi di una sorta di immunità della norma costituzionale rispetto alla norma internazionale<sup>52</sup>, la soluzione sembrava evidente: poiché la trasposizione di una direttiva è sottoposta alle regole dello Stato membro, se il decreto che traspone è contrario a un principio costituzionale, esso dev'essere censurato dal giudice amministrativo.

A sorpresa, invece, il *commissaire du gouvernement* Matthias Guyomar – che è ora giudice alla Corte europea dei diritti dell'uomo – ha convinto il Consiglio di Stato a percorrere un'altra strada. Nelle sue conclusioni, il *commissaire* loda la soluzione del *Conseil constitutionnel* del 2004, sottolineando che il controllo, anche indiretto, della costituzionalità di una direttiva comunitaria implicherebbe il disconoscimento della comunità di valori che si trova a fondamento dell'Unione europea<sup>53</sup>. In questo senso, propone di adattare la soluzione del giudice costituzionale a quelle che sono le peculiarità del ruolo e della funzione del Consiglio di Stato. In particolare, si tratta, per lui, di trasporre "il blocco di costituzionalità francese nell'ordine giuridico comunitario". Questa "operazione di traslazione" deve far sì che il controllo di costituzionalità esercitato dal Consiglio di Stato sul regolamento di trasposizione "sia effettuato, in parte, sous le timbre del diritto comunitario", e cioè alla luce del diritto comunitario<sup>54</sup>.

Questa "traslazione" del conflitto normativo permette quindi di trasporre il conflitto in un altro ordinamento giuridico, dove il principio della supremazia costituzionale non costituisce più un ostacolo. Il conflitto tra la norma costituzionale e la norma europea viene infatti trasformato in un conflitto tra

---

<sup>52</sup> Conseil d'État, *Sarran*, 30 ottobre 1998, n. 200286, <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/1998-10-30/200286>. V. B. Bonnet, *Autorité en France des normes internationales et européennes*, in *Jurisclasseur Libertés*, fasc. n. 160 ; D. Alland, *étude*, in *RFDA*, 1998, p. 1094 ; D. Simon, *Chron.*, in *Europe*, 1999, n. 3 ; B. Seiller, *Droit administratif 1, Les sources et le juge*, Paris, 2011, p. 57-58 ; C. Maugüe, *L'arrêt Sarran entre apparence et réalité*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 7, 1999.

<sup>53</sup> Nelle sue conclusioni, il *commissaire* cita anche la giurisprudenza costituzionale italiana (in particolare sent. n. 232 del 13 aprile 1989, *Fragd*) e tedesca (BVerfG, déc. *Solange II* du 22 octobre 1986, BVerfGE 73, 339) al fine di dimostrare che la soluzione del Consiglio costituzionale è in armonia con la dottrina delle giurisdizioni di altri Stati membri.

<sup>54</sup> Conclusioni dec. *cit.*

norme dell'Unione<sup>55</sup>. In questo modo, il Consiglio di Stato supera l'approccio classico, fondato sulla gerarchia delle fonti, e si avvicina, secondo noi, alla teoria del pluralismo costituzionale.

Da un punto di vista procedurale, il controllo del giudice amministrativo si svolge nel modo seguente. Il giudice deve, in un primo tempo, valutare se l'atto amministrativo traspone delle norme comunitarie precise e incondizionate. Nel caso in cui la direttiva lasci alle autorità nazionali un margine di apprezzamento in merito alla sua trasposizione in diritto interno, il giudice amministrativo esercita il controllo di legalità ordinario. Quando invece tale margine di apprezzamento è escluso, il giudice amministrativo deve compiere una valutazione ulteriore. Deve cioè stabilire se il principio costituzionale di cui i ricorrenti contestano la violazione ha un'equivalenza nel diritto comunitario primario.

Ora, qualora nell'ordinamento dell'Unione sia riconosciuto un diritto fondamentale equivalente a quello garantito dal diritto costituzionale francese, il diritto dell'Unione s'impone sul diritto interno. A questo punto, il Consiglio di Stato deve valutare se la direttiva che il decreto traspone è conforme alla regola o al principio di diritto comunitario. In caso di dubbio sull'interpretazione della norma europea, il giudice amministrativo deve effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione, affinché questa valuti la validità della direttiva rispetto al diritto comunitario primario.

