



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato  
la seguente

*N.4800/2005*

*Reg.Dec.*

*N. 8917 Reg.Ric.*

*ANNO 2000*

**DECISIONE**

sul ricorso in appello proposto dal Ministero dell'Industria, Commercio e  
Artigianato rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con  
domicilio eletto in Roma via dei Portoghesi n. 12;

contro

Consorzio Bardonetto rappresentato e difeso dagli avv.ti Alberto Romano e  
Carlo Emanuele Gallo con domicilio eletto in Roma Lungotevere Raffaello  
Sanzio n. 1, presso lo studio del primo;

e nei confronti

Enel s.p.a. rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Gonnelli con domicilio  
eletto in Roma via Tacito n. 41;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte sede di  
Torino Sez. II n. 307/2000;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Bardonetto e  
Enel s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive  
difese;

**FF**

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2005 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro. Udito l'avv. dello Stato Lettera, l'avv. Romano e l'avv. Gonnelli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

### **FATTO**

Il Consorzio Bardonetto ha impugnato il provvedimento del Ministero dell'Industria Commercio ed Artigianato 29.10.1997 n. 965060 riguardante la richiesta autorizzazione alla libera circolazione dell'energia elettrica prodotta a mezzo dell'impianto idroelettrico "Bardonetto" tra gli aderenti al Consorzio.

Il Ministero, preso atto della posizione dell'Enel spa di non aderire alla richiesta del Consorzio circa lo scambio di energia elettrica, sulla base dei presupposti di cui alla relativa conversione tipo approvata con D.M. 25.9.1992, e nel contempo, preso atto del persistere dell'Enel nel non voler accedere al ritiro delle eccedenze di energia elettrica di cui all'art. 22 l. n. 9/91, ha ritenuto che, a seguito delle predette circostanze, non si fosse determinato il rispetto del criterio d'economicità nei confronti del sistema elettrico nazionale e di valutazione delle esigenze produttive, requisiti pregiudiziali al rilascio dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 23 della l. n. 9/91.

Il Ministero ha motivato la propria determinazione di non dare corso al procedimento amministrativo inerente l'istanza del Consorzio, "a meno che non sopraggiungano ulteriori elementi da parte del Consorzio medesimo che possano indurre a ritenere rispettato il citato criterio di economicità".

La sentenza a quo ha statuito che l'amministrazione vigilante, invece, "avrebbe dovuto più propriamente riguardare la coerenza dell'attività di autoproduzione dell'energia da parte rinnovabile con le finalità tipiche di una struttura consortile, apprezzandone l'adeguato impiego dell'energia auto-prodotta e l'ottimale destinazione alle esigenze produttive dei consorziati, secondo obiettivi d'economicità gestionale".

Appella il Ministero eccependo: 1) difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario; 2) difetto di giurisdizione in favore del Tribunale delle acque pubbliche; 3) ancora difetto di giurisdizione in favore del Tribunale delle acque sotto ulteriore profilo; 4) difetto di legittimazione ad agire del Consorzio Bardonetto; 5) carenza di interesse ed evidente sconfinamento nel merito amministrativo; chiedendo l'annullamento della sentenza e/o il rigetto del ricorso di primo grado, per tutti i motivi prima indicati.

Resiste il Consorzio Bardonetto.

Si è costituito l'Enel concludendo nel senso dell'accoglimento dell'appello.

### **DIRITTO**

L'appello è infondato e merita il rigetto.

Con il primo motivo d'appello si è eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario.

Il presupposto dell'argomentazione del Ministero risiede nell'ascrivibilità del Consorzio Baronetto al "genus" delle società consortili fra imprese al cui interno può attuarsi la libera circolazione dell'energia elettrica prodotta anche da impianti idroelettrici, i quali rientrano nel novero

degli impianti di energia mediante fonti rinnovabili (art. 23 legge 9 gennaio 1991 n. 9).

