

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Consiglio di Stato, Sezione Seconda, Sentenza 24 novembre 2024, n. 9333, in Foto Italiano, n. 5 del 2025, Parte Terza, pag. 224, con nota di richiami.

1. Giustizia amministrativa - Processo amministrativo - Domanda risarcitoria nei confronti di soggetto privato - Giurisdizione amministrativa – Esclusione – Ragioni.

2. Giustizia amministrativa — Processo amministrativo — Legittimazione ad agire — Interesse legittimo — Requisiti della personalità e dell'attualità - Necessità - Legittimazione al ricorso per gli aventi causa del titolare dell'interesse legittimo – Non sussiste – Ragioni.

1. Non sono devolute al giudice amministrativo le azioni risarcitorie promosse da un privato nei confronti di un altro privato (anche se concessionario di pubblico servizio) per il ristoro dei danni asseritamente derivati dalla illegittima risoluzione del contratto di trasporto di energia elettrica, posto che la causa petendi consiste nella lesione di una situazione soggettiva di fonte negoziale.

2. La legittimazione ad agire presuppone, sul piano sostanziale, che l'interesse legittimo sia connotato dai requisiti della personalità e dell'attualità, con la conseguenza che l'ampliamento o la compressione del patrimonio giuridico del legittimato deve derivare direttamente dall'esercizio del potere amministrativo; pertanto, non sussiste la legittimazione al ricorso per gli aventi causa del titolare dell'interesse legittimo (nella specie, cessionari del credito ammesso al fallimento) che, rimanendo estranei all'esercizio del potere, non possono surrogarsi nell'iniziativa giudiziale, né ai sensi dell'art. 2900 c.c., né sulla base di un negozio di diritto privato.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arera e di E-Distribuzione s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2024 il consigliere Carmelina Addesso e uditi per le parti l'avv. Maurizio Ricciardi, su delega dell'avv. Carlo Sarro, l'avv. Guido Greco e l'avvocato dello Stato Fabio Tortora;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto del giudizio sono: i) la domanda di risarcimento dei danni subiti dalla società Esperia s.p.a. per effetto della delibera AEEGSI n. 268/2015/R/eel, annullata con sentenza del T.a.r. per la Lombardia n. 238 del 2017, passata in giudicato; ii) la domanda di annullamento della delibera ARERA n. 32/2021/R/eel, recante “*Disposizioni relative al meccanismo di riconoscimento degli oneri generali di sistema non riscossi dai clienti finali e già versati alle imprese distributrici*”.

2. In data 16 aprile 2009 la società Esperia, *trader* del settore dell'energia elettrica, sottoscriveva con Enel Distribuzione s.p.a. (oggi E-Distribuzione s.p.a.) un contratto per il servizio di trasporto di energia elettrica per conto dei clienti finali.

2.1. L'art. 22 delle condizioni generali prevedeva il diritto di Enel di risolvere il contratto in caso di inadempimento del venditore (*trader*) agli obblighi di costituzione e di adeguamento della garanzia prevista dall'art. 6 e all'obbligo di pagamento del corrispettivo del servizio nei termini stabiliti dall'art. 12. Le clausole di cui agli artt. 6 e 22 erano oggetto di specifica sottoscrizione da parte di Esperia ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.

2.2. Con lettera del 24 febbraio 2015, preceduta da diffida ad adempiere del 6 febbraio 2015, Enel Distribuzione dichiarava risolto il contratto, ai sensi del citato art. 22, per grave inadempimento del venditore agli obblighi di pagamento dei corrispettivi e di adeguamento dell'importo della garanzia contrattuale, e chiedeva, contestualmente, il pagamento di euro 18.891.726,74 a titolo di corrispettivi rimasti insoluti.

2.3 Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 787 del 11 gennaio 2019 (passata in giudicato), respingeva la domanda riconvenzionale proposta da Esperia per il risarcimento dei danni (quantificati in euro 65.630.000,00), asseritamente derivanti dall'illegittima risoluzione del contratto e condannava la società a corrispondere ad Enel gli importi ancora dovuti per il servizio di trasporto.

2.4 A seguito del fallimento di Esperia, con sentenza n. 4018 del 7 luglio 2020 il Tribunale di Milano disponeva l'ammissione allo stato passivo fallimentare dell'intero credito vantato da Enel.