Qualora invece il diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione francese non trovi riscontro nel diritto dell'Unione, il diritto costituzionale francese prevale. Si tratta certo di un'eventualità minore, marginale, ma resta il fatto che, in questo caso, prevale la *primauté* costituzionale e non quella del diritto dell'Unione<sup>56</sup>.

#### *4.4. La soluzione conciliante ma provvisoria della decisione Data Network*

A differenza del caso *Arcelor*, la decisione *Data Network* in commento non riguarda direttamente la costituzionalità di un decreto che traspone una direttiva. I ricorrenti, in effetti, non contestano la costituzionalità delle norme regolamentari di cui chiedono l'annullamento. E neppure contestano la costituzionalità della legge che afferma l'obbligo della conservazione

---

<sup>55</sup> F. Lenica e J. Boucher, *Chron.*, in *AJDA*, 2007, p. 582; B. Bonnet, *Autorité en France des normes internationales et européennes*, *op. cit.*; Comm. in M. Long – P. Weil – G. Braibant et alii., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 833 ss.

<sup>56</sup> Sul punto, B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 90-91.

generalizzata dei dati<sup>57</sup>. I ricorrenti denunciano esclusivamente l'inconvenzionalità delle misure regolamentari e più in particolare della legge. È quindi il governo che, difendendosi da tali allegazioni, oppone un'eccezione d'incostituzionalità nei confronti delle norme europee di cui i ricorrenti si prevalgono. Si tratta, come dice il rapporteur Lallet, di una “*défense antimissile*”: il governo chiede di applicare la legge poiché la norma europea - che sarebbe il missile - sarebbe contraria alla Costituzione<sup>58</sup>. In questo modo, si configura una situazione procedurale simile a quella del caso *Arcelor*, poiché il problema di conformità evocato dal governo non è tanto quello del rispetto della Costituzione da parte della legge, ma piuttosto quello del rispetto della Costituzione da parte della direttiva *e-privacy* e del *Regolamento generale sulla protezione dei dati* europei.

Applicando lo schema argomentativo della giurisprudenza *Arcelor*, per la prima volta, il giudice amministrativo francese lascia chiaramente intendere che non sussiste l'equivalenza tra i principi protetti dal diritto costituzionale francese e quelli protetti dal diritto dell'Unione. In effetti, gli obiettivi di valore costituzionale di salvaguardia degli interessi fondamentali della Nazione, di prevenzione contro le minacce all'ordine pubblico, della ricerca degli autori di reati e di lotta contro il terrorismo non trovano riscontro nel diritto primario dell'Unione. Inoltre, in modo lapidario, il Consiglio di Stato ricorda che “*la Costituzione è la norma suprema del diritto nazionale*”<sup>59</sup>.

Ora, è interessante notare che se nella decisione *Arcelor* il Consiglio di Stato, nell'enunciare la teoria dell'equivalenza, faceva riferimento ai “principi costituzionali”, in questo caso sono evocati degli “obiettivi a valore costituzionale”. Tale categoria di principi non ricomprende né delle regole scritte, né tantomeno delle prescrizioni precise. Si tratta piuttosto di finalità generali che vengono indicate dal giudice costituzionale al fine di giustificare le operazioni di bilanciamento tra diritti che esso compie. Il *Conseil*, in effetti, enuncia questi obiettivi al fine o di limitare taluni diritti riconosciuti dalla Costituzione<sup>60</sup>, oppure, viceversa, di rafforzare la tutela di altri diritti, anch'essi iscritti nel testo costituzionale<sup>61</sup>. Benché la questione sia dibattuta in dottrina<sup>62</sup>,

---

<sup>57</sup> La contestazione dell'incostituzionalità della legge avrebbe in ogni caso dovuto essere fatta sollevando una questione prioritaria di costituzionalità.

<sup>58</sup> Concl. §5.3.

<sup>59</sup> Questa affermazione è contenuta nella decisione *Sarran* e ripresa nella decisione *Arcelor*.

<sup>60</sup> V. ad esempio Conseil const., dec. n. 105 DC, 25 luglio 1979, *Rec.* p. 33 relativa al diritto di sciopero.

