



Trimestrale diretto da Fausto Capelli

ANTONIO ODDO

**«IL CONSIGLIO DI STATO NEL DARE ATTUAZIONE
AD UNA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA CONDANNA
LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE AL RISARCIMENTO
DEI DANNI PER VIOLAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 98/34/CE
IN MATERIA DI OSTACOLI TECNICI AL COMMERCIO»**

Estratto dal
fascicolo n. 1-2/2017 della Rivista

Editoriale Scientifica

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

La Rivista «Diritto comunitario e degli scambi internazionali», fondata nel 1961, è la più antica rivista italiana di diritto europeo. Nel 2011 ha celebrato il suo cinquantesimo anniversario.

Da oltre mezzo secolo tratta sistematicamente le problematiche comunitarie e degli scambi internazionali, analizzando in modo approfondito, tra l'altro, la giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo e quella dei giudici nazionali (in particolare dei giudici italiani) riferite a tali problematiche.

La Rivista, a differenza di altre testate, mantiene nel tempo la pubblicazione in formato cartaceo.

Sul sito internet «www.editorialescientifica.com» è possibile consultare, gratuitamente, gli indici dei singoli fascicoli e gli indici annuali della Rivista (dal 2001) nonché effettuare il relativo download mediante accesso al predetto sito internet della Casa Editrice.

*Da tale sito internet è inoltre possibile acquistare: **a.** in versione cartacea (fino ad esaurimento): i singoli fascicoli della Rivista (disponibili dal 2012) e le annate complete della Rivista (disponibili dal 2012); **b.** in versione PDF: i singoli articoli della Rivista (disponibili dal 2001); i singoli fascicoli della Rivista (disponibili dal 2001); le annate complete della Rivista (disponibili dal 2001).*

A partire dal fascicolo n. 1/2012 – per una migliore indicizzazione della Rivista nelle banche dati internazionali – di ogni contributo viene riportato, nell'indice, il titolo anche in lingua inglese.

Ugualmente viene fornito, al termine di ogni contributo, una sintesi del medesimo in lingua italiana e in lingua inglese.

Nel trimestre ottobre-dicembre 2013 sulla Rivista "Revue trimestrielle de droit européen" (n. 4/2013) è apparso un articolo (p. 781) dedicato alle più importanti riviste giuridiche di diritto europeo dal titolo: «Quelles sont les revues juridiques qui comptent à la Cour de justice de l'Union européenne?».

Secondo la "Revue trimestrielle de droit européen", le tre riviste italiane classificate per la loro influenza e per la loro importanza e notorietà sono state, nell'ordine: (1) Diritto dell'Unione europea, (2) Diritto comunitario e degli scambi internazionali, (3) Rivista italiana di diritto pubblico comunitario.

La rilevanza e la notorietà della Rivista si sono ampliate grazie ai contributi forniti dagli studiosi e dai ricercatori nel corso degli anni.

IL CONSIGLIO DI STATO NEL DARE ATTUAZIONE AD UNA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA CONDANNA LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE AL RISARCIMENTO DEI DANNI PER VIOLAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 98/34/CE IN MATERIA DI OSTACOLI TECNICI AL COMMERCIO

Sommario: **I.** Premesse - **II.** L'ordinanza della Corte di giustizia pronunciata in seguito alla domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato - **III.** La materia del contendere e le ragioni del contenzioso - La posizione della giurisdizione amministrativa italiana - **IV.** La «questione pregiudiziale» proposta dal Consiglio di Stato e le «osservazioni» delle «parti» - **V.** Le ragioni sottostanti alla formulazione della questione pregiudiziale secondo l'ordinanza del Consiglio di Stato per la rimessione in Corte e la sospensione del procedimento - **VI.** La posizione assunta dalla Corte in merito al potere del giudice di determinare le questioni da sottoporre alla Corte medesima - L'ampio margine di valutazione comunque spettante alla Corte ai fini interpretativi - Conseguenze - **VII.** L'analisi normativa condotta dalla Corte rispetto al parametro valutativo offerto dalla direttiva n. 89/106/Cee per la specifica materia del contendere - La conclusione negativa e le sue motivazioni - **VIII.** L'applicabilità della direttiva n. 98/34/Ce al caso specifico in esame - La qualifica delle prescrizioni legislative nazionali come «regole tecniche» da notificare alla Commissione in conformità alla direttiva - Portata e conseguenze della omissione di «notifica» - **IX.** Le conclusioni della Corte di giustizia ed i diritti dei «singoli» dinanzi al giudice nazionale per la disapplicazione delle «regole tecniche» non notificate - **X.** La sentenza del Consiglio di Stato - **XI.** Considerazioni conclusive.

I. Premesse

Il Consiglio di Stato, con la sentenza sopra riportata, ha dato attuazione all'ordinanza del 21 aprile 2016 emessa dalla Corte di giustizia in causa n. C-285/15 (*Beca Engineering Srl c. Ministero dell'Interno*) con la quale era stata fornita l'interpretazione della direttiva n. 98/34/Ce in materia di ostacoli tecnici agli scambi, applicabile nella fattispecie di causa.

Per una migliore comprensione del contenuto e della portata della sentenza del Consiglio di Stato, riteniamo necessario esaminare prima le vicende giudiziarie così come si sono svolte, inizialmente, davanti ai giudici amministrativi italiani e, successivamente, davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, fino all'emissione dell'ordinanza in precedenza citata.

Al termine verrà presa in esame e commentata la sentenza del Consiglio di Stato sopra riportata.

II. L'ordinanza della Corte di giustizia pronunciata in seguito alla domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato

La Corte di giustizia è stata richiesta di intervenire nella presente causa, a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Consiglio di Stato.

Poiché il punto di diritto, affrontato nella causa, era già stato oggetto di esame da parte della Corte di giustizia, in altre cause risolte con sentenze costituenti una giurisprudenza da considerare ormai consolidata, la stessa Corte di giustizia si è limitata a decidere la presente causa con una ordinanza, invece che con una sentenza.

La domanda di pronuncia pregiudiziale, nella causa qui esaminata, è stata presentata nel contesto di una controversia tra la Beca Engineering Srl ed il Ministero dell'Interno, relativamente ad un provvedimento di quest'ultimo che ha limitato – anche con provvedimenti temporanei di divieto – la commercializzazione e la installazione di talune categorie di guaine termoindurenti per camini. Tali limitazioni e divieti sono stati basati su prescrizioni tecniche contenute nel «Codice dell'ambiente» italiano, (con particolare riguardo alla parte II dell'Allegato IX alla parte V) e già oggetto di una sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2012 in causa n. C-385/10, *Elenca* (EU:C:2012:634), pronunciata in occasione di una domanda di pronuncia pregiudiziale anch'essa presentata dal Consiglio di Stato italiano nell'ambito di una controversia vertente su prodotti dello stesso genere (sempre «guaine gonfiabili per camini e canne fumarie») di quello considerato nell'«ordinanza» qui commentata.

Le prescrizioni tecniche nazionali al centro della questione hanno infatti imposto che «gli impianti installati o che hanno subito una modifica relativa ai camini successivamente all'entrata in vigore della parte quinta del [codice dell'ambiente] devono essere dotati di camini realizzati con prodotti su cui sia stata apposta la marcatura "CE". In particolare, tali camini devono (...)

essere realizzati con materiali incombustibili» (punto 2.7. della parte II dell'Allegato IX alla parte V del succitato «Codice dell'ambiente»).

Da qui, pertanto, a fronte di prescrizioni tecniche del tenore di quelle qui sopra riportate e di una circolare (n. 4853/2009) del Ministero dell'Interno basata sulle medesime prescrizioni, l'impugnazione della circolare stessa da parte della Società interessata (Elenca Srl) prima presso il TAR del Lazio (che ha dichiarato inammissibile il ricorso) e, poi, presso il Consiglio di Stato con relativa proposta di questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Tale questione ha riguardato l'incompatibilità delle prescrizioni *de quibus* con il diritto comunitario costituito dalla direttiva n. 89/106/Cee e dagli artt. 34 e 37 TFUE, in quanto secondo la prospettazione della ricorrente Elenca, «subordinare la possibilità di commercializzazione di un prodotto proveniente da un altro Stato membro dell'Unione europea (nella specie l'Ungheria) ad un requisito tecnico, ossia l'apposizione della marcatura CE, al quale non è possibile ottemperare, in quanto non esiste allo stato una corrispondente norma armonizzata, ne impedisce di fatto la possibilità di importazione e distribuzione».