2.5 Con rogito Rep. 55268/19100 del 1 agosto 2019 i curatori del fallimento cedevano in blocco parte degli *assets* attivi del fallimento alla società S.R.C., individuata all'esito di procedura competitiva di vendita, fra cui la posizione processuale derivante da taluni contenziosi in cui era parte Esperia (su cui v. *infra* § 14 ss.).

2.6. Il contratto di cessione prevedeva, in particolare, il trasferimento a S.R.C., per un corrispettivo di diecimila euro, "*del diritto controverso*" relativo, tra l'altro, ai sopra descritti giudizi (riassunti dal fallimento presso le Sezioni unite della Cassazione ai n.r.g. 5917/2018 e 4457/2018 (lett. c) dell'art. 1).

2.7. I citati giudizi-definiti con ordinanze n. 30804 del 26 novembre 2019 e n. 31266 del 29 novembre 2019-avevano ad oggetto la delibera AEEGSI n. 268/2015/R/eel, annullata, su ricorso di Esperia, dal T.a.r. per la Lombardia con sentenza n. 238 del 31 gennaio 2017, confermata (unitamente alle sentenze del medesimo Tribunale nn. 237,243 e 244 del 2017 di accoglimento dei ricorsi proposti da altri *traders*) dalle sentenze del Consiglio di Stato n. 5619 e n. 5620 del 30 novembre 2017.

3. Con ricorso di primo grado allibrato al n.r.g. 818/2020, S.R.C., nella qualità di cessionaria dei diritti della società fallita, chiedeva la condanna di Arera e di E-Distribuzione al pagamento della somma di euro 60.878.214,50 a titolo di risarcimento dei danni cagionati ad Esperia dalla risoluzione del contratto di trasporto, disposta da Enel in applicazione della su menzionata delibera n. 268/2015/R/eel (come detto annullata in sede giurisdizionale).

3.1. Con successivo ricorso per motivi aggiunti S.R.C. impugnava la delibera Arera n. 32/2021/R/eel, recante “*Disposizioni relative al meccanismo di riconoscimento degli oneri generali di sistema non riscossi dai clienti finali e già versati alle imprese distributrici*”, articolando due autonomi motivi:

1) violazione e falsa applicazione della l. 491/1995-violazione e falsa applicazione delle sentenze del consiglio di stato n. 2182/2016, n. 5619/2017 e n. 5620/2017 e del tar lombardia milano nn. 237, 238, 243, 244 del 2017 –nullita’ -eccesso di potere –difetto assoluto di motivazione, travisamento dei presupposti in fatto e diritto –illogicità manifesta–arbitrarietà-disparità di trattamento.

2) violazione e falsa applicazione della l. 491/1995 -violazione e falsa applicazione delle sentenze del consiglio di stato n. 2182/2016, n. 5619/2017 e n. 5620/2017 e del tar lombardia milano nn. 237, 238, 243, 244 del 2017 –nullita’ -eccesso di potere –difetto assoluto di motivazione, travisamento dei presupposti in fatto e diritto –illogicità manifesta –arbitrarietà -disparità di trattamento.

4. L’impugnata sentenza del T.a.r. per la Lombardia, Milano, sez. I, n. 1915 del 10 agosto 2022:

a) respingeva le eccezioni di irricevibilità del ricorso introduttivo, proposte da E-Distribuzione (capo non impugnato);

b) respingeva le eccezioni, parimenti proposte da E-Distribuzione, di carenza di legittimazione attiva per mancata produzione del titolo legittimante e per l’estraneità dell’azione risarcitoria per illegittimità della delibera n. 268/2015/R/eel al giudicato di annullamento formatosi sulla delibera n. 612/2013/R/eel;

c) accoglieva, sotto altro profilo, le eccezioni relative al difetto di legittimazione attiva della società ricorrente, nella proposizione del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, sollevate sia da Arera che da E-Distribuzione;

d) assorbiva le ulteriori questioni preliminari, inclusa quella relativa al difetto di giurisdizione sull’azione risarcitoria proposta nei confronti di E-Distribuzione;

e) riteneva di dover prescindere dalla trattazione delle restanti questioni in considerazione dell’evidente infondatezza del ricorso introduttivo, per carenza dei presupposti dell’azione risarcitoria (in particolare avuto riguardo alla mancanza del nesso di causalità fra la illegittimità della delibera del 2015 e il fallimento della ditta Esperia);

f) condannava la ricorrente al pagamento delle spese di lite.