<sup>61</sup> V. ad esempio Conseil const., dec. n. 181 DC, 10-11 ottobre 1984, *Rec.* p. 73 relativa al pluralismo dell'informazione.

gli obiettivi a valore costituzionale sono dotati di autonomia normativa e possono, come i principi costituzionali, costituire il parametro del controllo di incostituzionalità<sup>63</sup>. D'altra parte, anche altre corti costituzionali, come quella italiana, si arrogano da tempo il diritto di elaborare dei principi desunti, in modo più o meno creativo, dalle norme costituzionali. Tali principi possono costituire il parametro del controllo di costituzionalità ed anche fungere da contro-limiti rispetto al diritto convenzionale o europeo<sup>64</sup>.

A nostro parere, non è quindi sorprendente che il Consiglio di Stato estenda a questa tipologia di principi la teoria dell'equivalenza. In particolare, gli obiettivi della prevenzione delle minacce all'ordine pubblico e della ricerca degli autori dei reati sono considerati dal Consiglio costituzionale come "*necessari alla salvaguardia di principi e di diritti di valore costituzionale*"<sup>65</sup>. Tanto più che il giudice costituzionale ha altresì considerato che se l'ordine pubblico non è garantito "*l'esercizio delle libertà non può essere tutelato*"<sup>66</sup>. La tutela dell'ordine pubblico è quindi condizione necessaria per il rispetto del *corpus* dei diritti fondamentali<sup>67</sup>.

Orbene, pur riconoscendo il contrasto tra questi obiettivi costituzionali e la normativa europea, il Consiglio di Stato francese evita lo scontro diretto con la Corte di giustizia dell'Unione. In modo abile e diplomatico, esso coglie l'apertura che la Corte di giustizia ha concesso agli Stati colpiti dal fenomeno terroristico e se ne accomoda. Poiché l'esistenza di una minaccia grave per la pubblica sicurezza legittima il mantenimento della conservazione generalizzata dei dati di connessione, secondo il Consiglio di Stato, la mancata equivalenza non è rilevante *per il momento*, e non conduce quindi alle conseguenze estreme dell'opposizione dei contro-limiti al diritto dell'Unione. In altri termini, l'interpretazione del Consiglio di Stato neutralizza il diritto dell'Unione in modo da renderlo compatibile con il diritto costituzionale francese.

---

<sup>62</sup> P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, 2006 ; B. Genevois, *Le Conseil constitutionnel et les principes*, in S. Caudal – J.-L. Albert (a cura di), *Les principes en droit*, Paris, 2008, p. 351 ss.

<sup>63</sup> V. per esempio Conseil const., n. 86-210 DC, 29 juillet 1986 e n. 2005-530 DC, 29 dicembre 2005. Per quanto riguarda la giurisprudenza del Conseil d'État v. : CE, Ass., 24 marzo 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young Audit et autres*, n° 288460-288465-288474-288485.

<sup>64</sup> V. Corte cost. italiana, sent. n. 183/1973; n. 170/1984 e n. 1146/1988. V. P. Faraguna, *L'enigmatico statuto dei principi supremi*, in *Annali*, IUSS, 2010, <https://core.ac.uk/download/pdf/80185854.pdf>.

<sup>65</sup> Cons. const., n. 2016-738 DC, 10 novembre 2016.

<sup>66</sup> Cons. const., n. 85-187 DC, 25 gennaio 1985.

<sup>67</sup> In questo senso, concl. Lallet, §5.3.1.



La soluzione appare provvisoria poiché se e quando, come ci si augura, la minaccia terroristica verrà meno, il problema – non risolto nella sostanza – dell'inconciliabilità dei diritti francese e europeo si porrà nuovamente. Ed allora l'applicazione della teoria dell'equivalenza da parte del Consiglio di Stato o da parte del Consiglio costituzionale – qualora venisse sollevata una questione prioritaria di costituzionalità che denunciasse la violazione di un principio inerente all'identità costituzionale francese da parte del divieto europeo alla conservazione generalizzata dei meta-dati - potrebbe condurre al sacrificio del diritto dell'Unione.