Da qui, ancora, la conseguente ed inevitabile – nel quadro complessivo del diritto comunitario vigente ed applicabile – pronuncia della Corte con la sentenza del 18 ottobre 2012 con la quale si è statuito, sotto il primo profilo, che la direttiva n. 89/106/Cee «deve essere interpretata nel senso che essa osta a prescrizioni nazionali che subordinano d'ufficio la commercializzazione di prodotti da costruzione (...)» all'apposizione della «*marcatura CE*» e, sotto un secondo profilo, che «gli articoli 34 TFUE-37 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a prescrizioni nazionali che subordinano d'ufficio la commercializzazione di prodotti da costruzione, quali quelli di cui trattasi nel procedimento principale, provenienti da un altro Stato membro, all'apposizione della marcatura CE».

Il Consiglio di Stato italiano prendeva dunque atto dell'esito interpretativo delle «questioni pregiudiziali» che erano state sottoposte alla Corte e che avevano comportato la sospensione del procedimento, così da statuire conseguentemente, a sua volta, con la sentenza n. 0614/2013, che la impugnata circolare del Ministero dell'Interno costituiva un provvedimento che «si manifesta illegittimo per contrasto con i principi e la normativa comunitaria, dovendosi disapplicare il D.Lgs. 152 del 2006 nelle parti richiamate dalla circolare stessa (...)» e doveva, pertanto, essere annullata.

III. La materia del contendere e le ragioni del contenzioso - La posizione della giurisdizione amministrativa italiana

Poiché, dunque, le «parti» del «Codice dell'ambiente» (il dlgs n. 152/2006, appunto) che sono *richiamate* da tale circolare corrispondevano a quelle (parte II dell'Allegato IX alla parte V del medesimo «Codice») con le quali si disciplinano le prescrizioni tecniche che sono state considerate disapplicabili sia con la sentenza della Corte sia con la conseguente sentenza del Consiglio di Stato – e corrispondevano anche a quelle che sono state poste alla base del provvedimento interdittivo del commercio dei prodotti (anche) della Beca Engineering – quest'ultima ha fondatamente proposto ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio. Con tale ricorso si chiedeva, infatti, l'annullamento del provvedimento interdittivo della commercializzazione e dell'installazione dei prodotti della medesima Beca Engineering che, peraltro, risultavano essere legalmente fabbricati e commercializzati in più Stati membri, tra cui la Francia, l'Olanda, il Belgio e la Finlandia, oltre che in altri Stati facenti parti dello Spazio Economico Europeo o, comunque, legati da accordi di libero scambio con la UE (tra cui la Svizzera).

A sostegno del proprio ricorso, che è stato mirato oltre che all'annullamento del suddetto provvedimento del Ministero dell'Interno anche all'accertamento del diritto al risarcimento dei danni subiti, la Beca Engineering ha addotto tra le principali motivazioni il diritto alla disapplicazione diretta, *ex officio*, da parte del Ministero dell'Interno, prima, e poi, del giudice nazionale del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, delle norme del dlgs n. 152/2006 (il «Codice dell'ambiente», sempre con riferimento all'art. 285 e alla parte II dell'IX alla parte V del relativo decreto) per il contrasto con il diritto comunitario che è costituito dalle pertinenti direttive europee e dagli artt. 34 e 37 del Trattato. Tale contrasto è infatti determinato, per i prodotti *de quibus*, dall'imposizione dell'obbligo della «marcatura CE» e del requisito di incombustibilità dei materiali, come confermato, in particolare dall'esito del contenzioso *Elenca S.r.l. c. Ministero dell'Interno* e dalle questioni pregiudiziali precedentemente poste per gli stessi aspetti alla Corte di giustizia nonché pure precedentemente condivise dal Consiglio di Stato.

Occorre peraltro rilevare come, già a quel tempo, risultasse pendente nei confronti dello Stato italiano la procedura di infrazione n. 2008/4541 instaurata dalla Commissione europea per violazione del diritto comunitario derivante dalla omessa «notifica» – in conformità alla direttiva n. 98/34/Ce – delle «regole tecniche» costituite sempre dalle prescrizioni contenute nella parte II dell'All. IX alla parte V che sono state qui più volte richiamate, in quanto prescrizioni (*rectius*: «regole») tecniche poste alla base di tutti gli atti

(«circolari» e specifici provvedimenti interdittivi del commercio e dell'installazione dei prodotti oggetto di impugnazione con i ricorsi, rispettivamente e successivamente) di Elenca e di Beca Engineering.

Nonostante tutto quanto sopra, tuttavia, con la sentenza del 28 marzo 2014 il Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso della Beca Engineering sulla base fondamentalmente del motivo secondo il quale le prescrizioni tecniche nazionali del «Codice dell'ambiente» poste alla base del provvedimento del Ministero dell'Interno con il quale si è vietato il commercio e l'installazione dei prodotti della Beca Engineering medesima dovevano considerarsi pienamente legittime ed applicabili nel contesto sia della direttiva n. 89/106/Cee sui materiali da costruzione sia dell'art. 36 del TFUE. Più precisamente, infatti, al riguardo, il medesimo Tribunale Amministrativo regionale ha incentrato la propria motivazione del rigetto del ricorso sull'argomentazione secondo la quale «in coerenza con i dettati della normativa comunitaria applicabile al caso di specie ed in applicazione delle disposizioni legislative e regolamentari del diritto interno risultano essere del tutto ammissibili e giustificabili tutti gli accertamenti tecnici richiesti dall'Amministrazione resistente per la vendita e la commercializzazione dei prodotti oggetto della presente controversia».

Per quanto riguarda poi la rilevanza, per la decisione del caso in esame relativo alla Beca Engineering, del "precedente" costituito dalla sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2012 nel caso *Elenca Srl c. Ministero dell'Interno* che la medesima Corte ha ritenuto con la propria «ordinanza» doversi considerare fondamentale in presenza di «questione pregiudiziale» sostanzialmente «identica», il Tribunale Amministrativo del Lazio ha ritenuto, invece, del tutto al contrario, che «alla luce delle considerazioni (...) la definizione del ricorso proposto dall'attuale ricorrente non può essere affatto influenzata dai precedenti giurisprudenziali invocati o supposti tali nel corso del giudizio». Merita di rilevare ancora come nel corso del suddetto giudizio la ricorrente Beca Engineering avesse allegato precedenti di giurisprudenza della Corte a supporto di tutti i motivi di impugnazione, ivi compresi quelli relativi al «mutuo riconoscimento» dei requisiti di sicurezza dei prodotti legalmente fabbricati e commercializzati nell'Unione europea sulla base di «certificazioni» rilasciate da organismi pubblici e privati riconosciuti e «accreditati» nei rispettivi Stati membri dell'Unione europea e dello Spazio Economico Europeo nonché degli Stati contraenti in specifici accordi internazionali.

Ma, al riguardo, di quest'ultimo diritto – quantomeno sul piano dei principi ex artt. 34 e 36 TFUE - al «mutuo riconoscimento»¹, il medesimo

¹ Per la giurisprudenza della Corte sul «mutuo riconoscimento» v., *ex multis*, per la specifica puntualità, sentenze 10 novembre 2005 in causa n. C-432/03, *Commissione c. Repubblica*

Tribunale Amministrativo regionale opponeva semplicemente che il Ministero nazionale si era trovato a «valutare il requisito della incombustibilità secondo prove effettuate da organismi stranieri (...)» (*sic!*), cosicché «risultava conforme e proporzionato alla direttiva comunitaria in vigore – poiché coerente con gli interessi nazionali della sicurezza, dell'ambiente e della pubblica incolumità secondo le regole di costruzione vigenti nell'ambito interno, il comportamento adottato dal Ministero dell'interno - Dipartimento dei Vigili del Fuoco, Direzione centrale per la prevenzione e la sicurezza tecnica».

Sulla base, pertanto, di tutto quanto sopra, il Tribunale nazionale in questione ovviamente concludeva nel senso che «per tutte le ragioni sopra citate, il Collegio respinge il ricorso perché infondato».