5. S.R.C. ha interposto appello, notificato in data 29 novembre 2022, impugnando i capi c) ed e) della sentenza per i seguenti motivi (estesi da pagina 11 a pagina 20):

1) *error in iudicando* – violazione dell’art.35 d.lgs. 104/2010 –contraddittorietà – carenza di motivazione;

2) *error in iudicando* – erroneità della motivazione - violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 104/2010 - travisamento dei presupposti in fatto e diritto;

3) *error in iudicando* – erroneità della motivazione - violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 104/2010 - travisamento dei presupposti in fatto e diritto.

5.1 Ha riproposto, inoltre, i motivi di ricorso non esaminati dal T.a.r. (pagine da 20 a 31 del gravame).

6. Si sono costituite in giudizio Arera ed E-Distribuzione (che ha riproposto espressamente le eccezioni dichiarate assorbite dal giudice di primo grado, cfr. capo d) della sentenza).

7. Arera ha interposto appello incidentale, notificato in data 19 dicembre 2022, con cui ha impugnato il capo b) della sentenza per i seguenti motivi:

1) *error in iudicando* in ordine al titolo azionato da S.R.C.

2) *error in iudicando* sulla carenza legittimazione di S.R.C. per estraneità della deliberazione 268/2015/R/eel alla pretesa risarcitoria azionata.

8. In data 12 luglio 2024 sono intervenuti *ad adiuvandum* il signor Franchi Giuseppe, nella asserita qualità di consulente e consigliere di amministrazione di Esperia, e i signori Dante Mariangela e Fabrizio Sciuto, già dipendenti della medesima società.

9. Nel corso del giudizio sono state depositate:

a) una perizia tecnico-finanziaria da parte di S.R.C.;

b) le memorie conclusionali e di replica di S.R.C., Arera ed E-Distribuzione.

10. All'udienza pubblica del 5 novembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

11. L'appello principale è infondato e deve essere respinto, mentre deve essere accolto l'appello incidentale.

12. In via preliminare la sezione rileva quanto segue:

a) deve essere dichiarata la tempestività delle memorie depositate, in vista della udienza di discussione della causa, da E-Distribuzione in data 14 e 22 ottobre 2024. L'odierno giudizio, infatti, è soggetto al rito abbreviato ai sensi del combinato disposto degli artt. 119 comma 1, lett. b), e 32 c.p.a., avendo ad oggetto, oltre alla domanda risarcitoria, anche quella di annullamento della delibera Arera n. 32/2021;

b) si può prescindere dall'esame della eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* proposto dal sig. Franchi (memoria Arera del 25 settembre 2024), stante l'infondatezza dell'appello principale e la natura adesivo-dipendente della posizione dell'interventore rispetto a quella di S.R.C. (cfr. da ultimo Cons. Stato, Ad. plen., n. 15 del 2024);

c) è inammissibile - come eccepito da Arera (memoria del 10 ottobre 2024) ed E-Distribuzione (memoria del 22 ottobre 2024) - il deposito della perizia tecnico-finanziaria da parte di S.R.C. (in data 20 settembre 2024) per violazione del divieto dei *nova* in appello sancito dall'art. 104 c.p.a. (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 9753 del 2023, sez. IV, n. 2057 del 2022, sez. IV, n. 5560 del 2021);

d) a seguito della proposizione dell'appello principale e di quello incidentale, è stato devoluto in appello l'intero *thema decidendum* trattato in primo grado, con l'unica eccezione del profilo relativo alla ricevibilità del ricorso introduttivo, su cui si è formato il giudicato interno per la mancata impugnazione del capo a) della sentenza; pertanto, per ragioni di economia dei mezzi processuali e semplicità espositiva, secondo la logica affermata dalla decisione della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, il collegio esaminerà direttamente i motivi posti a sostegno del ricorso di primo grado e del ricorso per aggiunzione, nonché le eccezioni formulate dalle parti resistenti, in quanto perimetrano obbligatoriamente il processo di appello ex art. 104 c.p.a. (cfr. sez. IV, n. 1137 del 2020, n. 1130 del 2016, sez. V, n. 5868 del 2015; sez. V, n. 5347 del 2015).

13. Premesso quanto sopra, è necessario procedere all'esame dei capi della sentenza contrassegnati con le lettere b), c), d) ed e), secondo l'ordine logico delle questioni, come statuito dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, principiando dall'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, non esaminata dal T.a.r., riproposta in questa sede da E-Distribuzione ed a cui la società S.R.C. non ha replicato.