La disposizione richiamata si inserisce nel complesso di atti normativi che – secondo l'appellante Ministero – stanno disciplinando, con tratti innovativi, la produzione di energia idroelettrica, materia già disciplinata dal T.U. n. 1775 del 1933 basato, invero, per alcuni modesti profili, su altri orizzonti produttivi ed economici.

Non a caso l'art. 1 della legge 9 gennaio 1991 n. 9 al co. 1 prevedeva l'emanazione di un regolamento in materia di procedure per la concessione di acque per la produzione di energia elettrica; sempre il citato art. 1, comma 3 prevedeva l'abrogazione delle norme del T.U. n. 1775 del 1933 “limitatamente alle parti incompatibili con le norme del regolamento o sostanzialmente riprodotte nello stesso”.

Questo regolamento non era stato emanato all'atto della proposizione dell'appello.

L'art. 29 comma 3 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112 ha rinviato alle disposizioni d'attuazione della Dir. 96/92/CE la disciplina delle concessioni di grande derivazione per uso idroelettrico.

La direttiva europea è stata recepita con d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79 il cui art. 12, comma 5 prescrive che “in caso di decadenza, rinuncia e revoca ... l'amministrazione indice gara pubblica per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione.

Questi istituti, assume il Ministero, nel silenzio della normativa, continuano ad essere disciplinati dal T.U. n. 1775 del 1933.

In particolare l'art. 20 del T.U. n. 1775 del 1933, statuisce che “le utenze non possono essere cedute né in tutto né in parte, senza il nulla-osta del Ministero dei lavori pubblici. La richiesta di nulla-osta deve essere accompagnata dall'illustrazione dei motivi che determinano la cessione e dall'indicazione delle condizioni e patti in base ai quali si deve effettuare”.

L'art. 55 del T.U. del 1933 stabilisce che “È in facoltà del Ministro per i lavori pubblici di dichiarare la decadenza dal diritto di derivare ed utilizzare l'acqua pubblica .... g) per cessazione effettuata senza il nulla-osta di cui all'art. 20”.

In caso di decadenza gli impianti passano allo Stato; il relativo decreto è notificato all'ente decaduto; appare di tutta evidenza – secondo il Ministero – che la nozione di Stato debba essere intesa in armonia con l'attuazione del precetto costituzionale sulle autonomie delle Regioni e quindi in armonia con le disposizioni sul trasferimento o delega di funzioni alle regioni medesime.

Ciò premesso sul piano generale il Ministero osserva che il Consorzio Baronetto risulta affittuario, manutentore e gestore “dell'impianto idroelettrico, comprensivo della centrale vera e propria e di tutte le pertinenze, denominato Centrale Baronetto (v. contratto stipulato con l'AEM di Torino di cui alla del. 13 maggio 1996).

La concessione di derivazione di acqua pubblica per la Centrale Baronetto risulta assentita il 20 novembre 1963 per moduli 62 per la durata di 60 anni a partire dal 31.12.1940, la scadenza della concessione ricadrebbe nella proroga ex lege fino al 31.12.2010 in forza dell'art. 12, comma 7 del d.lvo n. 79/99.

Il Consorzio ha presentato istanza al Ministero che ha, con l'atto impugnato, espresso le proprie determinazioni.

L'Amministrazione richiama il precedente costituito da Cass. Sez. Un. 1 giugno 1995 n. 6137 per sostenere che la circolazione dell'energia elettrica nell'ambito del "gruppo" di appartenenza della società produttiva rappresenta un diritto soggettivo di quest'ultima, in quanto l'art. 23 della l. n. 9/1991 sottopone ad autorizzazione del Ministero dell'Industria solo la circolazione dell'energia in ambito consortile (ma al di fuori del gruppo risultato d'appartenenza del produttore) mentre consente incondizionatamente, anche per l'energia prodotta a mezzo di dette fonti, gli usi previsti per l'energia prodotta con fonti convenzionali dall'art. 4 della legge n. 1643 del 1962, come sostituito dall'art. 20 comma 1, dell'indicata legge del 1991, tra i quali rientra quello della cessione e dello scambio tra società controllate da una medesima controllante.