La Beca Engineering, dunque, non poteva che appellare la citata sentenza dinanzi al Consiglio di Stato rinnovando tutte le argomentazioni già proposte in primo grado, salvo aggiungere e precisare al contempo che uno dei prodotti di cui era stata interdetta, con il provvedimento impugnato, la commercializzazione ed installazione – il sistema "FITFIRE" – aveva, nel frattempo, comunque ottenuto la «marcatura CE», a seguito del conseguimento del pur volontario e facoltativo «benestare tecnico europeo» ex art. 8 della direttiva n. 89/106/Cee. Inoltre, sia quest'ultimo sia l'altro prodotto (il sistema «HT 1000») continuavano ad essere liberamente commercializzati negli Stati membri dell'Unione europea già prima indicati, sulla base di principi di diritto comunitario applicati in quei Paesi ma disapplicati, come qui prima evidenziato, dallo Stato italiano attraverso gli stessi giudici nazionali, oltre che da parte della pubblica amministrazione che ha adottato il provvedimento *de quo*.

IV. La «questione pregiudiziale» proposta dal Consiglio di Stato e le «osservazioni» delle «parti»

Il Consiglio di Stato, quale organo giudiziario di ultima istanza per la controversia qui commentata, riteneva, da un lato, che la motivazione esposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio fosse condivisibile e dovesse, pertanto, essere sostanzialmente confermata, mentre,

portoghese, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9665, EU:C:2005:669; 7 giugno 2006 in causa n. C-254/05, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4269, EU:C:2007:319; 8 maggio 2003 in causa C-14/02, *ATRAL SA c. Stato belga*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4431, EU:C:2003:265; 30 novembre 1983 in causa n. 227/82, *Van Bennekom*, in *Raccolta*, 1983, p. 3883, punto 40, EU:C:1983:354 e 13 marzo 1997 in causa n. C-358/95, *Morellato*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1431, punto 14, EU:C:1997:149, annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 492.

dall'altro lato, a fronte delle «questioni pregiudiziali» sollevate e proposte in modo articolato e sistematico dalla Beca Engineering, il medesimo Consiglio di Stato riteneva che, per pronunciarsi sulla impugnazione, fosse necessario risolvere pregiudizialmente una delle suddette questioni. A questo specifico riguardo, infatti, il suddetto organo giudiziario considerava necessario «determinare se la disposizione di cui trattasi, che prescrive l'incombustibilità, per quanto concerne i materiali con cui devono essere realizzati i camini, costituisca una «regola tecnica» che pone un limite alla commercializzazione dei materiali da costruzione, da notificare quindi alla Commissione».

In tale contesto, pertanto, è stato sospeso il procedimento ed è stata sottoposta alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se la direttiva [89/106] osta a che i camini debbano essere realizzati con materiali incombustibili, secondo quanto previsto dalla disposizione contenuta nell'Allegato IX alla Parte Quinta, Parte II, del decreto legislativo [del] 3 aprile 2006, n. 152, riguardante gli "Impianti termici civili", che non è stata oggetto di notifica».

A questo punto occorre rilevare come sia la Beca Engineering sia la Commissione europea abbiano nel corso del procedimento «osservato» con le rispettive memorie ritualmente depositate che, a fronte dei vari profili di diritto comunitario connessi alla «materia del contendere», la formulazione del quesito adottata dallo Stato italiano risultasse inadeguata in quanto troppo riduttiva rispetto alla portata delle questioni che erano state sollevate nel corso del procedimento principale. Tali questioni avevano riguardato, infatti, non soltanto la direttiva n. 89/106/Cee e la direttiva n. 98/34/Ce, ma anche i principi di diritto comunitario – con particolare riferimento al «mutuo riconoscimento» – che sono desumibili dagli artt. 34 e 36 TFUE, in quanto tutti convergenti – direttive e principi del Trattato, pur sotto svariati profili – nella direzione della disapplicabilità delle «regole tecniche» contenute nella parte II dell'Allegato IX alla parte V del «Codice dell'ambiente», con riguardo agli impianti termici civili e riferibili a prodotti legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri.

Anche la Commissione – da parte sua – e non soltanto, dunque, la Beca Engineering, ha ritenuto che la «questione pregiudiziale» proposta dal Consiglio di Stato italiano dovesse essere riformulata e diversamente articolata in rapporto alle altre e non meno importanti «questioni» da proporre e da risolvere interpretativamente agli effetti dell'applicazione in concreto del diritto comunitario. Tali esigenze si manifestavano, infatti, a fronte, in particolare, di una (eventuale) «regola tecnica» non notificata conformemente alla direttiva n. 98/34/Ce, nonché a fronte della possibilità, che l'art. 34 del Trat-

tato «osti» a che la prescrizione relativa alla «incombustibilità» dei materiali – relativamente a «prodotti» (quali sono quelli coinvolti sia nel caso precedente relativo a *Elenca* sia nel caso attuale di *Beca Engineering*) ai quali non sia applicabile la direttiva n. 89/106/Cee sui materiali da costruzione – possa essere considerata tale da autorizzare gli Stati membri a disconoscere in linea di principio – per motivi di sicurezza – gli effetti del «*mutuo riconoscimento*» anche in rapporto a «certificati» rilasciati da organismi di Stati membri diversi da quello di fabbricazione del prodotto in questione.

Relativamente a queste precise richieste di riformulazione del quesito proposto dal giudice nazionale, occorre comunque rilevare come, già *prima facie* ed al di là della posizione al riguardo assunta dalla Corte con l'ordinanza *de qua*, tale quesito tenda ad incentrare la soluzione interpretativa delle questioni pregiudiziali sul parametro comunitario costituito dalla direttiva n. 89/106/Ce, emarginando conseguentemente l'altro parametro costituito, invece, dalla omessa «notifica» di prescrizioni tecniche («regole») in conformità alla direttiva n. 98/34/Ce, tant'è che quest'ultima non risulta neppure espressamente menzionata.

V. Le ragioni sottostanti alla formulazione della questione pregiudiziale secondo l'ordinanza del Consiglio di Stato per la rimessione in Corte e la sospensione del procedimento

Tale formulazione della «questione pregiudiziale», d'altronde, è perfettamente in linea sia con la sentenza del 28 marzo 2014 del Tribunale Amministrativo regionale del Lazio, sia con la posizione di sostanziale condivisione di questa sentenza successivamente adottata dal Consiglio di Stato con l'«ordinanza» che ha ritenuto «pregiudiziale» ai fini della decisione dell'appello la questione qui sopra indicata e che ha sospeso il giudizio rimettendo alla Corte di giustizia, ex art. 267 TFUE, il relativo quesito interpretativo. L'intero impianto motivazionale di quest'ultima «ordinanza» risultava essere tale – sul piano del diritto considerato come applicabile – da riprodurre alquanto pedissequamente le motivazioni che erano state già adottate dal Tribunale Amministrativo del Lazio e che sono state qui in precedenza già testualmente richiamate, così da far concludere il Consiglio di Stato, con la propria ordinanza di rimessione in Corte, nel senso che «(...) non sembrerebbe in contrasto con le regole sulla libera circolazione dei prodotti da costruzione la disposizione nazionale che a tutela della salute e in applicazione dell'art. 36 TFUE) prevede la incombustibilità dei camini e dei canali di fumo degli impianti termici civili dettata dall'Allegato IX alla Parte Quinta, Parte II, del d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006».

Conclusioni, questa adombrata sia pure al condizionale dal Consiglio di Stato, che tuttavia non impediva – per il «fine di sciogliere ogni dubbio sulla corretta interpretazione della richiamata normativa e sull'applicazione della stessa nel giudizio in esame» – di formulare alla Corte UE l'«apposito quesito» che è stato qui prima richiamato ed il cui tenore si spiega agevolmente con l'impostazione delle motivazioni dell'«ordinanza» con cui si è disposta da parte del Consiglio di Stato la sospensione del giudizio e la rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

VI. La posizione assunta dalla Corte in merito al potere del giudice di determinare le questioni da sottoporre alla Corte medesima - L'ampio margine di valutazione comunque spettante alla Corte ai fini interpretativi - Conseguenze

In ogni caso, la suddetta Corte ha troncato ogni questione relativa alla formulazione più o meno appropriata del quesito stabilendo che «spetta al giudice nazionale e non alle parti del procedimento principale adire la Corte e che, pertanto, la facoltà di determinare le questioni da sottoporre alla Corte spetta al solo giudice nazionale, mentre le parti, così come gli altri interessati di cui all'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, non possono modificarne il tenore»².

Fermo restando quanto in tal modo stabilito nei confronti delle «Osservazioni» sia della Commissione che di Beca Engineering, tuttavia la Corte ha stabilito altrettanto tassativamente che essa non si ritiene vincolata neppure al modo con cui «formalmente» il giudice nazionale ha formulato la questione pregiudiziale, cosicché la Corte medesima si riserva di fornire «a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possono essere utili per la soluzione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto o meno riferimento nella formulazione della sua domanda pregiudiziale»³.