13.1. L'eccezione è fondata.

13.2. Con il ricorso introduttivo S.R.C. ha agito nei confronti di E-Distribuzione per il risarcimento del danno derivante dall'illegittima risoluzione del contratto di trasporto.

13.3. Si tratta di azione risarcitoria - promossa da un operatore privato nei confronti di un altro operatore privato per sovvenire al ristoro dei danni asseritamente derivati dalla illegittima risoluzione del contratto di trasporto di energia elettrica - la cui *causa petendi* consiste nella lesione di una situazione soggettiva di fonte negoziale: essa è estranea all'ambito della giurisdizione amministrativa, sia esclusiva che di legittimità (Cons. Stato, Ad., plen., n. 2 del 2017).

13.4. La conclusione sopra richiamata non muta anche ove si volesse qualificare E-Distribuzione quale concessionario di pubblico servizio poiché la fonte costitutiva del diritto controverso (e la correlata *causa petendi*) rimane schiettamente privatistica (il contratto a suo tempo stipulato fra le due società e poi risolto da Enel), e rientra, di conseguenza, nella cognizione del giudice ordinario (da ultimo Cass. civ., sez. un., n. 26109 del 2024).

13.5. Va, quindi, dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo – in favore di quello ordinario ex art. 11, comma 1, c.p.a. - sulla domanda proposta da Esperia nei confronti di E-Distribuzione, con conseguente riforma del capo d) della sentenza di primo grado.

In limine è appena il caso di osservare che la domanda di risarcimento del danno proposta a suo tempo nei confronti di Enel è stata respinta dal Tribunale civile di Roma con sentenza n. 787 dell'11 gennaio 2019, non impugnata da Esperia e, quindi, passata in giudicato.

14. Occorre ora passare all'esame delle questioni di cui ai capi b) e c) della sentenza avverso i quali si appuntano le critiche formulate, rispettivamente, da Arera con l'appello incidentale e da S.R.C. con l'appello principale.

14.1. L'assunto su cui si fonda l'intera difesa di S.R.C., ossia l'idoneità del rogito del 1 agosto 2019 a conferire alla cessionaria la legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni cagionati ad Esperia dalla delibera annullata, è smentito dalla lettura dell'atto di cessione e del presupposto disciplinare di gara predisposto dalla curatela fallimentare.

14.2. Tra le poste attive trasferite dal fallimento non è menzionato il credito risarcitorio, presente o anche futuro (purché certo nell'*an* e, quanto meno, determinabile nel *quantum*), vantato dalla cedente nei confronti di Arera per i danni ad essa cagionati dalla delibera annullata.

14.3. Tale conclusione costituisce il precipitato logico dell'esame congiunto del disciplinare di vendita e dell'atto di trasferimento, in quanto:

a) il disciplinare di vendita stabilisce che oggetto della procedura competitiva sono: a1) tutti i crediti di Esperia risultanti dalla situazione economico -patrimoniale al 30 novembre 2016, per l'importo residuo sussistente all'11 marzo 2019; a2) l'azione di responsabilità autorizzata nei confronti dell'organo gestorio della Società Fallita e del suo organo di controllo; a3) tutte le quote di partecipazione societaria nella titolarità di Esperia in liquidazione; a4) il subentro nelle azioni riassunte dal Fallimento ovvero quelle relative ai giudizi innanzi alla Cassazione civile, sezioni unite, n.r.g. 5917/2018 e n.r.g. 4457/2018;

b) in conformità con il disciplinare, il rogito notarile del 1 agosto 2018- denominato "*atto di trasferimento di quote di s.r.l., cessione di posizione processuale relativa ad azione di responsabilità autorizzata e di cessione della posizione processuale in giudizi amministrativi riassunti dal fallimento a seguito di assegnazione competitiva di lotto nel contesto di procedura fallimentare*"- prevede (art. 1 "*consenso e oggetto*") il trasferimento di: b1) partecipazioni societarie; b2) il diritto controverso eventuale relativo ad azione di responsabilità per danni nei confronti degli organi gestori della società fallita e del suo organo di controllo; b3) il diritto controverso di cui ai giudizi pendenti innanzi alla Cassazione civile, sezioni unite, n.r.g. 5917/2018 e n.r.g. 4457/2018, con la precisazione che "*il cessionario è tenuto a dimostrare il mantenimento della situazione legittimante alla procedura già facente capo al dante causa..... con ogni conseguente diritto spettante all'esito del procedimento amministrativo*".

14.4. I giudizi indicati nell'atto di cessione hanno ad oggetto l'annullamento della delibera n. 268/2015 e non la condanna al risarcimento del danno conseguente all'accertata illegittimità: il diritto al risarcimento non integra né "*il diritto controverso*" né il "*conseguente diritto spettante all'esito del procedimento amministrativo*", entrambi menzionati all'art. 1, lett. c) del rogito.

14.4. L'atto di cessione non è idoneo, in definitiva, a fondare la legittimazione ad agire di S.R.C. per i danni subiti da Esperia perché S.R.C. non è né cessionaria del credito risarcitorio né titolare dell'interesse legittimo dalla cui lesione il credito sarebbe sorto.

14.5. Come statuito dall'Adunanza plenaria n. 3 del 2022, la personalità e l'attualità che connotano l'interesse legittimo presuppongono che l'ampliamento o la compressione del patrimonio giuridico derivi direttamente dall'esercizio del potere amministrativo e solo questo determina, in sede processuale, la legittimazione ad agire. Per contro, le generiche posizioni di interesse che possono ricevere indirettamente pregiudizio legittimano i loro titolari a spiegare intervento in giudizio, ma non già ad impugnare autonomamente il provvedimento lesivo della sfera giuridica del soggetto con il quale intrattengono a diverso titolo rapporti giuridici (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 15 del 2024).

Detto altrimenti, solo il titolare dell'interesse legittimo può agire a tutela dello stesso, mentre l'avente causa del titolare rimane estraneo all'esercizio del potere e non può surrogarsi al primo nell'iniziativa giudiziale, sia che si tratti dell'azione demolitoria sia che si tratti dell'azione risarcitoria, né ai sensi dell'art. 2900 c.c. (cfr. Cons. Stato sez. V, n. 2606 del 2024), né sulla base di un negozio di diritto privato, come nella fattispecie per cui è causa.

14.6. Da quanto appena esposto discende la fondatezza dell'appello incidentale di Arera che ha eccepito l'insussistenza di un titolo legittimante l'azione proposta da S.R.C., non potendo esso identificarsi nel rogito del 2019.

15. Anche il capo e) della sentenza impugnata merita di essere confermato, difettando i presupposti dell'azione risarcitoria, con il conseguente rigetto dell'appello principale di S.R.C.

15.1. Non risulta seriamente provato, in particolare, il nesso di causalità tra il fallimento di Esperia, da un lato, la risoluzione per inadempimento del contratto di trasporto (disposta - giova rimarcare - in forza di una clausola contrattuale specificatamente sottoscritta dalla società in data 16 aprile 2009) e la disciplina (*id est*, l'imposizione ai *traders* di garanzie per oneri generali di sistema non riscossi) recata dalla delibera n. 268/2015, dall'altro lato.

16. Merita, infine, condivisione la statuizione del T.a.r. di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, volto all'annullamento della delibera n. 32/2021/R/eel, recante “*Disposizioni relative al meccanismo di riconoscimento degli oneri generali di sistema non riscossi dai clienti finali e già versati alle imprese distributrici*”.

16.1. Ai sensi dell'allegato A alla citata deliberazione, legittimato ad accedere al meccanismo di riconoscimento degli oneri generali di sistema non riscossi è l'utente del trasporto (articolo 2, commi 3 e 4).

16.2. La ricorrente non svolge l'attività di *trader* e, per tale ragione, non rientra nel novero dei soggetti destinatari della regolazione né può aspirare all'estensione a suo vantaggio del meccanismo

di compensazione, previsto nella delibera impugnata, per gli oneri di sistema non riscossi dal *trader* e già versati al distributore.

17. In conclusione, l'appello principale deve essere respinto, mentre deve essere accolto l'appello incidentale.

18. Le spese del presente grado di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

19. Non sussistono le condizioni per applicare la sanzione di cui all'art. 26, comma 2, c.p.a., come sollecitato dalla società E-Distribuzione nella memoria di replica del 22 ottobre 2024.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- a) accoglie l'appello incidentale, respinge l'appello principale e, per l'effetto, conferma, con diversa motivazione, la sentenza impugnata;
- b) condanna la società S.R.C., in solido con gli interventori, al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che si liquidano in euro 8000,00 (ottomila/00), oltre a spese generali e accessori di legge, a favore di E-Distribuzione s.p.a. e 8.000,00 (ottomila/00), oltre a spese generali e accessori di legge, a favore di Arera.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Carmelina Addesso, Consigliere, Estensore

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

Stefano Filippini, Consigliere