Sostiene l'Amministrazione che spetti al giudice ordinario la controversia con la quale l'Enel chieda di accertare se ricorrano, nell'utilizzazione da parte di società diversa da quella produttrice, le condizioni previste dalla legge per la destinazione dell'energia nell'ambito del gruppo.

Ciò ancorché la controversia sia promossa avverso il decreto di autorizzazione alla cessione dell'energia a società controllata dalla medesima società controllante la cedente, emesso dal Ministero dell'industria in carenza del relativo potere.

Rileva il Collegio che la controversia ha ad oggetto un provvedimento di diniego di autorizzazione alla libera circolazione

dell'energia emesso dal Ministero dell'Industria ai sensi dell'art. 23 della legge 9 gennaio 1991 n. 9.

A norma del citato art. 23 l'autorizzazione alla libera circolazione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili all'interno dei consorzi è "rilasciabile sulla base di criteri di economicità e di valutazione delle esigenze produttive".

L'invocata sentenza della Cass. Sez. Un. 1 giugno 1995 n. 6137 riguarda il diverso fenomeno della circolazione dell'energia all'interno di un "gruppo" societario e non di un consorzio, fenomeno giuridico, quello del "gruppo" non assimilabile al "consorzio".

Il "gruppo" societario è un fenomeno di più recente emersione nell'ambito del diritto di economia, e si connota per essere un insieme di società, connotate da una struttura di direzione gerarchica unitaria, costituita dalla c.d. società dominante o capogruppo, che dirige e coordina le società controllate.

La costituzione di un gruppo societario è fonte di numerosi vantaggi, le c.d. sinergie del gruppo e dei tradizionali problemi di tutela delle minoranze e dei creditori e dei dipendenti delle società controllate.

Nonostante l'ampia diffusione della forma organizzativa del gruppo di società (a struttura gerarchica) ed i numerosi e delicati problemi ad esso collegati, il codice civile del 1942 non ne conteneva una disciplina organica, limitandosi a disciplinare del gruppo alcuni aspetti particolari (art. 2359 cod. civ. in tema di controlli).

Con la riforma organica delle società di capitali (d.lgs. n. 6/2003) è stata introdotta nell'ordinamento italiano una disciplina dei gruppi dotata di maggiore organicità.

È assai discusso se il gruppo dia vita ad una sola o a più imprese, ma, al di là della soluzione cui si voglia aderire in proposito, la dottrina prima ed il legislatore poi hanno ammesso una stretta integrazione fra le imprese e le società del gruppo con la “teorica” dei c.d. vantaggi compensativi (art. 2497 co. 1 ult. parte cod. civ.) che esclude la responsabilità del capogruppo quando il danno subito dalla controllante (in dipendenza dell'attività di direzione e coordinamento) risulta mancante alla luce del risultato complessivo della attività di direzione o coordinamento ovvero eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

Tale “teorica” accolta dalla riforma del diritto societario aveva già trovato ampia trattazione ed accoglimento in dottrina.

Il gruppo è tenuto alla redazione del bilancio consolidato (art. 2497 sexies comma 1 cod. civ. ed, in precedenza, d.lvo 9 aprile 1991 n. 127), che è al centro anche della nuova imposizione diretta sulla società (che prevede l'istituto del consolidato “mondiale”).

Da tale fenomeno va distinto il Consorzio, quale contratto di organizzazione con il quale più imprese costituiscono un'organizzazione comune per la gestione o la disciplina di determinate fasi della loro attività, fenomeno non di integrazione ma di mero coordinamento delle imprese (art. 2602 cod. civ.).

La legge 9 gennaio 1991 n. 9 ha stabilito un peculiare regime giuridico degli impianti di produzione di energie a mezzo fonti rinnovabili.