Più precisamente, la Corte si è riservata un ampio margine di valutazione al di là non solo della *forma* adottata ma anche dei perimetri *conte-*

² A supporto di questa statuizione la Corte cita la giurisprudenza ricavabile dalle sentenze del 17 luglio 1997 in causa n. C-183/95, *Affish*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4315, punto 24, EU:C:1997:373, annotata in questa *Rivista*, 1998, p. 181, nonché del 6 ottobre 2015 in causa n. C-508/14, *T-Mobile Czech Republic e Vodafone Czech Republic*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2015, EU:C:2015:657, punto 28 e giurisprudenza *ivi* citata).

³ Al riguardo di questi poteri della Corte si richiama la sentenza del 29 ottobre 2015 in causa n. C-583/14, *Nagy*, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2015, EU:C:2015:737, punto 20 e giurisprudenza *ivi* citata.

nutistici apparentemente tracciati (come spesso accade, in modo improprio o inadeguato) dal giudice nazionale, in quanto la Corte medesima può comunque ricavare dall'insieme degli elementi forniti dallo stesso giudice nazionale e, più in particolare, dalla motivazione in fatto e in diritto della decisione di rinvio – tutti «gli elementi di diritto dell'Unione» che possono risultare funzionali alla soluzione interpretativa «tenuto conto dell'oggetto della controversia».

VII.L'analisi normativa condotta dalla Corte rispetto al parametro valutativo offerto dalla direttiva n. 89/106/Cee per la specifica materia del contendere - La conclusione negativa e le sue motivazioni

Ed, infatti, anche nel caso di specie, la Corte ha dato prova di attenta e corretta applicazione di tutti i principi qui sopra richiamati in quanto ha, in primo luogo, ricondotto al proprio ambito effettivo la direttiva n. 89/106/Ce che è stata infatti considerata come un parametro inutilizzabile per la materia del contendere, nonostante che il Tribunale regionale, prima, e dopo, il Consiglio di Stato, avessero invece incentrato e sostanzialmente esaurito le motivazioni dei rispettivi atti in talune disposizioni di quest'ultima direttiva.

In secondo luogo, la Corte medesima ha restituito alla direttiva n. 98/34/Ce la portata e gli effetti che, sempre per la materia del contendere, competono invece a questa disciplina normativa, specie quando una «regola tecnica» nazionale non sia stata notificata in conformità alla direttiva stessa.

Al riguardo, infatti, la motivazione dell'«ordinanza» del 21 aprile 2016 inquadra i prodotti *de quibus* – in quanto «guaine termoindurenti per canne fumarie» – tra i «materiali da costruzione» secondo la definizione fornita dall'art. 1, par. 2, della direttiva n. 89/106/Cee, fatto salvo che, nonostante tale inquadramento astratto di *categoria*, la direttiva medesima risulta in concreto non applicabile in quanto il «materiale» di cui si tratta non è coperto da alcuna «specificazione tecnica» idonea ad attuare, ex art. 4 della direttiva, i requisiti essenziali che i prodotti da costruzione devono soddisfare. Le «guaine termoindurenti per canne fumarie» non risultano infatti coperte né da norme armonizzate europee, né da norme nazionali di trasposizione di una norma armonizzata, né da benestare tecnico europeo, né da altra specificazione tecnica nazionale riconosciuta a livello dell'Unione.

Ne deriva, sempre secondo l'analisi normativa condotta dalla Corte, che l'unico riferimento adottabile per il caso concreto risulta essere quello

contenuto dall'art. 6, par. 2, della direttiva, secondo cui gli Stati membri devono autorizzare – per il proprio territorio – l'immissione sul mercato di un «prodotto da costruzione» se tale «prodotto» soddisfa le prescrizioni nazionali conformi al Trattato (TFUE) e fintanto che le specificazioni tecniche europee non dispongono diversamente⁴.

Appare dunque evidente già da questa impostazione come, per un verso, le prescrizioni tecniche nazionali che uno Stato membro – in assenza di specificazioni tecniche riconosciute ex art. 4 della direttiva n. 89/106/Cee – può imporre sul proprio territorio non sono quelle costituite da qualsivoglia «specificazione» nazionale giustificata con motivi di «sicurezza», bensì soltanto quelle costituite da «specificazioni» che risultano essere conformi al TFUE. Ne deriva – con riferimento al caso in concreto sottoposto alla Corte – che il giudice «nazionale» italiano del Tribunale Amministrativo del Lazio avrebbe dovuto valutare se le prescrizioni tecniche nazionali italiane in questione (sempre ed esclusivamente quelle riconducibili alla parte II dell'All. IX alla parte V del «Codice dell'ambiente») risultassero essere in concreto applicabili ai prodotti *de quibus* alla luce dei principi del Trattato (in particolare, ex artt. 34 e 36) e delle disposizioni comunitarie ricavabili dagli atti delle istituzioni e, quindi, tra l'altro, dalla direttiva n. 98/34/Ce invocata a sostegno delle motivazioni del ricorso di Beca Engineering.

Ma così non è stato, come dimostrano tutte le motivazioni che sono state adottate con la sentenza del Tribunale Amministrativo regionale qui prima citata e che sono state sostanzialmente condivise, sia pure condizionatamente all'esito della rimessione in Corte della questione pregiudiziale, dallo stesso Consiglio di Stato.

Da parte sua, invece, la Corte ha tratto dall'esame normativo analiticamente e sistematicamente condotto l'unica conclusione possibile sul piano logico-giuridico, considerato anche che, all'epoca dei fatti, i prodotti da costruzione di cui si tratta non risultavano essere oggetto di alcuna «specificazione tecnica» prevista ex art. 4, par. 2, della direttiva n. 89/106/Cee. Si può incidentalmente rilevare che, attualmente, questa direttiva non risulta essere vigente in quanto abrogata dal Regolamento (Ue) n. 305/2011 che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei

⁴ È singolare sotto l'aspetto ora qui sopra esaminato come nell'«ordinanza» della Corte ed in sede di analisi normativa della direttiva n. 89/106/Cee si faccia costantemente riferimento al precedente costituito dalla sentenza del 18 ottobre 2012 in causa n. C-385/10, *Elenca*, EU:C:2012:634, laddove, invece, al riguardo di questa stessa sentenza, il Tribunale Amministrativo regionale del Lazio, con la sentenza n. 0344/2014 del 28 marzo 2014 aveva tassativamente sostenuto che «la definizione del ricorso proposto dall'attuale ricorrente non può essere affatto influenzata dai precedenti giurisprudenziali invocati o supposti tali nel corso del giudizio» (v. p. 9 di 19 della sentenza sopra individuata).

prodotti da costruzione con effetti definitivamente abrogativi della prima direttiva a partire dal 1° luglio 2013, laddove, invece, la data dei fatti in causa è da ricondurre al 28 dicembre 2010, in quanto data del provvedimento nazionale interdittivo del commercio e dell'uso dei prodotti, nonché, pertanto, impugnato dalla Beca Engineering. Da qui, infatti – alla luce di tutte le considerazioni svolte per il primo profilo in esame – la menzione, ancora, della direttiva n. 89/106/Cee, ma la conclusione secondo cui: «pertanto la compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale non deve essere valutata alla luce della direttiva 89/106».

VIII.L'applicabilità della direttiva n. 98/34/Ce al caso specifico in esame - La qualifica delle prescrizioni legislative nazionali come «regole tecniche» da notificare alla Commissione in conformità alla direttiva - Portata e conseguenze della omissione di «notifica»

A questo punto, dunque, la Corte non poteva che instradare il proprio esame interpretativo nell'altra direzione che, secondo la formulazione del quesito proposta dal Consiglio di Stato, risultava essere relegata nella parte finale del quesito stesso ed un po' in ombra, quale «dubbio» residuo e senza esplicita citazione della disciplina normativa di riferimento per una «disposizione» che «non è stata oggetto di notifica»: la direttiva n. 98/34/Ce.

Su quest'ultimo aspetto, infatti, il percorso logico della Corte appare particolarmente *diretto, sicuro e rapido*, così da non lasciare spazio ad alcun dubbio interpretativo. Infatti:

1. la «disposizione» cui si accenna nel quesito formulato dal Consiglio di Stato costituisce una «specificazione tecnica»⁵ che deve essere qualificata come una «regola tecnica»⁶ poiché «impone caratteristiche tecniche che

⁵ La direttiva n. 98/34/Ce, così come modificata dalla direttiva 98/48/Ce e dalla direttiva n. 2006/96/Ce, qualifica ex art. 1, par. 11 della direttiva stessa come «specificazione tecnica» ogni «specificazione che figura in un documento che definisce le caratteristiche richieste di un prodotto, quali i livelli di qualità o di proprietà di utilizzazione, la sicurezza, le dimensioni, comprese le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, le prove ed i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, nonché le procedure di valutazione della conformità».