Senza dubbio, come alcuni commentatori hanno fatto notare, la scelta fatta dal Consiglio di Stato è “*politicamente opportuna*”<sup>68</sup>. Evitando lo scontro frontale, il Consiglio di Stato ha impedito che l'eventuale insubordinazione francese al diritto dell'Unione venisse strumentalizzata dagli Stati europei che in questo momento contestano i valori europei fondamentali.

Tuttavia, ciò non toglie che, giuridicamente, questa decisione non risolve l'opposizione fondamentale tra un ordinamento, quello nazionale, che considera preminente l'interesse della sicurezza nazionale e un altro ordinamento, quello europeo, che fa prevalere la protezione dei dati personali e la tutela della *privacy*.

D'altronde il vuoto normativo seguito all'annullamento della direttiva 2006/24 con la sentenza *Digital Rights*<sup>69</sup>, mostra tutta la debolezza del legislatore europeo, costretto all'inerzia dalle forti divisioni dei governi nazionali su questi temi.

Nonostante i limiti e le ambiguità di tale decisione, a parere di chi scrive, il Consiglio di Stato francese ha adempiuto in definitiva al suo ruolo di “giudice europeo di diritto comune”. La suprema corte ha infatti esperito la via del dialogo, esponendo nel 2018, attraverso le questioni pregiudiziali poste alla Corte di Lussemburgo, le difficoltà d'applicazione che il diritto dell'Unione presenta per l'ordinamento interno. Nella sua risposta, la Corte di giustizia ha tenuto conto delle esigenze di salvaguardia della sicurezza nazionale della

---

<sup>68</sup> B. Bertrand, *L'arrêt French Data Network du Conseil d'Etat : un dialogue des juges en trompe l'œil*, in *Le club des juristes*, <https://blog.leclubdesjuristes.com/larret-french-data-network-du-conseil-detat-un-dialogue-des-juges-en-trompe-loeil/>; F. Jault-Seske, *Conservation des données de connexion : le Conseil d'État, option droit de l'Union européenne, un bon et habile élève*, in *Le club des juristes*, <https://blog.leclubdesjuristes.com/conservation-des-donnees-de-connexion-le-conseil-detat-option-droit-de-lunion-europeenne-un-bon-et-habile-eleve/>; J. Ziller, *Il Conseil d'Etat si rifiuta di seguire il pifferaio magico di Karlsruhe*, in *CERIDAP*, 22 aprile 2021, <https://ceridap.eu/il-conseil-detat-si-rifiuta-di-seguire-il-pifferaio-magico-di-karlsruhe/>.

<sup>69</sup> CJUE, 8 aprile 2014, C-293/12 et C-594/12.

Francia introducendo un'eccezione alla regola generale. Il Consiglio di Stato, nella sua decisione, è certamente andato al di là dei limiti posti dalla sentenza europea, facendo dell'eccezione la regola. Tuttavia, questo atteggiamento fa in fondo parte del dialogo, molto spesso, acceso e oppositivo, che caratterizza le Corti in Europa. Come la Corte costituzionale italiana nel caso *Taricco*, il Consiglio di Stato francese trova una soluzione mediana ma lancia il suo avvertimento alla Corte di giustizia: il divieto assoluto di conservazione dei dati è incompatibile con alcuni principi costituzionali francesi. Spetta al giudice di Lussemburgo, ora, trovare una soluzione per conciliare l'inconciliabile, o meglio continuare l'opera di costruzione collettiva di un diritto comune della protezione dei dati di connessione.

\*\*\*

**ABSTRACT:** On 21 April 2021, the French Conseil d'Etat adopted a decision that largely disregards the case law of the Court of Justice of the European Union on the prohibition of generalized storage of meta-data and gives precedence to constitutional objectives relating to the protection of public security. However, the clash between the Courts is not head-on. In a skillful and diplomatic manner, the Conseil d'État rejects the German doctrine of ultra vires, confirming both the vitality of the theory of equivalence developed in the *Arcelor* case law and its desire to contribute to the collective construction of a European law of fundamental rights capable of taking into account the diversity of the Member States.

**KEYWORDS:** French Constitutional Law – Fundamental Rights – Data retention – Theory of equivalence – Counter limits doctrine

**Nicoletta Perlo** - Maître de conférences HDR di diritto pubblico, Institut de recherche de droit européen comparé et international, Université Toulouse I Capitole (nicoletta.perlo@hotmail.fr)