Si prevede che l'eccedenza dell'energia prodotta da tali impianti (liberalizzati e sottratti al monopolio Enel) sia ceduta all'Enel in conformità a convenzioni tipo approvate dal Ministero dell'Industria (art. 22).

Il CIP definisce i prezzi della cessione.

Per tali impianti è consentita la libera circolazione dell'energia all'interno di consorzi e società consortili fra imprese e fra dette imprese, consorzi per le aree ed i nuclei di sviluppo industriale, aziende speciali degli enti locali e società concessionarie di pubblici servizi assunti dagli enti locali, limitatamente alle esigenze di autoproduzione.

Tale "libera circolazione" è, tuttavia, sottoposta ad autorizzazione dal Ministero dell'Industria, commercio ed artigianato (ora Attività Produttive) che la rilascia "sulla base di criteri d'economicità e di valutazione delle esigenze produttive".

L'esistenza di un "consorzio" (non di un "gruppo") fa ritenere che sussista il potere di autorizzazione del Ministero (carente di fronte al gruppo) e che la posizione giuridica soggettiva del privato rispetto al provvedimento autorizzativo sia di interesse legittimo.

Ciò è sufficiente a ritenere, nella specie, sussistente la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

La conclusione non muterebbe ritenendo sussistente nella specie la giurisdizione esclusiva in materia di servizio pubblici, e riportando a tale giurisdizione la materia dei servizi di cui alla legge 14 novembre 1995 n. 481 (fra cui v'è la "circolazione" dell'energia elettrica cfr. CdS VI 28 dicembre 2000 n. 7014); settore, quello dei servizi di pubblica utilità

sottoposto a penetranti controlli pubblicistici (CdS VI 14.1.2002 n. 155; CdS VI 16.9.2003 n. 5241; CdS VI 12.11.2003 n. 7263).

Peraltro proprio quest'ipotesi di giurisdizione esclusiva è stata fatta salva da Corte Cost. n. 204/2004 che non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della parte del primo comma dell'art. 33 relativa ai servizi elettrici.

In ogni caso, anche a voler considerare i principi affermati dalla Corte Cost. n. 204 del 2004 nella presente controversia vengono in rilievo i profili organizzativi e procedurali dei servizi di circolazione/distribuzione dell'energia, ed, in particolare si impugna un diniego d'autorizzazione del Ministero che è atto provvedimentale, discrezionale a fronte del quale sussiste la posizione giuridica denominata interesse legittimo.

Ne deriva l'infondatezza del primo motivo d'appello sussistendo nella specie la giurisdizione del giudice amministrativo non del giudice ordinario.

Con il secondo motivo ed il terzo motivo del ricorso d'appello che – per la loro stretta connessione logica – possono essere trattati congiuntamente il Ministero ha posto la questione della sussistenza, in materia della giurisdizione del Tribunale delle acque pubbliche (Regionali o Superiore).

Ma nella specie non si tratta di una controversia relativa a diritti di derivazione ed utilizzazione dell'acqua pubblica, poiché l'utilizzazione dell'acqua è il semplice presupposto della sua trasformazione in energia che si vuole fare liberamente circolare nel Consorzio (previa autorizzazione).

Non si applica, quindi, nella specie l'art. 140 lett. c) del T.U. n. 1775/1933.

Né può dirsi che si tratti di controversia su atto (provvedimento di diniego alla libera circolazione) incidente sull'utilizzazione dell'acqua pubblica (art. 143 comma 1 del T.U. n. 1775/1933) devoluta al Tribunale Superiore delle acque pubbliche.

Qui si tratta di utilizzare energia elettrica già prodotta, a nulla rilevando la distribuzione\circolazione dell'energia sul regime degli usi delle acque.

Ne deriva il rigetto del secondo e del terzo mezzo d'appello.