⁶ La direttiva n. 98/34/Ce, modificata *ut supra*, ex art. 1, par. 11, definisce infatti «regola tecnica» ogni «specificazione tecnica o altro requisito o una regola relativa ai servizi, comprese le disposizioni amministrative che ad esse si applicano, la cui osservanza è obbligatoria, de jure o de facto, per la commercializzazione, la prestazione di servizi, lo stabilimento di un fornitore di servizi o l'utilizzo degli stessi in uno Stato membro o in una parte importante di esso, nonché, fatte salve quelle di cui all'articolo 10, le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che vietano la fabbricazione, l'importazione, la commer-

devono essere soddisfatte dai materiali di cui al procedimento principale (...)), in quanto tutte le prescrizioni tecniche di cui alla parte II dell'Allegato IX alla parte V del «Codice dell'ambiente» (dlgvo n. 152/2006) non soltanto costituiscono *ex lege* (art. 1, par. 3, della direttiva n. 98/37/Ce), «specificazioni» con cui si definiscono «le caratteristiche richieste di un prodotto», ma anche si devono qualificare, per tutti gli effetti disciplinati legislativamente e secondo la specifica giurisprudenza in materia, come, «regole tecniche». Questa seconda conclusione deriva, sempre per definizione *ex lege*, (art. 1, par. 11 della direttiva medesima) dal rilievo secondo cui le «specificazioni tecniche» in questione fissano, per il prodotto medesimo – «requisiti» la cui «osservanza» risulta essere «*obbligatoria de jure o de facto*», nonché sotto altro profilo pure rilevante, costituiscono «disposizioni legislative, regolamentari o amministrative» di uno «Stato membro» con cui si «vietano la fabbricazione, l'importazione, la commercializzazione o l'utilizzo di un prodotto», sempre in stretta applicazione delle rispettive definizioni risultanti *ex lege* (art. 1, par. 3 ed 11) dalla stessa direttiva n. 98/37/Ce.

2. Una volta correttamente inquadrata e definita *ex lege* nazionale e comunitaria⁷ le «disposizioni» di cui al quesito formulato dal Consiglio di Stato, risulta essere non soltanto consequenziale ma anche agevole per la Corte pervenire – sulla base anche di una costante, consolidata ed uniforme giurisprudenza della Corte medesima nella specifica materia (v., *infra*, nota n. 8) – alla successiva e puntuale conclusione secondo la quale «per giurisprudenza consolidata l'inadempimento dell'obbligo di immediata comunicazione delle regole tecniche da parte degli Stati membri alla Commissione, previsto all' articolo 8 della direttiva 98/34, comporta l'inapplicabilità delle regole tecniche di cui trattasi, cosicché esse non possono essere opposte ai singoli e questi ultimi possono così avvalersi dell'articolo 8 della direttiva 98/34 dinanzi al giudice nazionale, cui compete la disapplicazione di una regola tecnica nazionale che non sia stata notificata conformemente a detta direttiva»⁸. Da qui, pertanto, la conclusione fi-

cializzazione o l'utilizzo di un prodotto oppure la prestazione o l'utilizzo di un servizio o lo stabilimento come fornitore di servizi».

⁷ La direttiva n. 98/34/Ce è stata recepita ed attuata nell'ordinamento giuridico italiano con la l. n. 317/86 così come modificata ed integrata dal dlgvo n. 427/2000. Successivamente la direttiva medesima è stata modificata dal Regolamento (Ue) n. 1025/2012, nonché «codificata» dalla direttiva (Ue) 2015/1535 per l'esigenza di conferire chiarezza e di razionalizzare la specifica materia a seguito delle numerose e sostanziali modifiche intervenute nel corso del tempo.

⁸ Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte, citata nell'ordinanza medesima, che risulta puntuale sugli aspetti oggetto del quesito interpretativo riferibile alla direttiva n. 98/37/Ce,

nale secondo cui la soluzione fornita dalla Corte – relativamente al quesito interpretativo formulato con l’ordinanza di «rimessione» della «questione pregiudiziale» del Consiglio di Stato alla Corte medesima, sortisce l’effetto – per quanto riguarda «la compatibilità con il diritto dell’Unione di una normativa nazionale che prescrive che i camini siano realizzati con materiali da costruzione (...) che siano incombustibili» – di escludere del tutto il parametro valutativo della direttiva n. 89/106/Ce. Orientamento, questo, che si pone in radicale contrasto con l’orientamento adottato, fino al momento della rimessione in Corte, dal Tribunale Amministrativo regionale del Lazio nonché con l’orientamento sostanzialmente condiviso dal Consiglio di Stato con la propria «ordinanza».

IX. Le conclusioni della Corte di giustizia ed i diritti dei «singoli» dinanzi al giudice nazionale per la disapplicazione delle «regole tecniche» non notificate

Infatti, al riguardo, semplicemente ma anche risolutivamente per il punto in esame, la Corte statuisce che la «compatibilità» della suddetta «normativa nazionale» con il diritto comunitario «non deve essere valutata alla luce della direttiva 89/106/CEE».

Per quanto concerne, invece, il parametro valutativo *che deve essere adottato* per la «questione proposta», ossia la direttiva n. 98/34/Ce, si fornisce la soluzione interpretativa secondo cui, in primo luogo, una «siffatta normativa nazionale» deve essere qualificata *ex lege* (art. 1, par. 3 ed 11, della direttiva stessa) come «regola tecnica». Da qui, pertanto, la rigorosa quanto inevitabile conseguenza secondo cui, sostanzialmente in linea con le «osservazioni» formulate nel procedimento dalla Commissione e della stessa Beca Engineering – «in assenza di comunicazione di detta normativa da parte dello Stato membro interessato alla Commissione (...) la normativa nazionale in parola è inapplicabile», così da determinare – secondo una giurisprudenza sempre puntuale, oltre che uniforme e consolidata –

v., tra le numerose, sentenze 30 aprile 1996 in causa n. C-194/94, *CIA Security International*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2201, punti 44 e 54, EU:C:1996:172, e in questa Rivista, 1996, p. 535, con commento di O. PORCHIA, *L’efficacia della direttiva n. 83/189 in materia di regole tecniche: un raffronto con l’art. 93.3 del Trattato*, 1996, p. 545; 26 settembre 2000 in causa n. C-443/98, *Unilever*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7535, punto 49, EU:C:2000:496, in questa Rivista, 2001, p. 53, con commento di F. CAPELLI, *Lo Stato non può modificare le disposizioni nazionali in materia di etichettatura senza la preventiva autorizzazione della Commissione europea*, 2001, p. 61 nonché 16 luglio 2015 in causa n. C-95/14, *UNIC e Uni.co.pel*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2015, punto 29, EU:C:2015:492.

una «circostanza» ed, in definitiva, un «diritto» di cui i «singoli» (persone fisiche o giuridiche) possono sempre «avvalersi dinanzi al giudice nazionale». Nel caso specifico che risulta essere descritto *in fatto* dal Consiglio di Stato con l'atto di rimessione in Corte, non può ricavarsi altra e risolutiva conclusione se non quella secondo la quale le «le limitazioni alla commercializzazione delle guaine termoindurenti per canne fumarie di tipo "FITFIRE" e "HT1000" prodotte dalla società Beca Engineering» sono state basate – con il provvedimento adottato all'epoca dei fatti (2010) – su «disposizioni nazionali» (parte II dell'Allegato IX alla parte V, dlgs n. 152/2006 - «Codice dell'ambiente») che costituiscono «regole tecniche» non «notificate» alla Commissione europea. Da qui dunque, in definitiva, la conclusione che il «singolo» Beca Engineering Srl può avvalersi di tale «circostanza» per chiedere la «disapplicazione» di tutte le suddette «regole» e, conseguentemente, l'annullamento dell'atto amministrativo nazionale la cui base giuridica è costituita dalle «regole» medesime che devono considerarsi giuridicamente *tamquam non essent*, con tutti gli ulteriori effetti che ne possono derivare per legge⁹.

⁹ Per completezza descrittiva del procedimento concluso con l'ordinanza qui commentata, si può rilevare come nel proprio atto di «Osservazioni» anche l'Avvocatura generale dello Stato italiano abbia incentrato le proprie argomentazioni relative alla «compatibilità» della normativa nazionale con il diritto comunitario sul parametro normativo della direttiva n. 89/106/Cee che la Corte, come già evidenziato, ha invece escluso dalle proprie valutazioni per difetto dei presupposti normativi. Inoltre, sempre in linea quasi pedissequa con l'impostazione dell'ordinanza del Consiglio di Stato, l'Avvocatura ha sostenuto che il riferimento al «precedente» del «caso *Elenca*» non assumerebbe alcuna rilevanza in quanto «la pronuncia di codesta Corte del 18 ottobre 2012 causa C-385/10 non assume rilievo diretto nella presente questione (...)», laddove, invece, com'è noto, già dall'esposizione iniziale di questo commento, la Corte ha deciso con «ordinanza» anziché con «sentenza», ex art. 99 del proprio Regolamento di procedura, proprio in considerazione del presupposto secondo il quale il «caso *Elenca*» ha riguardato una «questione pregiudiziale identica» in quanto relativa a «normativa oggetto di decisione nella presente causa». Infine, l'Avvocatura di Stato ha «osservato» che «si è al di fuori della fattispecie relativa a regole tecniche» e che «il quesito del giudice remittente parrebbe caratterizzato da una errata valutazione dei presupposti di fatto» in quanto la «normativa nazionale» impugnata dalla Beca Engineering è stata oggetto, successivamente, di una novellazione con la l. n. 161 del 30 ottobre 2014 adottata per ottemperare alla nota sentenza del 18 ottobre 2012 in causa n. C-385/10 – quest'ultima legge fatta oggetto di «notifica» con atto del 2014 anche al fine, secondo quanto si dichiara espressamente, «di risolvere la procedura di infrazione n. 2008/4541 avviata dalla Commissione europea nella stessa materia relativa alla commercializzazione in Italia dei camini e dei condotti in plastica».

Ma, al riguardo, la Corte, come sempre, ha riferito le proprie valutazioni «alla data dei fatti di cui al procedimento principale» che, com'è noto da quanto qui precisato *ante*, gravita intorno al 2010.

X. La sentenza del Consiglio di Stato

A fronte dell'*ordinanza* della Corte di giustizia che è stata pronunciata il 21 aprile 2016 con le motivazioni e nel modo fin qui analizzato relativamente alla domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato, quest'ultimo giudice ha posto fine alla sospensione del procedimento fissando l'udienza¹⁰ conclusiva del 22 settembre 2016 e pronunciando la sentenza n. 4954/2016 che è stata pubblicata il 24 novembre 2016 ed i cui contenuti meritano di essere qui di seguito sintetizzati.

In primo luogo, dunque, questo giudice dell'appello – che pure aveva ritenuto di condividere l'interpretazione e le valutazioni del giudice di primo grado sul piano legislativo e giurisprudenziale – «*prende atto*» nell'*incipit* delle sue motivazioni che «in base alle decisioni della Corte la legittimità delle disposizioni applicate dal Ministero dell'interno non va valutata alla luce della Direttiva 98/34, mentre risulta fondata la tesi prospettata fin dall'inizio da Beca [*n.d.r.*: la ricorrente ...]». Appare evidente da questo dato testuale che, fatto salvo l'ormai inevitabile riconoscimento delle ragioni prospettate dalla suddetta ricorrente fin dal primo grado del giudizio (2011!) – la citazione della «direttiva 98/34» è del tutto errata e deve essere sostituita dal riferimento alla direttiva 89/106 quale parametro da escludere ai fini della valutazione della (il)legittimità delle disposizioni applicate dal Ministero dell'Interno. Del tutto al contrario rispetto alle risultanze testuali della sentenza del Consiglio di Stato, infatti, secondo le conclusioni della Corte di Giustizia, come già puntualizzato, «la compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che (...) non deve essere valutata alla luce della direttiva 89/106/CE (...)», mentre «la direttiva 98/34/CE (...) deve essere interpretata nel senso che (...) la normativa nazionale in parola è inapplicabile, circostanza di cui i singoli possono avvalersi dinanzi al giudice nazionale».

¹⁰ È significativo come all'udienza conclusiva del procedimento ed a fronte del tenore dell'*ordinanza* della Corte, il Ministero dell'Interno «non abbia ulteriormente controdedotto» (secondo l'espressione della sentenza), mentre la ricorrente Beca Engineering abbia prodotto in modo articolato una memoria volta a sfruttare punto per punto la portata dell'*ordinanza* della Corte stessa al fine di insistere sull'accoglimento dell'appello, sull'annullamento del provvedimento impugnato e, conseguentemente, sul risarcimento dei danni subiti durante tutto il periodo in cui è stato mantenuto in vigore (dal 2010 al 2016!) – nonostante la reiterata richiesta di «sospensiva» – in tutti i gradi del processo – del provvedimento illegittimo del Ministero dell'Interno.

L'evidenza, dunque, dell'errore materiale in cui è incorso il suddetto «giudice nazionale» appare palese anche alla luce delle considerazioni che sono contenute nel passaggio successivo della sentenza con cui si attribuisce la qualificazione *ex lege* di «regole tecniche» alle disposizioni nazionali *de quibus* in applicazione dell'art. 8, par. 1, comma 1 della direttiva n. 89/106/Cee (che non prevede tale disposizione) anziché della direttiva n. 98/34/Ce.

Da qui pertanto una prima conclusione in ordine al dato testuale della sentenza del medesimo giudice nazionale il quale ha invertito i riferimenti a quest'ultima direttiva con quelli relativi alla prima, così da configurare come parametro normativo *applicabile* quello che, invece, è stato dichiarato dalla Corte come *disapplicabile*, e viceversa.

Ma al di là di questi sia pur gravi errori materiali da correggere con l'unica lettura appropriata che risulta dal confronto con la realtà effettiva dei testi normativi, appare comunque incontrovertibile il dato che emerge in modo sostanziale dalle fondamentali conclusioni raggiunte con la sentenza del Consiglio di Stato.

Secondo quest'ultimo giudice, infatti, in definitiva si «prende atto» che per effetto della decisione della Corte:

- le disposizioni nazionali oggetto del giudizio costituiscono tutte (sia con riferimento all'imposizione generalizzata della «marcatura CE» che con riguardo, in particolare, al requisito della «incombustibilità») «regole tecniche» secondo il diritto comunitario, ex art. 1, par. 1, par. 11 della direttiva n. 98/34/Ce, così come sempre prospettato, *ab initio*, dalla ricorrente;

- tali «regole tecniche», in quanto (come sempre dimostrato documentalmente dalla ricorrente medesima) «non notificate» dallo Stato italiano alla Commissione europea prima dell'adozione (ex art. 8, par. 1, comma 1 di quest'ultima Direttiva), risultano essere illegittime per «vizio procedurale» ma «sostanziale»¹¹ e risultano quindi *inapplicabili* (ossia, radicalmente, *tamquam non essent*);

- dai punti precedentemente esposti discende, in particolare, che il requisito della «incombustibilità» previsto dalle suddette «regole tecniche» contenute nel dlgs n. 152/2006 appartiene anch'esso, unitamente all'altro che impone in modo generalizzato la «marcatura CE», alla categoria delle «disposizioni» della legislazione nazionale che *non* sono «applicabili» e

¹¹ Vedi, in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2005 in causa n. C-303/04, *Lidl Italia Srl c. Comune di Stradella*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 7865, EU:C:2005:528, punti 12, 18, 19 e 22 a 24, nonché giurisprudenza *ivi* citata.

non sono «opponibili» all'appellante. Da qui, pertanto, la conclusione ulteriore – e decisiva ai fini specificamente processuali – secondo cui il provvedimento di divieto commerciale imposto dal Ministero italiano alla medesima «appellante» e da essa fatto oggetto di impugnazione – è risultato essere, fin dal momento della sua emanazione, del tutto «privo di base giuridica». Dunque, in ultima conclusione, il «singolo» Beca Engineering si è legittimamente avvalso di fronte al giudice nazionale di una «circostanza» che gli consentiva (e gli ha consentito effettivamente nel processo) di esercitare ogni diritto conseguente al carattere assolutamente illegittimo del provvedimento amministrativo adottato nei suoi confronti con gli effetti dannosi che conseguono al provvedimento stesso. Quest'ultimo ha infatti imposto un divieto di commercializzare, in qualsiasi forma («fornire, proporre la fornitura o esporre (...)»), i propri prodotti, con effetti che si sono protratti dal 2010 al 2016. Ma su quest'ultimo punto di «domanda risarcitoria», la sentenza si pronuncerà distintamente nella parte finale che sarà pure qui commentata.

Merita di rilevare, a completamento e precisazione di tutto quanto fin qui esposto, come il Consiglio di Stato abbia preso atto anche della «circostanza» secondo la quale risulta essere del tutto irrilevante – ai fini della decisione nel processo *de quo*, il dato di fatto che è sopravvenuto nel corso del processo ed in base al quale le «disposizioni nazionali» del dlgs n. 152/2006 sono state successivamente modificate dal legislatore italiano – con interventi normativi specificamente effettuati sui punti «critici» oggetto dell'accertamento della «compatibilità» rispetto al diritto comunitario – per mezzo della l. n. 161/2014 che è stata, questa volta sì (ma troppo tardi!), oggetto di «notifica» alla Commissione europea. Infatti, ciò che unicamente rileva per le valutazioni decisionali è il «Diritto dell'Unione» in rapporto «Diritto italiano» vigente alla data dei fatti di cui al procedimento principale, tant'è che lo stesso Consiglio di Stato riconosce che le modifiche legislative intervenute nel corso del processo non possono «evidentemente rendere (retroattivamente) legittimo il provvedimento impugnato»¹².

In esito, pertanto, a tutte le motivazioni svolte, il giudice nazionale in sede di appello ha dovuto stabilire con sentenza, in primo luogo, la riforma *in toto* della sentenza appellata, in quanto con essa *si era negata* ogni rilevanza al precedente giurisprudenziale relativo al caso *Elenca* (causa n. C-

¹² È appena il caso, dunque, di rilevare in questa sede che le modifiche legislative introdotte dallo Stato italiano con la l. n. 161/2014 hanno inciso proprio sui requisiti costituiti da «regole tecniche» e riguardanti, in particolare, la «marcatura CE» e la «incombustibilità» (punto 2.7 della parte II dell'Allegato IX alla parte V del dlgs n. 152/2006), rispettivamente soppressa e modificata.

385/10) pronunciato, invece, secondo la Corte, su questione «identica» (con riguardo *alla* «normativa oggetto di decisione» *ed al* «prodotto guaine gonfiabili per camini e canne fumarie»), *si era altresì negata* ogni rilevanza alla direttiva n. 98/34/Ce che la Corte ha considerato applicabile con effetto decisivo sulla «compatibilità» con il diritto nazionale ed, infine, *si era attribuita* rilevanza decisiva a talune disposizioni della direttiva n. 89/106/Cee che, invece, la Corte ha considerato del tutto estranee ai parametri valutativi da adottare per il caso in questione.

Da qui, dunque, conseguentemente per gli effetti decisionali – la riforma *in toto* e della sentenza del TAR del Lazio, l'accoglimento della domanda di annullamento del provvedimento amministrativo già proposta nel primo grado del giudizio.

Da qui, ancora, in ultimo, anche l'accoglimento della domanda risarcitoria, ma in modo parziale, dovuto al non accoglimento della domanda nella parte relativa al «danno emergente». Quest'ultimo risultava connesso al forzoso e costoso ricorso *medio tempore* – nel corso del processo (dal 2010 al 2016!) alla particolare certificazione, altrimenti meramente volontaria, costituita dal «*benestare tecnico europeo*» quale unica alternativa possibile – in assenza di norme armonizzate europee e di altre norme riconosciute a livello europeo – al fine di *ottemperare* al requisito della «marcatura CE». Quest'ultima, infatti – secondo quanto qui già rilevato – è risultata essere imposta, fin dal 2006, con il dlgs n. 156/2006, in modo illegittimo per il contrasto con il diritto comunitario costituito dalla direttiva n. 89/106/Cee e dagli artt. 34 e 36 del Trattato (v. sentenza della Corte del 18 ottobre 2012 in causa n. C-385/10 e sentenza dello stesso Consiglio di Stato n. 06147/2013).

Nonostante tale evidenza dell'inevitabile connessione tra effetti («marcatura CE») e cause (disposizione nazionale riconosciuta illegittima che ha imposto tale «marcatura»), il Consiglio di Stato ha tuttavia inopinatamente ritenuto che tale «rilascio [*n.d.r.*: della marcatura CE] non risultava imposto dal provvedimento», così da negare l'accoglimento della domanda di risarcimento relativa al «danno emergente». Tale danno era consistito infatti nei costi ingenti richiesti per una procedura (in Austria, presso organismo non italiano) comunque inevitabile per la necessità di pervenire, il 25 giugno 2013, al rilascio dello «*European technical approval ETA*» – 13/0682 da parte dell'ente austriaco OIB, membro dell'EOTA – quale unico rimedio possibile per soddisfare un requisito illegittimo di legge (quale, appunto, la «marcatura CE») e per non abbandonare definitivamente il mercato italiano.

Quanto, poi, al «*lucro cessante*», il giudice nazionale non nega invece

ed, anzi, riconosce con certezza il collegamento tra atto illegittimo e danno subito dalla ricorrente, poiché «non vi è dubbio che il provvedimento in data 28 dicembre 2010, sopra ritenuto illegittimo, in quanto ha comportato il divieto di commercializzazione (...)», salvo poi cercare di limitare questo danno da «lucro cessante» agli effetti del «divieto» che sono relativi ad uno solo dei prodotti oggetto del medesimo provvedimento. Di fatto, invece, il provvedimento *de quo* aveva, sia pure in vario modo, assoggettato entrambi i prodotti della ricorrente ai requisiti di una legge nazionale (sempre il dlgo n. 152/2006 al p. 2.7 della parte II dell'Allegato IX alla parte V) «dichiarati» illegittimi dalla Corte UE, e conseguentemente «da disapplicare» secondo lo stesso Consiglio di Stato (con la sentenza del 20 dicembre 2013).

Da qui, pertanto, la conseguenza ulteriore secondo la quale per entrambi i prodotti considerati «il provvedimento impugnato era privo di base giuridica», senza possibilità di artificiose distinzioni in ordine alle conseguenze dannose (se ed in quanto dimostrate) che ne sono derivate.

Particolarmente interessante si rivela, infine, il superamento dell'ostacolo processuale costituito – per la ricorrente – dal riconoscimento della sussistenza dell'elemento *soggettivo* – nella specie del «dolo» o della «colpa grave» dell'illecito già *oggettivamente* riconosciuto – alla luce di quanto fin qui descritto – relativamente al danno lamentato ed al nesso di causalità tra quest'ultimo ed il provvedimento illegittimo del Ministero dell'Interno. Nel «precedente» giurisprudenziale del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 06147/2013 (pur su questione considerata «identica» dalla Corte Ue con la nota sentenza del 18 ottobre 2012 in causa n. C-385/10) infatti, il suddetto giudice nazionale aveva rigettato la domanda risarcitoria prevalentemente sulla base della considerazione secondo la quale l'«incertezza e la complessità del quadro normativo di riferimento [*n.d.r.*: che coincide integralmente con quello qui *ante* descritto] è dimostrato dalla stessa esigenza, avvertita da questo giudice, di chiedere chiarimenti alla Corte di Giustizia» (*sic!*).

Nel caso qui ora in esame, il Consiglio di Stato decide invece in modo del tutto opposto e riconosce quindi pienamente la sussistenza dell'elemento *soggettivo* dell'illecito in quanto «può convenirsi con l'appellante sul fatto che la decisione della Corte evidenzia che i precedenti giurisprudenziali erano talmente rilevanti da determinare sia l'esito della questione pregiudiziale che le forme [*n.d.r.*: con semplice "ordinanza" anziché con "sentenza"] semplificate del giudizio stesso (...)», precisando altresì che «la giurisprudenza in tema di regole tecniche e condizioni di validità e di efficacia delle regole tecniche nella UE (...) si è sviluppata (...) a partire dagli anni '90 e non ha risentito di particolari oscillazioni (...)». Situazione, questa, di responsabilità

in cui la «colpa grave» della pubblica amministrazione che ha adottato il provvedimento è risultata essere accentuata in quanto «l'interpretazione della disciplina (...) ufficialmente nota, a seguito del deposito in data 30 novembre 2010 delle osservazioni scritte della Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione (N. 2008/4541) (...)».

Da qui, pertanto, la conclusione definitiva per quanto attiene all'elemento *soggettivo* dell'atto illecito secondo cui «Non potrebbe pertanto invocarsi da parte del Ministero dell'Interno, la scusante della "difficile interpretazione"».

XI. Considerazioni conclusive

Al termine di questo commento non ci si può esimere da una notazione finale e di fondo che riguarda l'errore di valutazione che – per quanto riguarda «il diritto dell'Unione» – ha caratterizzato sia la sentenza del TAR, poi riformata *in toto*, che l'orientamento iniziale dello stesso Consiglio di Stato che aveva «ritenuto di condividere le valutazioni operate dal TAR (...)», fino al momento in cui «(...) tenuto conto delle prospettazioni dell'appellante ...ha ritenuto di dover formulare un apposito quesito, ai sensi dell'art. 267 del TFUE chiedendo alla Corte di Giustizia UE (...)».

A tale riguardo, infatti, la visione e la "lettura" del «diritto dell'Unione» da parte dei giudici nazionali di primo e di secondo grado si era rivelata troppo limitata e parziale, nonché affetta da un vizio di fondo, nel senso di ritenere che allorché non risulti applicabile sotto qualche aspetto di «specifica tecnica» una determinata «direttiva di prodotto» (*n.d.r.*: nel caso specifico la direttiva n. 89/106/Cee e le relative norme europee armonizzate), sol per questo risulti legittimata qualsiasi disposizione nazionale se ed in quanto posta «a tutela della salute» e sulla base presuntiva di una generalizzata ed indiscriminata «applicazione dell'art. 36». Secondo tale prospettiva, infatti, risulterebbe del tutto esclusa la valutazione di qualsivoglia altro atto dell'Unione (direttiva e/o Regolamento) nonché ogni altra ed ulteriore valutazione comunque desumibile sul piano legislativo e giurisprudenziale dalla «ordinanza» della Corte Ue, pur risultando tali valutazioni rilevanti, pertinenti ed applicabili. Ma si tratta, come già dimostrato, di prospettiva gravemente e ripetutamente erronea del giudice nazionale.

A tale riguardo, infatti, la «prospettazione dell'appellante» – con riferimento allo stesso precedente della Corte di giustizia citato dai giudici nazionali (nella causa n. C-385/10 del 18 ottobre 2012) richiedeva una «let-

tura» ed una applicazione del «diritto dell'Unione» nella sua completa ed effettiva portata che includeva necessariamente l'intera legislazione europea e la relativa giurisprudenza comunque applicabili al caso in questione. Da qui, pertanto, in presenza di «regole tecniche» nazionali, l'applicazione, tra l'altro, della direttiva n. 98/34/Ce a tutti gli effetti dell'applicabilità, o meno, delle disposizioni nazionali di cui si tratta, tenuto conto, a questo specifico riguardo, anche di una giurisprudenza della Corte Ue uniforme, costante e consolidata che si è venuta formando già con la preminente direttiva n. 83/189/Cee.

Da qui, ancora, una lettura del «diritto dell'Unione» che non avrebbe mai potuto limitarsi ad una valutazione meccanica ed indiscriminata (nonché assolutamente *presuntiva*) dell'art. 36 con la semplice invocazione di ragioni nazionali di «salute» e/o «sicurezza».

Ben diversamente, infatti, allorché non si applichi per qualsiasi motivo e sotto qualsiasi aspetto una determinata direttiva di prodotto, uno Stato della Ue «può assoggettare detta commercializzazione solo a prescrizioni (...) che sono conformi agli obblighi derivanti dal Trattato» (v. punto 19 della sentenza del 18 ottobre 2012 sulla quale il giudice nazionale dichiara di essersi basato). Ne deriva che, questi ultimi «obblighi» per risultare «conformi» al diritto comunitario devono essere valutati secondo un'interpretazione giurisprudenziale della stessa Corte Ue che comporta, anche con specifico riferimento al principio stabilito dall'art. 36 del Trattato (così spesso invocato e strumentalizzato dagli Stati membri dell'Ue), la considerazione, tra l'altro, del principio di «mutuo riconoscimento»¹³ dei prodotti e delle relative «certificazioni» e/o «omologazioni» e/o, comunque, dei rapporti di prova ottenuti in uno o più degli Stati membri, nonché la considerazione del principio di «proporzionalità»¹⁴ tra le misure nazionali adottate come "mezzo" e le finalità (anche di salute e/o sicurezza) da perseguire effettivamente. Valutazioni e considerazioni, tutte queste, da svolgere in ogni caso, poiché da parte degli Stati membri non ci si può affidare a generiche «presunzioni» e ci si deve, esattamente all'opposto, assogget-

¹³ V., tra le tante, le sentenze della Corte di giustizia del 10 novembre 2005 in causa n. C-432/03, *Commissione c. Repubblica portoghese*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 9665, EU:C:2005:669, e del 13 marzo 2008 in causa n. C-227/06, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 46*, Pubblicazione sommaria, EU:C:2008:160, che hanno applicato il principio del «mutuo riconoscimento» anche nel settore dei «materiali da costruzione». Per la giurisprudenza in questa specifica materia v., anche, sentenze del 7 giugno 2007 in causa n. C-254/05, *Commissione c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4269, EU:C:2007:319 nonché sentenza dell'8 maggio 2003 in causa n. C-14/02, *Astral sa c. Stato Belga*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 4431, EU:C:2003:265.

¹⁴ V. in particolare, sentenza dell'8 maggio 2003 in causa n. C-14/02, *cit. supra*, nota 1.

tare ad un «onere della prova» (v., in particolare, sentenze in causa n. C-227/82 ed in causa n. C-358/92) del rispetto di tutti i requisiti che possono consentire di «giustificare» ex art. 36 del Trattato l'applicazione di disposizioni nazionali impeditive o limitative del «libero scambio» di prodotti legalmente fabbricati e/o commercializzati nel mercato unico europeo¹⁵.

Antonio Oddo*

SINTESI

In questo commento l'Autore mette in evidenza, ad un tempo, la continuità dell'indirizzo giurisprudenziale seguito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea per quanto riguarda l'inapplicabilità delle *norme tecniche* nazionali non preventivamente notificate alla Commissione europea in base alla direttiva n. 98/34/Ce e la novità della decisione del Consiglio italiano con la quale esso ha condannato la Pubblica Amministrazione al risarcimento dei danni per aver imposto l'osservanza obbligatoria delle predette norme tecniche che dovevano invece essere considerate inapplicabili.

Il Consiglio di Stato, pertanto, non solo ha accolto l'orientamento seguito dalla Corte di giustizia che impone ai giudici nazionali di disapplicare le norme tecniche non notificate alla Commissione europea ai sensi della direttiva n. 98/34/Ce, ma ha anche ammesso la fondatezza della domanda di risarcimento dei danni da parte di un'impresa costretta ad osservare l'imposizione illegittima.

¹⁵ È significativo rilevare come anche a quest'ultimo riguardo, l'implicito – ma inequivocabile – riconoscimento della illegittimità (anche ex art. 36!) pure nel merito delle disposizioni nazionali italiane (anche con specifico riferimento all'«adeguamento del concetto di incombustibilità») sulla cui «base giuridica» era stato adottato il provvedimento amministrativo nei confronti della ricorrente Beca Engineering, provenga dallo stesso Stato italiano. Infatti, a tutta difesa, l'Avvocatura generale del medesimo Stato italiano – quale parte «resistente» – non ha svolto altra difesa se non «limitandosi a depositare copia delle osservazioni scritte presentate in data 30 novembre 2010 dalla Commissione Europea alla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C-385/10, nonché copia del disegno di legge europea 2013-bis, articolo 3, presentato per ottemperare alla citata sentenza della Corte di Giustizia e per risolvere la procedura di infrazione n. 2008/4541 arrivata dalla Commissione Europea nella materia della commercializzazione in Italia dei camini e dei condotti in plastica, nonché per adeguare il concetto di incombustibilità al nuovo sistema di classificazione europea di reazione al fuoco dei prodotti da costruzione (iniziativa che ha originato le disposizioni della legge 161/2014, appresso indicate)».

* Avvocato / Foro di Milano

ABSTRACT

In this article the Author points out, at one time, the continuity of the position held by the Court of Justice of the European Union in relation to the inapplicability of national technical standards not previously notified to the European Commission under Directive n. 98/34 EC and the novelty of the Italian State Council's decision condemning the Public Administration to restore damages for imposing compulsory compliance with the aforementioned technical standards which should instead be considered inapplicable.

The Council of State has therefore not only accepted the guidance followed by the Court of Justice, which prevents national Courts to apply the non-notified technical standards to the European Commission under Directive n. 98/34 EC but also admitted the validity of the claim for damages by an undertaking which was required to observe the unlawful imposition.