Con il quarto mezzo si lamenta la carenza di legittimazione attiva del Consorzio Baronetto, in quanto il medesimo non è il concessionario dell'utenza per usi idroelettrici e non potrebbe, quindi, impugnare il provvedimento negativo.

Il provvedimento è stato impugnato dal Consorzio perché il medesimo lo aveva richiesto, il Ministero ha negato l'autorizzazione senza sollevare alcuna questione di legittimazione del Consorzio a chiedere l'autorizzazione e l'Enel non ha proposto, sul punto, come avrebbe dovuto, alcun ricorso incidentale teso ad impugnare l'atto di diniego nella parte in cui aveva omesso di rilevare la mancanza, nell'affittuario, del nulla-osta di cui all'art. 20 del R.D. 11 dicembre 1933 n. 1775.

È tuttavia pacifico che le concessioni amministrative di derivazione ed utilizzazione delle acque possono dar luogo a rapporti di affitto tra il concessionario ed un terzo (Cass. civ. 29.11.2001 n. 15190). Il Consorzio è, pacificamente, affittuario della centrale Baronetto.

È pertanto, su tale base, certa l'esistenza della legittimazione e dell'interesse a ricorrere del Consorzio, che è stato destinatario di un provvedimento di diniego, motivato esclusivamente con riferimento al difetto del criterio di economicità (nota 29.10.1997 del Ministero – atto impugnato).

Va ricordato che il ricorso incidentale ha proprio la funzione d'impugnare il medesimo provvedimento impugnato del ricorrente principale, per ragioni diverse da quelle formulate dal ricorrente principale, proprio ad es. al fine di ottenere la declaratoria d'inammissibilità del gravame per carenza di interesse.

In assenza di tale specifico mezzo d'impugnazione incidentale, atteso il tenore dell'atto impugnato, deve ritenersi che il contratto d'affitto sia elemento sufficiente a radicare l'interesse a ricorrere e la legittimazione ad agire del Consorzio.

Con riguardo all'ultimo mezzo dell'appello del Ministero, che propone censure relative al preteso sconfinamento nel merito da parte del giudice amministrativo, va rilevato che esso è infondato.

La Sezione ritiene che il giudice di prime cure in modo del tutto condivisibile ha rilevato l'"appiattimento" del Ministero sulle posizioni dell'Enel senza esame della "carenza dell'attività d'autoproduzione da fonte rinnovabile con le finalità tipiche di una struttura consortile"; il Tar ha ritenuto correttamente che il Ministero avrebbe dovuto valutare "l'adeguato impiego dell'energia autoprodotta" e "l'ottimale sua destinazione alle esigenze produttive dei consorziati" secondo obiettivi criteri d'economicità gestionale.

L'indisponibilità di Enel al ritiro delle quote eccedenti, per l'assunto "disallineamento tra le capacità produttive dell'impianto e l'andamento del fabbisogno d'energia elettrica dei soggetti consorziati" non rileva come causa ostativa assoluta, essendo l'Enel, nel sistema di cui all'art. 22 della l. n. 9/91, obbligato ad acquisire il surplus dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, mentre la libera circolazione è soggetta a controllo solo quanto a "coerenza" ed "economicità" interna e "compatibilità" tecnica con il sistema della cessione "conformato" dalla convenzione tipo di cui all'art. 22 della legge n. 9/91.

Ne consegue il rigetto dell'appello.

Spese compensate sussistendone giusti motivi.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Compensa integralmente le spese del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il giorno 11 marzo 2005 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giorgio GIOVANNINI	Presidente
Luigi MARUOTTI	Consigliere
Giuseppe ROMEO	Consigliere
Giuseppe MINICONE	Consigliere
Giancarlo MONTEDORO	Consigliere Est.

**Presidente**

**GIORGIO GIOVANNINI**

**Consigliere**

GIANCARLO MONTEDORO

**Segretario**

GLAUCO SIMONINI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...16/09/2005

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria