

Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario

di Piergiorgio Novaro

SOMMARIO: 1. L'impulso a diversificare le fonti di approvvigionamento energetico. – 2. Considerazioni preliminari sull'attuale configurazione del settore elettrico. – 3. I tratti salienti delle comunità energetiche nella disciplina europea e nazionale. – 3.1 La comunità energetica rinnovabile. – 3.2 La comunità energetica dei cittadini. – 4. La partecipazione degli enti locali alle comunità energetiche. – 5. Le forme giuridiche che le comunità partecipate dagli enti locali possono assumere in concreto. – 5.1 I modelli societari. – 5.2 I modelli della liberalità. – 6. Le comunità energetiche come nuova declinazione del paradigma sussidiario.

1. *L'impulso a diversificare le fonti di approvvigionamento energetico*

I recenti e drammatici sviluppi del contesto internazionale hanno reso di piana evidenza, se mai ce ne fosse stato bisogno, come l'attualità e l'urgenza di diversificare le fonti di approvvigionamento energetico investa interessi pubblici connessi non solo alla sostenibilità ambientale dei sistemi energetici – o alla transizione ecologica, se si vuole ricorrere ad un'espressione particolarmente in voga¹ – ma anche alla sicurezza energetica di cui all'art. 134 del Trattato di Lisbona e, non da ultimo, alla competitività stessa dei sistemi economici nazionali.

¹ Nel materia in oggetto, il concetto di transizione ecologica assume peraltro i contorni più specifici della transizione energetica, oggetto di un ampio dibattito dottrinale poiché esso implica una molteplicità di aspetti quali ad esempio gli strumenti finanziari e di politica industriale che devono necessariamente essere posti in essere dalle Istituzioni europee e nazionali al fine di mitigare i costi sociali della riconversione industriale nell'ottica della decarbonizzazione, come analizzato da L. AMMANNATI, *Transizione energetica, "just transition" e finanza*, in Riv. Trim. Dir. Econ., 2022, 289, ovvero nell'ottica delle politiche energetiche di matrice europea derivanti dal *Clean energy package 2030* e dal *Green deal europeo* come sostenuto da M. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. profili di "governance": efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in Riv. It. Dir. Pub. Com., 2022, 53, sul punto anche P. BOCQUILLON, T. MALTBY, *EU Energy Policy Integration as Embedded Intergovernmentalism: The Case of Energy Union Governance Regulation*, in Journal of European Integration, 2020, 42, 1. La transizione energetica si innesta peraltro nel più ampio discorso dell'impatto della trasformazione digitale anche sugli strumenti di regolazione pubblica, attraverso l'introduzione di innovazioni tecnologiche quali le c.d. *smart grids* e il c.d. *smart metering*, come sottolineato da M. TRESCA, *La trasformazione digitale del settore energetico: strumenti di regolazione e nuovi attori* in Dir. Cost., 2022, 199; sul punto anche A. G. RENSKE, *Implementing Ecological Governance in EU Energy Law: The Role of Technology Neutral Legislative Design in Fostering Innovation*, in European Energy and Environmental Law Review, 2018, Vol. 27, 6 e A. HOUTMAN – L. REINS, *Energy Transition in the EU: Targets, Market Regulation and Law*, in The Palgrave Handbook of Zero Carbon Energy Systems and Energy Transitions a cura di G. WOOD, V. ONYANGO, K. YENNETI, M.A. LIAKOPOULOU, *Palgrave Studies in Energy Transitions*, 2022.

Il contesto geopolitico corrente ha perciò contribuito ad accendere i riflettori su alcuni istituti giuridici, riconducibili essenzialmente alla semplificazione in materia di autoproduzione di energia, che a tal fine sono stati introdotti dal legislatore europeo già a partire dal 2018, ma che non hanno goduto di particolare attenzione nel dibattito pubblico e dottrinale tanto europeo quanto nazionale fino ad oggi.

Tra questi istituti, per innovatività e complessità spiccano certamente le comunità energetiche, le quali nella logica del legislatore europeo possono essere considerate espressione di un fenomeno aggregativo dal basso che mira alla decentralizzazione e alla localizzazione delle fonti di produzione dell'energia rinnovabile e, in particolar modo, dell'energia elettrica.

È bene subito precisare che il diritto europeo ha previsto due distinte tipologie di comunità energetica: la comunità energetica rinnovabile (anche nota con l'acronimo CER) e la comunità energetica dei cittadini (anche nota con l'acronimo CEC).

Fermo restando che si avrà modo di meglio analizzare le caratteristiche di entrambe nel prosieguo, è opportuno anticipare che la prima concerne tutte le fonti di energia rinnovabile, anche quindi l'energia termica, la seconda solo l'energia elettrica prodotta non necessariamente o esclusivamente da fonti rinnovabili.

Posto che le conclusioni cui si giungerà rispetto alle CER (non però le CEC, come si è detto) trovano applicazione tanto che queste abbiano ad oggetto energia termica quanto energia elettrica, ovvero una combinazione di entrambe, il presente scritto per esigenze di sintesi si concentrerà solo sulla produzione di energia elettrica. In relazione a quest'ultima è infatti possibile cogliere appieno la portata dirimente che le comunità energetiche possono avere in una prospettiva di medio e lungo termine.

In effetti, la produzione di energia termica da fonti rinnovabili (o a queste assimilate quali la termovalorizzazione dei rifiuti) presenta già una spiccata localizzazione per due fattori essenziali.

Il primo fattore è fisico e tecnologico, in quanto la distanza massima tra fonte produzione di energia termica e punto di consegna è dettata dal fattore di dispersione sancito dalle leggi della termodinamica in relazione alle tecnologie di trasmissione del calore oggi disponibili; ne deriva che allo stato attuale gli impianti di consumo collettivo di energia termica da fonti rinnovabili non possono che avere una portata limitata al livello locale.

Il secondo fattore è invece giuridico, dovuto alla mancanza di una disciplina settoriale di matrice europea per le ragioni di cui sopra che rendono la materia di scarso interesse in un'ottica transfrontaliera, a differenza dell'energia termica connessa allo sfruttamento di idrocarburi (in massima parte coincidente oggi con il gas naturale) che è soggetta ad una disciplina assimilabile a quella dell'energia elettrica.

Le comunità energetiche, come prefigurate dal legislatore europeo del 2018-2019, possono essere considerate come il punto di approdo di un intenso dibattito che ha visto la luce negli anni più recenti circa la necessità di superare l'attuale configurazione dei settori energetici, ancora prevalentemente basati sullo sfruttamento degli idrocarburi fossili e su un numero relativamente limitato di grandi imprese energetiche, attraverso la spinta verso il c.d. decentramento energetico². Vale a dire un'inversione radicale delle linee di sviluppo dell'industria energetica, che si attua attraverso la localizzazione delle fonti di produzione di energia rinnovabile, anche nell'ottica di realizzare quella che è stata definita una vera e propria democrazia energetica³.

Le comunità energetiche paiono così dare risposta a queste richieste che pervengono dal basso, quale strumento organizzativo per soddisfare bisogni collettivi di accesso all'energia che tenga conto non solo dei profili economici a questo relativi, ma che dia l'opportuno peso anche agli aspetti sociali ed ambientali.

Nella concezione del legislatore europeo, le comunità energetiche divengono dei soggetti di diritto che canalizzano le anzidette istanze dal basso, ammettendo la partecipazione tanto di soggetti privati, quanto di soggetti pubblici.

La dimensione locale del fenomeno nel senso sopra precisato induce così ad una riflessione riguardo al ruolo che gli enti locali possono svolgere nel guidare la prossima rivoluzione energetica.

Nel nostro ordinamento, peraltro, è agevole presumere che gli enti locali svolgeranno un ruolo fondamentale di propulsione e aggregazione delle istanze che vengono dalle collettività di riferimento, non foss'altro a causa delle funzioni relative alla cura degli interessi della collettività, che questi hanno storicamente espletato anche attraverso l'erogazione di prestazioni di servizi.

È plausibile perciò pensare che gli enti locali (e i soggetti da questi par-

² R. MICCÙ, M. BERARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *federalismi.it* 4, 2022, 617 ciò che ne risulta è un «doppio decentramento»: da un modello energetico di tipo gerarchico e centralizzato, fondato su una rigida polarizzazione dei rapporti tra produttore e utente finale di energia, a un sistema di produzione dell'energia decentralizzato (e tecnologicamente complesso), orientato verso una vera e propria «democratizzazione» dell'energia, e nel quale il consumatore risulta primariamente coinvolto». Come sostenuto da J. P. TOMAIN, *The Democratization of Energy*, in *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, 48, 2015, 1143 «local government can serve as “policy laboratories” that engage in regulatory experimentation, which should promote efficiency gains through competition, develop best practices for the local use and distribution of energy, engage in public education through the accumulation and dissemination of local knowledge, enable localities to scale energy activities to the tasks most suitable to them, and search for cooperative solutions with and among other layers of governments»;

³ B. VAN VEELEN, D. VAN DER HORST, *What is Energy Democracy? Connecting social science energy research and political theory*, in *Energy research and social science.*, 46, 2018, 21 «At its heart, the energy democracy movement has sought to change the socio economic relations embedded in the energy systems by encouraging greater public involvement and control»; K. SZULECKI, *Conceptualising Energy Democracy*, in *Environmental Politics*, 2018, 27, 24, «the concept of ‘energy democracy’ remains suggested rather than defined as a process in which the ownership and control of energy production and governance moves from a centralized to a dispersed mode».

tecipati) possano contribuire attivamente allo sviluppo e alla diffusione di tali comunità proprio in ragione dei benefici sociali, ambientali e, non da ultimo, economici che queste devono necessariamente ricercare⁴.

Inoltre, la possibilità di contestuale partecipazione di soggetti pubblici e privati rende imprescindibile esaminare i modelli dove tale compartecipazione risulta legittima nell'attuale quadro normativo. Questi sono stati selezionati nell'analisi che segue secondo un criterio di compatibilità con gli scopi e le caratteristiche che il legislatore europeo e nazionale attribuiscono alle comunità energetiche.

2. *Considerazioni preliminari sull'attuale configurazione del settore elettrico*

Affinché possa essere apprezzato appieno il predetto impatto delle comunità energetiche nel settore elettrico è d'uopo svolgere alcune considerazioni preliminari circa la genesi ed i contorni dell'attuale configurazione industriale del settore.

Lo sviluppo in senso moderno del settore elettrico in Italia ha avuto essenziale impulso con la nazionalizzazione e la creazione dell'ENEL quale ente pubblico economico operante in regime di monopolio legale ad opera della legge 6 dicembre 1962, n. 1643⁵. La politica industriale relativa alle fonti di produzione di energia elettrica ha perciò lungamente risentito del regime monopolistico attribuito all'*incumbent*, sì da assumere una connotazione fortemente accentrata. In altri termini, le scelte strategiche in merito alla distribuzione sul territorio degli impianti di generazione e al c.d. mix energetico hanno risentito della dimensione nazionale dell'ente pubblico e della sua soggezione alle *policies* elaborate dal governo centrale.

Sono sfuggiti a questa logica solo fenomeni assai marginali che oggi tendono ad essere riconosciuti come precursori delle future comunità, vale a dire fenomeni consortili o cooperativi fatti salvi dalla legge di nazionalizzazione a causa della loro collocazione in aree periferiche del Paese (prevalentemente sull'arco alpino) e estremamente limitate quanto ad energia prodotta rispetto al

⁴ In particolare, nelle leggi regionali che man mano si stanno approvando sul tema, un ruolo particolarmente rilevante è riconosciuto agli enti locali per contrastare la c.d. povertà energetica. Tra queste, la l.r. Emilia Romagna, 27 maggio 2022 n. 5, la l.r. Puglia 9 maggio 2019 n. 45.

⁵ Per un approfondimento sulla nazionalizzazione della produzione di energia elettrica, anche rinnovabili, si rinvia a M. A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *federalismi.it*, 2013. La nazionalizzazione portò all'espropriazione di circa 1300 imprese che già operavano nel settore, con notevoli conseguenze anche sul valore economico degli impianti trasferiti come osservavano P. RESCIGNO, *Sull'indennizzo alle imprese elettriche e sul calcolo degli interessi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1976, 3, 243 e F. CANFORA, *Cambiamento dell'oggetto sociale, recesso dei soci e tutela del credito in materia di nazionalizzazione delle imprese elettriche*, in *Rassegna giuridica dell'ENEL*, 1974, 1, 84.

fabbisogno nazionale.

Un tentativo di diversificazione delle fonti di produzione dell'energia elettrica è stato promosso dal diritto europeo con la ben nota liberalizzazione dell'attività di produzione, recepita nel diritto nazionale all'art. 8 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79⁶. Questo intervento normativo ha perseguito, essenzialmente, l'obiettivo di aprire alla concorrenza il mercato della generazione dell'energia elettrica, al fine di favorire nuovi investimenti da parte dei potenziali concorrenti e, dunque, innescare una dinamica dei prezzi al ribasso tipica appunto dei mercati concorrenziali.

A vent'anni di distanza, questi obiettivi paiono tuttavia essere raggiunti solo in parte: i dati più recenti forniti dal regolatore nazionale mostrano un mercato della generazione sì concorrenziale, perché caratterizzato da un numero assai elevato di operatori, ma ancora dominato da pochi grandi gruppi industriali, se si pensa che i primi 5 operatori su un totale di circa 14700 operatori attivi nella generazione hanno contribuito nel 2020 per il 44.9% alla produzione totale lorda⁷.

Questo risultato si spiega per due ordini di ragioni. La prima è che la liberalizzazione di matrice europea sconta una visione industriale del settore ancora tradizionale che si fonda principalmente sull'iniziativa di soggetti imprenditoriali di grandi dimensioni. Non a caso l'apertura di questi mercati a livello europeo ha determinato – almeno in un primo momento e in misura ancora oggi si è visto preponderante – l'ingresso nei vari mercati nazionali di operatori economici già operanti in precedenza (i vari campioni nazionali) o risultati da forme di aggregazione e trasformazione delle aziende controllate da enti locali⁸.

La seconda è che l'unica alternativa rispetto a detto mercato consentita fino agli ultimi sviluppi normativi, cui faremo riferimento subito appresso, è stata

⁶ G. G. GENTILE, *La riforma del settore elettrico: continuità e discontinuità dell'intervento pubblico*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1999, fasc. 2-3 pag. 285.

⁷ Fonte ARERA, *Relazione annuale, stato dei servizi 2020*, vol. 1. Inoltre, è assai indicativo che circa la metà della potenza lorda annuale è prodotta dal 2% degli operatori. Un altro dato a nostro avviso particolarmente indicativo è rappresentato dal numero di operatori in possesso di una quota di mercato superiore allo 1% (già di per sé irrisoria come soglia): 13. *In summa*, facendo una semplicissima operazione algebrica sulla base degli ultimi dati a disposizione dell'ARERA, il 2% degli operatori produce la metà dell'energia elettrica (373 operatori), lo 0,09% possiede una quota di mercato superiore al 1% (13 operatori), lo 0.03% (i primi 5) producono insieme quasi il 45% dell'energia elettrica.

⁸ Il fenomeno non è infatti solo italiano, ma comune ai mercati nazionali oggetto delle politiche di liberalizzazione eurounitarie, i quali sono tutti caratterizzati da una forte concentrazione di posizioni rilevanti in capo ad un numero ristretto di grandi gruppi societari che peraltro agiscono di norma in più di un mercato nazionale come risulta dall'analisi condotta da R.J. HEWITT, N. BRADLEY, A.B. COMPAGNUCCI, C. BARLAGNE, A. CEGLARZ, R. CREMADES, M. MCKNEEN, I.M. OTTO, *Social Innovation in Community Energy in Europe: A Review of the Evidence*, in *Frontiers in Energy Research*, 7, 2019.

l'autoproduzione con conseguente autoconsumo individuale da fonte rinnovabile, con facoltà prevista *ex lege* di cedere l'energia prodotta in eccesso a condizioni non di mercato ma fissate dal regolatore.

Di conseguenza e per semplificare il discorso, l'apparente ingresso massiccio di nuovi operatori nel mercato è dovuto principalmente ai meccanismi tariffari incentivanti riguardanti la produzione di energia da fonti rinnovabili (conto energia, scambio sul posto etc...) posti in essere dal governo nazionale che tutto sono fuorché meccanismi pro-concorrenziali nel senso preconizzato da Littlechild⁹. Questi meccanismi non sono basati infatti su logiche di mercato, comprensibilmente, ma non sono adatti neanche ad aumentare i livelli di concorrenzialità, poiché in assenza di correlati meccanismi di aggregazione dell'offerta, hanno determinato un solo apparente ingresso nel mercato di una miriade di soggetti che non possono essere considerati reali *competitors* dei grandi gruppi industriali, poiché in possesso di una quota di mercato impalpabile.

Il risultato è dunque un mercato che sfiora l'oligopolio dove i meccanismi di determinazione del prezzo dell'energia sono appannaggio dell'agone concorrenziale dei *big players*, non avendo gli altri alcuna reale capacità di incidere sul prezzo di mercato, né particolare interesse in merito se non forse continuare a percepire tariffe incentivanti.

Non a caso, il considerando 6 della direttiva 2019/944/UE¹⁰ pone come centrale nella nuova impostazione propugnata dall'ultimo pacchetto energia «*il passaggio dalla produzione in grandi impianti di generazione centralizzati a una produzione decentralizzata di elettricità da fonti rinnovabili e verso mercati a basse emissioni di carbonio [che] richiede un adeguamento delle attuali norme sulla compravendita di energia elettrica e un cambiamento dei ruoli all'interno del mercato*»¹¹.

⁹ Il riferimento è al padre delle liberalizzazioni inglesi Sir Littlechild, il quale sosteneva appunto che la regolazione avrebbe avuto il compito principale, secondo una sua celebre espressione, di "holding the fort", vale a dire il compito di guidare ordinatamente la transizione verso la piena concorrenza, che riflette in parte «*the fact that it is not possible to move from a nationalized monopoly to a competitive industry in a single step. The regulator needs the authority and duty to complete the process of transition (as does the Secretary of State), otherwise obstacles to competition might remain in place*», M. E. BEESLEY – S. C. LITTLECHILD, *The regulation of privatised monopolies in the United Kingdom*, in RAND Journal of Economics, 1989, 3, 464.

¹⁰ La direttiva in questione è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210.

¹¹ Questa posizione era stata peraltro già assunta dalla Commissione, nella comunicazione del 15 luglio 2015 «Avvio del processo di consultazione pubblica sul nuovo assetto del mercato dell'energia», COM(2015) 340 final.

3. *I tratti salienti delle comunità energetiche nella disciplina europea e nazionale*

In via complementare rispetto alla liberalizzazione, il legislatore europeo ha introdotto due istituti dotati di una forte carica innovativa, poiché ispirati ad una logica opposta di tipo partecipativo finalizzata ad incentivare, in vario grado, l'autoproduzione di energia elettrica e, in misura non necessariamente prevalente, l'autoconsumo: la comunità energetica rinnovabile e la comunità energetica dei cittadini.

In entrambi i casi, le comunità energetiche sono indubbiamente espressione di un fenomeno aggregativo dal basso, giacché organizzarsi in dette comunità è una facoltà riconosciuta ai singoli attori della filiera elettrica, con particolare riguardo a quelli che operano nei segmenti finali della stessa.

Il recepimento da parte del legislatore nazionale degli istituti di matrice europea è risultato in parte carente sotto almeno due aspetti: la tempestività e la fedeltà rispetto al testo della direttiva.

Riguardo al primo profilo, basti considerare che nessuna delle due direttive europee che hanno introdotto gli istituti che saranno di seguito analizzati è stata recepita nei termini e che con riferimento al mancato recepimento della direttiva del 2019 la Commissione Europea ha avviato nei nostri confronti una procedura d'infrazione formale¹².

Sotto il secondo profilo, invece, si avrà modo di mettere in evidenza i profili di deviazione della disciplina nazionale rispetto alla disciplina europea nell'analisi dei tratti salienti che segue per ciascuna tipologia di comunità. In via di sintesi, ad avviso di scrive, questi possono ricondursi a quattro: a) scopo; b) partecipazione; c) attività; d) forma giuridica.

Va inoltre preliminarmente sottolineato che, in relazione agli istituti in commento, paiono delinearci due distinti piani relazionali: quello che attiene alle posizioni giuridiche soggettive delle comunità e quello che attiene alle posizioni giuridiche soggettive dei membri di esse.

Con riferimento alle prime, a seconda delle caratteristiche proprie di ciascuno dei due modelli, la comunità sarà titolare di facoltà e di obblighi, vale a dire la comunità ha capacità di porre in essere negozi giuridici propri negli ambiti in cui essa può esplicare la propria attività sulla base del dettato normativo.

Con riferimento alle seconde, occorre precisare che i membri della comunità godono di un doppio *status* giuridico: quello derivante dalla qualifica di membro, da cui deriva una serie di diritti ed obblighi, esplicazione dell'autonomia negoziale che si sostanzia nei rapporti di diritto privato discendenti dal contratto di tipo associativo che costituisce la comunità; quello derivante dalla qualifica del singolo membro alla luce del diritto speciale europeo applicabile.

¹² Procedura d'infrazione n. 2021/0059.

A titolo esemplificativo, se un soggetto è qualificabile come cliente finale alla luce della disciplina settoriale in materia di energia elettrica, questo continuerà a mantenere inalterate le prerogative che da tale qualificazione discendono anche in caso di partecipazione alla comunità. Allo stesso modo, se il soggetto membro è un gestore di un sistema di distribuzione, manterrà invariata tale qualifica anche se l'attività di distribuzione dovesse essere attribuita alla comunità nel suo complesso.

Questa duplicità produce alcuni dubbi interpretativi in ordine alla concreta configurazione delle comunità, che saranno di volta in volta evidenziate nel corso della presente trattazione.

3.1. *La comunità energetica rinnovabile*

Le comunità energetiche rinnovabili trovano collocazione nel diritto europeo all'art. 22 della direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, il quale tuttavia presenta una disciplina essenziale che fissa i criteri cardine sottesi alla definizione del nuovo istituto, rimettendo in larga parte alla discrezionalità degli Stati membri la configurazione degli aspetti più propriamente applicativi.

Nel nostro ordinamento, la direttiva in esame ha avuto dapprima una provvisoria trasposizione ad opera dell'art. 42-bis del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162 come introdotto dal decreto mille proroghe 2020¹⁵ – limitatamente però al solo istituto in questione e, più genericamente, all'autoconsumo da fonti rinnovabili – poi è stato definitivamente recepito all'art. 31 del decreto legislativo n. 199 del 8 novembre 2021, questa volta di attuazione dell'intera direttiva del 2018.

a) Scopo

Cominciando l'analisi dal primo dei quattro elementi chiave sopra richiamati, è possibile rilevare immediatamente una discrasia tra la normativa europea e la normativa nazionale.

L'art. 2 punto 16 della direttiva stabilisce infatti che la comunità persegue lo scopo principale di «fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari». Al contrario, per l'art. 31 del citato d.lgs. n. 199/2021 l'obiettivo principale della comunità è quello di «fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari».

Il confronto tra il testo delle due disposizioni appena riportate induce a svolgere tre considerazioni.

¹⁵ Decreto conv. con mod. dalla l. 28 febbraio 2020 n. 8.

In primo luogo, non si può non evidenziare l'assai peculiare ricorso da parte di entrambe le norme all'espressione "profitti finanziari", il cui significato in relazione al caso di specie appare quantomeno oscuro e apre a due alternative: o si intende tale espressione in senso lato, quale l'utilizzo impreciso da parte del legislatore europeo (e *oborto collo* anche di quello nazionale) dell'aggettivo finanziario, ritenendo perciò che la *voluntas legis* sia nel senso di riferirsi più latamente ai profitti *tout court*, dunque un riferimento in ultima istanza allo scopo di lucro; o si intende l'espressione in senso più restrittivo, intendendo dunque la specificazione quale riferimento a possibili plusvalenze finanziarie accessorie rispetto all'attività principale.

Sul piano sistematico pare preferibile la prima lettura, dal momento che la seconda porterebbe all'applicazione di un divieto assai puntuale – limitato cioè alla dimensione finanziaria di eventuali profitti e dunque, in ultima analisi, alla capacità di questi soggetti di accedere a strumenti finanziari con gli utili generati dall'attività economica loro propria – che non ha precedenti in materia di capacità imprenditoriale di soggetti giuridici sia pubblici che privati, e imporrebbe dunque una più precisa definizione delle caratteristiche di tale divieto al fine di renderlo applicabile.

In secondo luogo, non si può non sottolineare una erronea trasposizione da parte del legislatore italiano del contenuto della direttiva in punto di scopo. Quest'ultimo infatti esclude la possibilità che le comunità in questione possano perseguire uno scopo di lucro (*«e non quello di»*), laddove la direttiva fa divieto che il lucro sia lo scopo principale (*«piuttosto che»*).

Questa limitazione dello scopo introdotta dal legislatore nazionale non pare consentita dalla direttiva europea, che sul punto non ammette discrezionalità degli Stati membri. Non è perciò immune da eventuali censure da parte della Commissione europea.

In terzo luogo, posto che lo scopo di lucro non debba essere l'obiettivo prioritario delle comunità, le disposizioni in commento mettono in risalto lo scopo mutualistico di queste che si concretizza nella realizzazione di benefici ambientali, economici e sociali rilevanti tanto all'interno nei confronti dei partecipanti quanto all'esterno nei confronti di non meglio specificate "aree locali" in cui la comunità si trova ad operare.

b) Partecipazione

Venendo ora al secondo elemento di ordine soggettivo, si è già detto che nell'ottica del legislatore europeo le comunità sono espressione di un fenomeno aggregativo. Nel caso di specie la comunità di energia rinnovabile coinvolge soggetti che fino ad ora sono stati considerati come l'ultimo segmento di una visione lineare della filiera energetica che va idealmente dalla produzione di energia fino alla sua utilizzazione finale. La Direttiva del 2018, in cambio, mira a stravolgere

l'impostazione industriale tradizionale del settore introducendo forti elementi di circolarità della filiera laddove concede ai consumatori finali dell'energia di divenire al contempo produttori, con neologismo anglosassone *prosumers*¹⁴.

L'art. 22 della direttiva, infatti, impone agli Stati membri di garantire che «i clienti finali, in particolare i clienti domestici, abbiano il diritto di partecipare a comunità di energia rinnovabile, mantenendo al contempo i loro diritti o doveri in qualità di clienti finali». Quali siano precisamente questi “diritti” o “doveri” non è espressamente stabilito, così come non è stabilito dalla direttiva all'art. 2 sulle definizioni cosa debba intendersi per clienti finali.

Quest'ultima espressione sembra ricalcare invero la qualifica costantemente attribuita dalle direttive in materia di energia elettrica al «cliente che acquista energia elettrica per uso proprio»¹⁵.

In questo modo si spiega perché, secondo le disposizioni prima menzionate, possono partecipare alla CER solo «persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale», con esclusione di quelle imprese per le quali questa partecipazione costituisca attività commerciale e industriale principale. Queste ultime infatti non avrebbero la qualifica di clienti finali nel senso sopra precisato.

In questa prospettiva, in assenza di chiare definizioni nel senso sopra precisato, pare plausibile ritenere che i membri della CER mantengano la loro qualifica di cliente finale anche nel caso in cui la partecipazione alla comunità *de jure et de facto* sottragga questi alle ordinarie regole di mercato previste dalla disciplina settoriale.

Nel silenzio di entrambe le disposizioni, anche in parallelo con quanto si dirà appresso per le CEC, quanto ai diritti e ai doveri dei clienti finali, letto in disposto con l'art. 22 par. 4 lett. f) secondo cui la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile deve essere aperta a tutti i consumatori, è stato inteso da alcuni nel senso che i membri delle CER manterrebbero il diritto proprio dei clienti finali dell'energia elettrica di cambiare fornitore, come sancito dall'art. 12 della direttiva 2019/944/UE¹⁶.

¹⁴ Il termine *prosumer* è un neologismo coniato A. TOFFLER, *La terza ondata*, (ed. it. a cura di L. BERTI), Milano, Sperlin e Kupfer, 1987 che deriva dall'unione dei termini *producer* (produttore) e *consumer* (consumatore). Numerosi contributi si sono occupati di questa figura con riferimento al settore energetico, tra questi sia consentito rimandare a A.M. BENEDETTI, *Lo scambio dei ruoli ovvero l'utente che produce energia: la regolazione convenzionale dello «scambio sul posto»*, in *Annuario di diritto dell'energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili* a cura di G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 189, D. MURRU, *La regolazione dei prosumer*, in *La Transizione Energetica* a cura di L. AMMANNATI, Giappichelli, Torino, 159 e, da ultimo a R. MICCÙ, M. BERARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *federalismi.it* 4, 2022, 621.

¹⁵ Così anche nel quadro normativo vigente l'art. 2 punto 13) della direttiva 2019/944/UE.

¹⁶ R. MICCÙ, M. BERARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, cit., 632.

Il ricorso al termine consumatore anziché cliente finale, potrebbe far propendere per il riconoscimento del diritto di “libera uscita” solo a quei clienti finali che siano qualificabili anche come consumatori ai sensi del codice del consumo.

Ne deriva che a questi continueranno comunque a fruire dei diritti previsti dalla direttiva 2019/944/UE alla cui analisi si rinvia, primo fra tutti il diritto di cambiare fornitore.

L'applicazione *sic et simpliciter* alle comunità del diritto di cambiare fornitore, tipico di una logica di mercato concorrenziale, è destinata tuttavia ad avere rilevanti ripercussioni riguardo all'esigenza opposta delle comunità di mantenere un'adeguata stabilità interna soprattutto laddove questa si faccia carico di rilevanti investimenti al fine di realizzare il proprio scopo sociale.

In altri termini, se il diritto del cliente finale di recedere *ad nutum* dai contratti di fornitura ha una sua logica in un'ottica pro-concorrenziale, esso appare meno coerente nella logica mutualistica che invece caratterizza l'istituto in commento¹⁷. Nel primo caso infatti, posto che il rapporto che si instaura tra venditore al dettaglio e cliente finale è un rapporto sinallagmatico ascrivibile ad un contratto di somministrazione per adesione, il diritto in esame evita che il venditore possa contrattualmente inserire costi di transizione (ad esempio, penali per recesso dal contratto prima di un certo termine) aventi un effetto distorsivo della concorrenza. Per contro, nel caso di adesione volontaria ad una comunità energetica e dunque di compartecipazione agli investimenti in impianti da fonti rinnovabili che in varia misura ciò comporta, la possibilità del membro avente qualifica di cliente finale di recedere *ad nutum* dal contratto può comportare dei disequilibri rispetto al piano industriale della comunità.

Sul punto, in assenza di un chiaro riferimento normativo, sarebbe corretto estendere per analogia l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2019/944/UE di cui oltre.

In realtà, un riferimento normativo chiaro poteva rinvenirsi nella disciplina transitoria dettata in materia dall'art. 42 bis del d.l. n. 162/2019 prima citato laddove si prevedeva espressamente che i membri mantenessero «i loro diritti di cliente finale, compreso quello di scegliere il proprio venditore» e soprattutto che questi potessero «recedere in ogni momento dalla configurazione di autoconsumo, fermi restando

¹⁷ Contrario al riconoscimento di una facoltà di recesso *ad nutum* è anche E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in Orizz. Dir. Comm., 2020, 143 secondo cui «il membro della comunità che non sta avvalendosi di alcun servizio di fornitura o di aggregazione può non essergli riconosciuto il recesso *ad nutum*, quando sceglie il proprio fornitore o aggregatore, non essendovi nel caso di specie alcun cambio di erogatore del relativo servizio». Sul punto sia consentito di dissentire, proprio in ragione delle considerazioni sopra esposte circa il duplice piano di rapporti che si instaurano tra comunità e membri. Condivisibile invece appare l'ulteriore considerazione dello stesso Autore secondo cui il recesso *ad nutum* è meccanismo che non trova riscontro nei modelli associativi del codice civile, tutti estranei alla logica della partecipazione aperta, E. CUSA, *Gli utilizzatori dei marchi collettivi*, in AIDA 2015 a cura di L.C. UBERTAZZI, 2015, Milano, Giuffrè, 323.

eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, che devono comunque risultare equi e proporzionati».

Questa seconda disposizione appare particolarmente pregevole nell'ottica di perseguire un equo bilanciamento tra la tutela della flessibilità della posizione del singolo membro, da un lato, e la protezione della certezza dei rapporti interni alla comunità, tanto in senso orizzontale tra i membri quanto in senso verticale tra i membri e la comunità – soggetto giuridico. La soluzione adottata dal legislatore del 2019 in effetti rimetteva la definizione del bilanciamento all'autonomia negoziale delle parti, attribuendo semmai al giudice il giudizio circa l'equità e la proporzionalità di detti meccanismi.

Aldilà del dato normativo, questa soluzione può essere ritenuta un ottimale metro di comparazione al fine di risolvere la questione in una prospettiva futura.

c) Attività

Quanto all'ambito di applicazione oggettiva della normativa in esame, occorre preliminarmente precisare che la direttiva del 2018 trova applicazione tanto nei confronti della produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile quanto nei confronti della produzione di energia termica dalla stessa fonte.

Il riferimento alla nozione di cliente finale, nel senso sopra precisato, non presente per quanto concerne la disciplina dell'energia termica, non dovrebbe tuttavia lasciare propendere per una limitazione dell'oggetto delle CER alla sola energia elettrica. In effetti, l'art. 22 della direttiva parla genericamente di "energia da fonte rinnovabile", con ciò dovendosi necessariamente intendere entrambe le energie, sulla base del presupposto che là dove il legislatore della direttiva ha inteso riferirsi specificamente ad una di esse lo ha fatto¹⁸.

Sul punto il legislatore nazionale chiarisce la portata delle CER prevedendo all'art. 31 comma 2 lett. f) del d.lgs. n. 199/2021 che «*la comunità può produrre altre forme di energia da fonti rinnovabili finalizzate all'utilizzo da parte dei membri*».

Va da sé comunque che, sebbene sia teoricamente ipotizzabile una CER che produca esclusivamente energia termica, sul piano pratico è assai più probabile che nel caso in cui la CER produca anche energia termica, questa sia il risultato della produzione di energia elettrica attraverso la c.d. cogenerazione.

Quanto invece alle attività dell'attuale filiera del settore elettrico che le CER possono legittimamente espletare, esse attengono essenzialmente alla produzione, allo stoccaggio e alla vendita all'ingrosso o al dettaglio¹⁹. La direttiva del

¹⁸ Così, ad esempio, l'art. 21 dedicato agli autoconsumatori di energia da fonti rinnovabili) prevede espressamente che questi possano «produrre energia rinnovabile, anche per il proprio consumo; immagazzinare e vendere le eccedenze di produzione di energia elettrica rinnovabile».

¹⁹ Lo stoccaggio ha una sua compiuta definizione oggi all'art. 3 comma 6 del d.lgs. 8 novembre 2021 n. 210. Quanto all'attività di vendita, invece, essa deve essere ritenuta ammessa in linea

2018 prevede infatti che le comunità possano «*produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile*», oltre che ovviamente «*scambiare, all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta*».

Dalla lettera dell'art. 22 par. 4 lett. b) della direttiva si evince poi che dette comunità possano anche fornire «*servizi di aggregazione, o altri servizi energetici commerciali*». Più specifica, invece, appare la disposizione di cui al comma 2 lett. f) del citato art. 31 laddove si legge che, in coerenza con lo scopo imposto dal solo legislatore nazionale, la CER può «*promuovere interventi integrati di domotica, interventi di efficienza energetica, nonché offrire servizi di ricarica dei veicoli elettrici ai propri membri e assumere il ruolo di società di vendita al dettaglio e può offrire servizi ancillari e di flessibilità*».

Va detto peraltro che sempre in base all'articolo della disciplina nazionale in commento, le descritte attività sono indicate secondo un criterio di priorità. Si dispone infatti che l'energia autoprodotta sia utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo *in situ* o, alternativamente, per la condivisione interna, residuando la possibilità di accumulo o di vendita solo per la parte eccedente il fabbisogno in tempo reale della comunità²⁰. Questo ordine di priorità è tuttavia assente nella disciplina europea.

Ancora una volta le disposizioni richiamate rimarcano la diversa impostazione di fondo tra le due legislazioni sopra illustrate con riferimento allo scopo. La direttiva consente infatti alla CER di offrire altri servizi energetici “commerciali”, presupponendo dunque che sempre secondo un criterio di non prevalenza, la comunità possa offrire servizi a mercato. Diversamente, i servizi accessori previsti dal legislatore italiano e la possibile attribuzione di “società di vendita al dettaglio” sembrerebbero contraddire l'assenza di scopo di lucro, al netto delle considerazioni che saranno svolte nel prosieguo.

Inoltre, non può sollevare una certa perplessità il riferimento del legislatore nazionale allo strumento societario. Parrebbe trattarsi assai probabilmente di una imprecisione terminologica dal momento che l'attività di vendita dell'energia elettrica è definita libera dall'art. 1 del decreto legislativo 16 marzo, n. 79/1999 e che il decreto in questione non pone particolari limitazioni soggettive all'esercizio delle attività in esso contemplate. Ne deriva perciò che quale che sia la forma giuridica prescelta dalla costituenda comunità, questa dovrebbe poter svolgere questa attività accessoria al pari delle comunità costituite in forma societaria. Inoltre, vale forse la pena di sottolineare che l'attività di “vendita al dettaglio” non è formalmente prevista tra le attività del settore elettrico disciplinate dalle direttive del pacchetto energia e, conseguentemente dal decreto del 1999. La distinzione tra attività di vendita “all'ingrosso” e di vendita “al dettaglio” di derivazione dal settore del commercio, sebbene generalmente utilizzata nel

di principio tanto la vendita all'ingrosso quanto quella ai clienti finali, dal momento che ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 79/1999 entrambe sono attività libere.

²⁰ In questo senso si esprime anche ARERA nella delibera n. 318/2020/R/EEL.

linguaggio comune, si ricava semmai nella disciplina appena richiamata dalla definizione di matrice eurounitaria di cliente grossista, come «qualsiasi persona fisica o giuridica che acquista energia elettrica a scopo di rivendita all'interno o all'esterno del sistema in cui è stabilita».

d) Forma giuridica

Anche con riferimento alla veste giuridica che queste comunità possono assumere è lecito mettere in luce una discrasia tra normativa europea e nazionale. In linea con la consueta neutralità del diritto europeo, la direttiva nulla dispone. All'opposto il più volte citato art. 31 prevede esplicitamente che la CER sia un "soggetto di diritto autonomo", il quale, stante la congerie di soggetti ammessi a partecipare, non può che avere natura associativa di diritto privato.

Avendo riguardo a ciò, tre aspetti appaiono maggiormente rilevanti.

Il primo aspetto riguarda l'attribuzione di soggetto di diritto autonomo alla comunità. Questo lascia presupporre che nel nostro ordinamento le CER siano dotate di personalità giuridica.

Il secondo aspetto riguarda l'esercizio dei poteri di controllo in seno al nuovo soggetto giuridico. *Ca va de soi*, la direttiva non affronta il tema. La disposizione italiana contiene invece la pleonastica precisazione secondo cui i poteri di controllo in relazione a tali soggetti possono appartenere solo ai medesimi soggetti ammessi dalla legge a partecipare (*sic!*). Mentre il regolatore nazionale ha aggiunto che la comunità – soggetto giuridico è controllata «da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione»²¹. Si presume che per "vicinanze" l'Autorità abbia inteso riferirsi alla cabina di derivazione primaria, estensione massima che tali comunità possono raggiungere. Anche qui tuttavia non può non cogliersi la deriva tautologica della definizione.

Il terzo elemento riguarda le modalità di partecipazione, di cui si è già detto al punto precedente. Nella prospettiva che qui preme, la facoltà per i membri di recedere dal contratto di comunità deve necessariamente trovare riscontro nelle modalità di recesso previste per ciascuno dei modelli tipizzati, anche al fine di valutare possibili deroghe rispetto allo schema tipico.

3.2. La comunità energetica dei cittadini

La comunità energetica dei cittadini (CEC), trova collocazione invece nell'ultimo pacchetto energia, più precisamente all'art. 16 della direttiva 2019/944/UE. Anche questa norma segue il medesimo approccio descritto in relazione alla

²¹ ARERA delibera n. 318/2020/R/EEL.

CER, limitandosi perciò a fornire i requisiti ed i criteri fondamentali cui queste comunità devono conformarsi.

Nel nostro ordinamento l'istituto è stato recepito all'art. 14 del decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 210, mettendo così fine alla procedura d'infrazione n. 2021/0059 avviata nei confronti del nostro Paese per mancato recepimento entro il 31 dicembre 2020 della direttiva.

Rispetto alle comunità di energia rinnovabile appena descritte le comunità energetiche dei cittadini presentano fondamentali elementi di differenziazione, che per maggiore semplicità espositiva sono di seguito suddivisi in base ai quattro elementi già presi a riferimento.

a) Scopo

La discrasia prima evidenziata tra normativa europea e nazionale rispetto allo scopo delle CER si avverte in maniera ancora più evidente con riferimento alle CEC.

La direttiva 2019/944/UE riporta infatti la medesima espressione già richiamata con riferimento all'altra tipologia di comunità.

Per converso e sorprendentemente, il legislatore nazionale stabilisce che l'atto costitutivo della CEC *«deve individuare quale scopo principale il perseguimento, a favore dei membri o dei soci o del territorio in cui opera, di benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, non potendo costituire i profitti finanziari lo scopo principale della comunità»*.

Orbene, a parità di definizioni nelle direttive europee, il legislatore ammette che le CEC possano ricercare il conseguimento di profitti – sull'aggettivazione si rimanda a quanto già detto in precedenza – seppure in misura non prevalente rispetto allo scopo solidaristico. Questa vulgata appare certamente più coerente con la direttiva rispetto all'impostazione seguita per le CER, sebbene non si comprendano del tutto le ragioni della divergenza. Rispetto a due definizioni identiche fornite dal legislatore europeo, il legislatore nazionale conferma ancora una volta una certa "elasticità" nell'interpretazione dei testi delle direttive.

Le ragioni della mancata esclusione espressa dello scopo di lucro in questo caso pare in realtà comprendersi meglio in relazione alla partecipazione e alle attività che queste comunità possono espletare.

In altri termini, pur privilegiando un approccio di tipo solidaristico, l'ampia gamma di attività che queste comunità possono espletare (ivi compresa la fornitura di energia a membri che non sono al contempo produttori, per esempio) rende del tutto coerente la possibilità che vi siano imprese pubbliche o private che generino profitti dalla partecipazione alle comunità fornendo l'energia da loro prodotta ai membri di queste o, per la quantità di energia prodotta in eccesso rispetto alla domanda della comunità, anche a terzi.

Queste comunità non sono affatto estranee invero alla logica di mercato. Ciò deve ritenersi consentito, sempreché resti il vincolo solidaristico tra gli appartenenti alla comunità, vale a dire che l'unico ed esclusivo scopo di questa non sia la creazione di un mercato chiuso ai non membri, con evidente distorsione delle regole generali previste dal decreto n. 79/1999 di liberalizzazione del settore elettrico. Come si legge al considerando (46), infatti, *«le comunità energetiche dei cittadini costituiscono un nuovo tipo di soggetto in virtù della loro struttura di affiliazione, dei loro requisiti di governance e della loro finalità. Dovrebbero poter operare sul mercato a condizioni paritarie, senza recare distorsioni alla concorrenza»*.

Per il diritto europeo, dunque le CEC sono dei veri e propri soggetti che operano sui mercati del settore elettrico in concomitanza con le imprese “tradizionali” presenti nel settore. Pur iscrivendosi anche queste comunità in una logica partecipativa – aggregativa come le precedenti, il perseguimento di uno scopo di lucro da parte di alcuni membri della comunità non è escluso, sebbene questo non possa assurgere allo scopo principale della comunità.

b) Partecipazione

Sotto il profilo soggettivo, l'adesione a dette comunità è aperta a tutti i soggetti interessati, pubblici o privati. Non è prevista perciò alcuna limitazione rispetto ai soggetti imprenditoriali, come è prevista per le CER.

Possono partecipare a queste comunità perciò anche soggetti privati o società pubbliche che esercitino in via prevalente attività economiche connesse al settore elettrico. Con riguardo a questi ultimi, il considerando (44) si limita infatti ad affermare che *«i poteri decisionali all'interno di una comunità energetica dei cittadini dovrebbero essere riservati a quei membri o soci che non esercitano un'attività commerciale su larga scala e per i quali il settore energetico non costituisce uno degli ambiti principali dell'attività economica»*. A questa affermazione non corrisponde però alcuna prescrizione nell'articolato della direttiva, per cui essa deve essere interpretata come un mero orientamento fornito dalle Istituzioni europee, non già un obbligo per gli Stati Membri.

D'altronde, l'art. 14 del d.lgs. n. 210/2021 non contiene specifiche prescrizioni sul punto, limitandosi a recepire la possibilità di partecipare in capo a tutti i soggetti interessati a prescindere dalla loro qualificazione alla luce della disciplina settoriale in materia di energia elettrica.

Anche in questo caso i diritti e gli obblighi associati allo *status* di membro della comunità variano a seconda della qualifica del singolo partecipante alla luce della normativa settoriale in materia di energia elettrica.

Così, in linea con la corrispondente disposizione europea, l'art. 14 comma 4 lett. a) consente ai membri di recedere con le medesime garanzie e i medesimi diritti previsti dall'art. 7, mentre la successiva lett. b) stabilisce che i membri

mantengono i diritti e gli obblighi legati alla loro qualità di clienti civili ovvero di clienti attivi²².

Ne deriva perciò che tutti i membri della comunità hanno diritto di recedere liberamente dal contratto associativo, mentre qualora questi abbiano anche la qualifica di clienti finali potranno vantare oltre a ciò gli ulteriori diritti a questo riconosciuti dal d.lgs. n. 210/2021²³.

Con riferimento al primo diritto, va segnalato che anche l'art. 14 in commento presenta un meccanismo di bilanciamento tra l'esigenza di flessibilità nella partecipazione e di stabilità dei rapporti sopra evidenziata con riferimento alle CER. Il comma 5 consente infatti alla comunità di prevedere il pagamento di una somma di danaro in caso di recesso anticipato che in ogni caso deve risultare proporzionata e non può comunque eccedere la perdita economica direttamente subita dalla comunità a seguito dello scioglimento anticipato del vincolo, anche in relazione ai costi legati a eventuali pacchetti di investimenti o servizi già forniti al membro.

c) Attività

Sotto il profilo oggettivo, le attività che queste comunità possono esercitare non sono limitate all'autoproduzione/autoconsumo in via prioritaria, come abbiamo visto prima per le CER.

Sul punto normativa europea e nazionale sono coerenti sancendo la partecipazione della comunità a tutte le attività previste dalla disciplina settoriale.

Sul punto, mentre il legislatore europeo stabilisce in termini generali che queste comunità possano «*accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica*», la normativa italiana appare più specifica, poiché consente loro di «*partecipare agli ambiti costituiti dalla generazione, dalla distribuzione, dalla fornitura, dal consumo, dall'aggregazione, o dallo stoccaggio dell'energia elettrica ovvero dalla prestazione di servizi di efficienza energetica, di servizi di ricarica dei veicoli elettrici o di altri servizi energetici*».

Resta esclusa da questo ambito l'attività di trasmissione che per ovvie ragioni non rileva nel caso in esame in quanto di dimensione necessariamente nazionale.

In questa prospettiva particolare attenzione va rivolta all'attività di distribuzione, per la quale la direttiva conferisce agli Stati membri «*il potere di autorizzare le comunità energetiche dei cittadini a diventare gestori del sistema di distribuzione nell'ambito del regime generale o quali gestori del sistema di distribuzione chiuso*» (Considerando 47).

Così, l'art. 14 comma 7 della legge nazionale prevede che nei casi di gestio-

²² Ai sensi delle definizioni contenute all'art. 2 della direttiva 2019/944/UE, cliente civile è quello che acquista energia elettrica per il proprio consumo domestico, escluse le attività commerciali o professionali; cliente attivo, invece, è quello che consuma o conserva l'energia elettrica prodotta nei propri locali oppure vende l'energia elettrica autoprodotta.

²³ Tra questi, ad esempio, rientrano anche gli ulteriori "diritti contrattuali dei clienti finali" di cui all'art. 5 del medesimo decreto.

ne della rete di distribuzione da parte della comunità, queste possano richiedere una previa autorizzazione del Ministero della transizione ecologica al fine di stipulare una convenzione di sub-concessione con l'impresa di distribuzione concessionaria della porzione di rete interessata²⁴. Le reti di distribuzione gestite dalle comunità energetiche dei cittadini sono così equiparate alle «*reti pubbliche di distribuzione con obbligo di connessione dei terzi, indipendentemente dalla proprietà della rete*».

L'espressione non particolarmente precisa del legislatore sta ad indicare che le CEC possono anche divenire subconcessionari delle reti pubbliche di distribuzione. Come conseguenza saranno soggette alla medesima attività regolatoria prevista dall'ARERA per questa attività ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 79/1999. In costanza del rapporto sub-concessorio potranno semmai realizzare investimenti per migliorare od estendere ulteriormente il sistema di distribuzione, con la precisazione – come già avviene – che le opere infrastrutturali eventualmente realizzate sono di proprietà della comunità fino alla scadenza della sub-concessione, salvo poi successivamente essere acquisiti al patrimonio indisponibile degli enti competenti, previa corresponsione del valore di subentro da parte del nuovo concessionario/sub-concessionario.

Peraltro, il legislatore nazionale sembra ampliare ancora di più il novero delle attività consentite, non tanto in relazione ai servizi legati alla mobilità elettrica, che pur non essendo ricompresi nei tradizionali mercati di cui si compone la filiera, trovano oggi il loro ingresso nella regolamentazione del settore all'art. 33 della citata direttiva, quanto piuttosto in relazione al rendimento energetico e, più in generale, agli “altri servizi energetici”. L'impostazione del diritto nazionale apre perciò alla possibilità per le CEC di agire come E.S.CO. e di concludere con i propri membri e anche con i terzi (non ci sono divieti di sorta) contratti di rendimento energetico, anche noti nella prassi internazionale come EPC (*Energy Performance Contracts*). Inoltre, il vago riferimento a non meglio definiti servizi energetici altri, lascia intendere la *voluntas legis* di non irrigidire con una predeterminazione legislativa puntuale l'azione di queste comunità.

Ciò sta a significare che, almeno secondo le intenzioni del legislatore nazionale e in parte anche di quello europeo, queste comunità possono potenzialmente aspirare alla completa autosufficienza energetica, fornendo ai propri membri tutta la gamma di servizi correlati all'uso di energia elettrica.

d) Forma giuridica

Anche con riferimento alle CEC non troviamo particolari prescrizioni in merito alla forma giuridica che queste devono assumere.

²⁴ Queste a norma dell'art. 9 del d.lgs. n. 79/1999 continuano ad essere le imprese distributrici che già operavano alla data di entrata in vigore della l.n. 1643/1962, oggi prevalentemente appartenenti al gruppo ENEL e quelle società cooperative di produzione e distribuzione che furono esentate dalla nazionalizzazione.

Per quanto concerne il diritto europeo, vale quanto già detto circa la neutralità delle forme. Per quanto riguarda il diritto nazionale, invece, esso si limita ad affermare che la comunità energetica dei cittadini è un soggetto di diritto privato che può assumere qualsiasi forma giuridica. Restano perciò invariate anche rispetto a questa seconda tipologia di comunità le considerazioni svolte in punto di forma giuridica della prima tipologia.

4 *La partecipazione degli enti locali alle comunità energetiche*

Delineate nei loro tratti essenziali le caratteristiche delle comunità energetiche, centrale per l'analisi in corso diviene adesso valutare quali implicazioni possa avere la partecipazione a queste da parte degli enti locali e dei soggetti da questi controllati.

Entrambi gli istituti di origine eurolunitaria riconoscono, si è visto, la facoltà per le pubbliche amministrazioni di divenirne membri. Si è detto poi in apertura che nel nostro ordinamento la dimensione locale delle comunità e il tradizionale ruolo degli enti locali nel soddisfare i bisogni delle collettività di riferimento anche attraverso la produzione di beni e servizi, rende questi probabili protagonisti del cambiamento energetico nel prossimo futuro.

L'esame prima svolto circa gli elementi chiave delle comunità porta inevitabilmente ad interrogarsi sulle conseguenze connesse alla partecipazione di soggetti pubblici *à droit administratif*, al fine di sciogliere alcuni nodi fondamentali riguardo in particolare a: a) la sottoposizione alle regole della contrattualistica pubblica; b) la compatibilità con il regime degli aiuti di stato; c) la forma giuridica che queste possono concretamente assumere.

In ordine al primo punto, è necessario tenere distinti due piani: il piano del rapporto associativo che lega il membro alla comunità e il piano del rapporto giuridico che si instaura tra il membro e la comunità rispetto all'erogazione dei servizi e dei beni. In altri termini, la questione dell'applicazione del codice dei contratti pubblici va considerata tanto in relazione alla partecipazione dell'ente pubblico al contratto associativo, quanto in relazione all'affidamento dei contratti di servizi o di forniture (somministrazione di energia) tra la comunità-soggetto giuridico e l'ente.

Del primo si è già detto in precedenza e si tornerà a dire in sede di approfondimento del terzo punto. Per il momento basti qui considerare che è pacifico che la scelta da parte dell'ente pubblico di partecipare alla comunità, esuli dall'ambito di applicazione oggettivo del codice, poiché appunto non attiene ad un contratto commutativo a titolo oneroso, quali i contratti pubblici definiti dall'art. 3 del decreto legislativo 16 aprile 2016, n. 50.

Del secondo, invece, va detto che di esso si può trovare un'esplicita rego-

lamentazione all'art. 14 comma 5 del d.lgs. n. 210/2010 laddove, con una formulazione invero assai poco felice, si stabilisce che «i membri o soci delle comunità energetiche dei cittadini regolano i loro rapporti tramite un contratto di diritto privato, individuando un soggetto responsabile, ivi inclusi la Comunità stessa, un membro o socio di essa o un soggetto terzo».

Avendo riguardo a questi contratti, la questione è di ben più ardua soluzione.

È fuori di dubbio infatti che i rapporti negoziali che si instaurano tra comunità e membri siano contratti commutativi a titolo oneroso che rientrano astrattamente nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici. Questo vale tanto per la somministrazione di energia ai propri membri, quanto per i servizi accessori²⁵.

In questa prospettiva, la partecipazione degli enti pubblici alle comunità energetiche pone effettivamente dei problemi di compatibilità con le regole dell'evidenza pubblica. È assai noto infatti, che a seguito delle posizioni assunte nel tempo dalla giurisprudenza europea, le uniche modalità ammesse di affidamento diretto di un contratto pubblico in alternativa all'evidenza pubblica sono nei confronti di un soggetto giuridico che sia in una relazione *in house providing* con l'amministrazione aggiudicatrice o che sia stato selezionato a seguito di una gara a doppio oggetto²⁶.

In linea di principio e *de jure condito*, dunque, la partecipazione alla comunità energetica di un ente pubblico non esimerebbe lo stesso dall'affidare a seguito di gara la somministrazione dell'energia e/o i servizi energetici, qualora questi configurino un appalto di forniture o un appalto di servizi nell'ottica del diritto europeo dei contratti pubblici. Seguendo questo ragionamento, dunque, l'unico modo per la comunità di esercitare la propria attività nei confronti dell'ente pubblico membro sarebbe l'aggiudicazione della gara da questo indetta per l'affidamento dell'appalto.

Ciò nondimeno, una tale impostazione porta ad una contraddizione. La partecipazione alla gara della comunità produce *ex natura* un'alterazione dei mercati di riferimento incompatibile con il principio di concorrenza. Si è visto infatti che lo scopo perseguito attraverso una partecipazione è il conseguimento di benefici sociali, ambientali e anche economici. Il vincolo mutualistico che caratterizza questi nuovi soggetti rispetto ai propri membri li colloca al di fuori delle logiche di mercato per quanto concerne i rapporti interni, ragion per cui eventuali ope-

²⁵ Anche nella sua configurazione più semplice, di comunità che si occupa esclusivamente di regolare lo scambio di energia prodotta e consumata dai membri, ciascun membro stipula un contratto di somministrazione di energia con eventuale permuta per quella parte di energia prodotta dai propri impianti. A maggior ragione nei casi in cui la comunità stessa è titolare di impianti che producono energia elettrica da somministrare ai propri membri o, ancora, nel caso in cui la comunità offra servizi di rendimento energetico, di mobilità elettrica e quant'altro.

²⁶ La costruzione operata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dei due istituti è assai nota a partire dalla sentenza *Teekal* (CGUE causa C-107/98) per il primo e dalla sentenza *Acoset* (CGUE causa C-196/08).

ratori economici terzi non sarebbero messi in condizioni di partecipare ad armi pari alla gara.

L'aperta violazione del principio di concorrenza, riconosciuta in casi analoghi dalla Corte di Giustizia ogni qualvolta le amministrazioni utilizzano modalità di affidamento in contrasto con le regole di mercato, porta alla contraddizione per cui le pubbliche amministrazioni sarebbero legittimate a partecipare alle comunità dalla normativa sopra richiamata, salvo poi non poter fruire delle prestazioni di questa perché contrarie al principio di concorrenza²⁷.

Un modo per uscire dall'*empasse* sarebbe ritenere che le disposizioni in materia di comunità energetiche configurino esse stesse norme derogatorie rispetto all'evidenza pubblica, introducendo una modalità di affidamento diretto altra rispetto a quelle già contemplate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, ovvero che queste siano escluse dall'ambito di applicazione del codice, in quanto afferenti alla sfera dell'autoproduzione. Sul punto si avrà modo di ritornare nelle conclusioni.

In ordine al secondo punto, la presenza di pubbliche amministrazioni e imprese all'interno della comunità e, in ragione di ciò, la compresenza di fonti di finanziamento pubbliche e private in relazione all'attività della comunità, impone di affrontare la questione se eventuali benefici economici riconosciuti alle imprese partecipanti (fra tutti, un minor costo dell'energia) possa o meno configurare un aiuto di Stato.

Si è visto infatti che la disciplina in materia di CER consente la partecipazione alle PMI, mentre la disciplina in materia di CEC non pone limiti espliciti alla partecipazione di imprese. Per contro, è superfluo aggiungere che la normativa europea degli aiuti di Stato non trova applicazione quando il partecipante è qualificabile come consumatore.

La risposta a questo secondo quesito è assai più semplice. Dall'analisi in merito all'elemento della partecipazione emerge infatti che gli istituti europei in commento hanno una struttura aperta, tale da ritenere insussistente nel caso di specie il carattere della selettività, che dalla sentenza *Altmark* in poi è elemento essenziale di una misura qualificabile come aiuto di Stato²⁸.

Peraltro, è forse il caso di precisare che non contrasta con l'elemento della selettività la previsione statutaria di una comunità che, compatibilmente con quanto sopra descritto, subordini l'ingresso e l'uscita dei membri al ricorrere di determinate condizioni – in relazione, si è detto ad esempio, agli investimenti effettuati etc... – purché queste condizioni siano applicabili a tutti i membri o a determinate categorie di questi, senza discriminazione. Il requisito della selettività si avvera infatti in relazione al mercato di riferimento, per cui se dette condizioni si applicano indistintamente a una o più categorie di soggetti, possono non

²⁷ CGUE, causa c-159/11 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*.

²⁸ CGUE causa c-280/00 *Altmark*.

generare alterazioni dei livelli concorrenziali tali da contrastare con la normativa in materia di aiuti di Stato.

5. *Le forme giuridiche che le comunità partecipate dagli enti locali possono assumere in concreto*

La disciplina positiva relativa ai due istituti risulta essere piuttosto scarna circa la forma giuridica che queste potranno assumere, limitandosi a contemplare che le nuove comunità vedranno la luce necessariamente quali contratti associativi di diritto privato²⁹.

In via preliminare rispetto all'analisi che si è in procinto di compiere, è bene rammentare che le comunità energetiche sono configurate dalla disciplina sopra descritta quali centri autonomi di imputazione di rapporti giuridici. Questa caratteristica dunque determina nel nostro ordinamento la necessità di esplorare i modelli in grado di attribuire a questi personalità giuridica, dal momento che l'attribuzione di soggettività giuridica deve ritenersi non solo un fenomeno fortemente derogatorio rispetto alla regola generale, e dunque limitato esclusivamente a quella casistica in cui – *faute de mieux* – giurisprudenza e dottrina hanno finito per attribuire un grado di autonomia attenuata a situazioni in cui si registravano de facto centri di imputazione di rapporti giuridici.

Inoltre, l'attribuzione della personalità giuridica consente di attuare la *fiction* dello schermo della responsabilità dei membri, presupposto indefettibile se si vuole attribuire alle comunità un'autonoma capacità di effettuare gli investimenti necessari allo sviluppo della produzione da fonti rinnovabili, data la congerie di soggetti che possono ambire allo *status* di membro secondo quanto detto in precedenza.

A tal proposito, nel nostro ordinamento l'acquisizione della personalità giuridica può esclusivamente seguire tre percorsi distinti: a) il riconoscimento prefettizio; b) l'iscrizione al registro delle imprese; b) l'iscrizione al registro unico nazionale degli enti del terzo settore (RUNTS).

Il riconoscimento prefettizio è stabilito all'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000, una norma a carattere generale. Abrogando il meccanismo della concessione stabilito all'art. 12 c.c., questo stabilisce che «*le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento determinato dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso le prefetture*»³⁰.

²⁹ Inutile precisare infatti che, in linea con la neutralità delle forme giuridiche propugnata dalle Istituzioni europee e della posizione assunta dal legislatore nazionale come prima descritto, le comunità sono costituite con contratto associativo di diritto privato, poiché l'attribuzione di personalità giuridica di diritto pubblico non può che avvenire per legge.

³⁰ Salvo quanto espressamente disposto da leggi speciali e dal diritto ecclesiastico.

La disposizione presenta un carattere aperto, poiché trova applicazione anche rispetto a modelli atipici, vale a dire ad altre (non meglio precisate) istituzioni di carattere privato.

Per converso, l'acquisizione della personalità attraverso l'iscrizione ai pubblici registri avviene invece sulla base di discipline speciali per i soli modelli tipici ivi contemplati³¹.

La partecipazione di soggetti pubblici alle comunità impone perciò di tenere in considerazione le possibili deviazioni che questa comporta rispetto ai predetti schemi associativi di diritto privato, sulla base dei quali queste comunità possono essere effettivamente costituite. Queste deviazioni possono essere essenzialmente ricondotte, in generale, alla capacità dell'ente pubblico di partecipare al nuovo soggetto e, in particolare, ai modelli giuridici che possono astrattamente trovare applicazione.

Ciò premesso, l'estensione della capacità degli enti pubblici di ricorrere a modelli negoziali associativi di diritto privato trova una disciplina puntuale nel testo unico sulle società partecipate. Questa effettua una distinzione tra modelli societari e modelli tipici della liberalità, di cui al libro I del codice civile.

Con riferimento ai primi, il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (testo unico sulle società a partecipazione pubblica, d'ora in avanti anche TUSP) introduce limitazioni in merito alla forma giuridica che queste società possono assumere e alle finalità con queste perseguite. L'art. 3 infatti esclude la partecipazione a società di persone, lasciando ampio margine di discrezionalità in merito alla costituzione o acquisizione di partecipazioni in società di capitali, che possono anche assumere forma consortile o cooperativa.

Delle finalità si dirà più precisamente con riferimento all'analisi dei modelli societari, mentre è bene precisare sin da subito che queste non devono essere confuse con lo scopo di lucro.

Si è già detto infatti che le comunità energetiche non possono perseguire uno scopo di lucro (o comunque in maniera non prevalente). Ciò non si pone in contraddizione con l'utilizzo dei modelli delle società di capitali, giacché da tempo ormai la dottrina civilistica e amministrativistica riconoscono la compatibilità del modello societario con uno scopo di lucro attenuato o, addirittura, assente³². È noto altresì che l'ordinamento ha conosciuto una rilevante evoluzione in tale senso, che è andata oltre la distinzione tra lucro soggettivo e lucro oggettivo,

³¹ Più precisamente, l'acquisizione della personalità giuridica da parte delle società di capitali è pacificamente ricondotta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione all'iscrizione nel registro delle imprese (da ultimo, *ex multis*, Cass. Civ., sez. trib., 9 agosto 2017 n. 19834). Il codice del terzo settore stabilisce, altresì, che le associazioni e le fondazioni "del terzo settore" acquisiscono la personalità giuridica con l'iscrizione al RUNTS.

³² È nota sul punto la ricostruzione di G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, Giuffrè, 1984.

valida tuttora anche nel discorso *in itinere*, contemplando anche la coerenza tra il modello societario e il perseguimento di scopi ulteriori o complementari rispetto al mero lucro: si pensi al concetto di impresa sociale, di società benefit o, ancora, all'estensione della qualificazione ONLUS anche a modelli societari³³.

Nel corso della presente trattazione, perciò, è possibile analizzare detti modelli senza ulteriore necessità di interrogarsi con la compatibilità di questi in relazione allo scopo previsto per le comunità, come descritto in precedenza.

Diverso è il discorso relativo ai modelli del libro I del codice civile. L'art. 1 comma 4 lett. b) del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 fa salve le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni. D'altronde, è pacifica in dottrina l'attrazione della capacità degli enti pubblici di partecipare ad associazione e fondazioni alla generale capacità di diritto privato di cui all'art. 1 comma 1 *bis* della legge sul procedimento amministrativo³⁴.

Su cosa abbia voluto fare riferimento il legislatore con l'espressione "enti associativi diversi dalle società" non si rinvengono apprezzabili contributi giurisprudenziali o dottrinali³⁵. Di certo, la lettera della disposizione lascia intendere che l'espressione non si può ritenere limitata al modello dell'associazione (riconosciuta o non) di stampo codicistico. Non si rinvengono invece particolari ostacoli interpretativi a ritenere tale espressione compatibile con modelli associativi atipici che, ai sensi dell'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000, possono acquisire personalità giuridica.

Sulla scorta dell'art. 3 TUSP e della normativa precedentemente richiamata in materia di acquisizione della personalità giuridica, si ritiene preferibile proseguire l'indagine sui modelli associativi che concretamente possono essere utilizzati, analizzando dapprima i modelli tipici che l'ordinamento civile mette a disposizione, limitando tuttavia l'oggetto a quelli che possono astrattamente possedere i requisiti previsti dalle disposizioni richiamate finora.

Sul punto si può subito affermare senza tema di smentita che "*no model fits it all*", nessuno degli schemi tipici risulta pienamente adeguato rispetto agli istituti in esame.

Le ragioni dell'inadeguatezza dei modelli tipizzati oggi a disposizione si

³³ Sulle società benefit i contributi dottrinali sono assai numerosi, tra i più recenti si segnalano A. BALESTRA, *Le società benefit in Italia. Tra bene comune e identità*, in *Econ. Pubbl.*, 2022, 117; G.M. NORI, *La società benefit un (nuovo?) mezzo per (non) fare impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2021, 787; G. MARASÀ, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, in *Orizz. Dir. Commer.*, 2017, 1.

³⁴ Sul punto la Dottrina è sostanzialmente unanime, A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Fondazioni e attività amministrativa. Atti del Convegno di Palermo, 13 maggio 2005* a cura di S. RAIMONDI, R. URSI, Torino, Giappichelli, 2006, 33.

³⁵ In un caso isolato la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto rientrasse in detta categoria un consorzio istituito tuttavia per legge come ente pubblico economico, TAR Puglia, Lecce, sez. III, 2 aprile 2020 n. 434.

fonda, principalmente, su due caratteristiche particolarmente innovative delle comunità energetiche.

La prima caratteristica attiene all'organizzazione necessaria per esercitare le attività che rientrano nell'oggetto sociale e all'esercizio dei poteri di controllo: più numerose saranno le attività attribuite alla comunità, maggiore sarà la complessità organizzativa richiesta per realizzarle; inoltre, più spiccato sarà il ruolo della comunità nella realizzazione degli investimenti necessari per la produzione di energia, maggiori saranno le implicazioni patrimoniali e finanziarie (questa volta sì finanziarie) che ne derivano.

La seconda caratteristica attiene alle modalità di partecipazione aperta e, conseguentemente, alla congerie di soggetti che ne deriva (soggetti pubblici, imprese, consumatori, enti del terzo settore etc...).

5.1. *I modelli societari*

Per quanto concerne i modelli societari, in conformità a quanto già espresso in merito all'art. 3 TUSP, vengono in rilievo: i) società di capitali *tout court*; ii) società di capitali aventi forma consortile; iii) società di capitali aventi forma cooperativa. Nessuno di questi tre modelli è esente da difetti.

Il modello delle società di capitali rappresenta certamente il modello più adeguato per quelle comunità le cui attività richiedono necessariamente che siano organizzate secondo una logica di impresa, per via della complessità delle attività economiche esercitate e/o della necessità di realizzare investimenti.

Tuttavia essi presentano alcune criticità sotto l'aspetto dello scopo e della partecipazione.

In ordine al primo aspetto, l'art. 4 TUSP pone stringenti limiti quanto agli scopi che gli enti pubblici possono perseguire attraverso le società. Rispetto alle generali finalità di cui al comma 4, occorre tuttavia rilevare che con il d.lgs. 16 giugno 2017 n. 100, l'articolo in commento è stato integrato con la previsione di cui al comma 7 che consente la partecipazione in società aventi come oggetto sociale prevalente la produzione di energia da fonti rinnovabili³⁶.

In ordine al secondo aspetto, si segnala la contraddittorietà tra la partecipazione aperta e il ricorso allo strumento della società a partecipazione pubblica, dal momento che l'art. 7 comma 5 TUSP prescrive il ricorso a procedure ad evidenza pubblica nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati.

³⁶ Inoltre, è stato sostenuto che questa previsione non sarebbe applicabile alle società a totale partecipazione pubblica, di cui oltre, dal momento che l'art. 4 comma 4 TUSP sancisce per le società in house come oggetto esclusivo uno di quelli indicati alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2, escludendo dunque il comma 7 appena richiamato, T. FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, mercato, innovazione*, CEDAM, Padova, 2020, 171.

Questa antinomia rischia di rappresentare un forte impedimento alla facoltà degli enti locali di costituire comunità energetiche in forma societaria, giacché non è pensabile applicare una procedura ad evidenza pubblica per l'ammissione alla comunità di un nuovo socio privato, anche perché non è chiaro su quali basi il confronto competitivo dovrebbe essere impostato, essendo questo in piena contraddizione con i meccanismi partecipativi auspicati dal legislatore europeo.

Ne deriva che anche in questo caso, diverrebbe necessaria un'ulteriore forzatura interpretativa, nel senso di privilegiare la specialità della disciplina delle comunità – che però sul punto nulla statuiscano espressamente e quindi l'eventuale deroga dovrebbe fondarsi sulla qualificazione come aperta della partecipazione stessa – rispetto alla norma chiara ed inequivocabile dell'art. 7 TUSP.

Diversamente, si potrebbe intendere la partecipazione dei soggetti privati previsti dalla normativa in materia di comunità energetiche, quale ipotesi espressa di partecipazione dei privati al capitale di società *in house* in linea con quanto disposto oggi all'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e, parallelamente, all'art. 16 TUSP, che recepiscono entrambi il disposto dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, laddove si ammette la partecipazione di soggetti privati al capitale di società *in house* «ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata».

Questa modifica all'elemento della partecipazione introdotta per la prima volta dalla direttiva appena richiamata non ha avuto sinora una reale applicazione, avendo la giurisprudenza registrato un orientamento assai restrittivo volto a ricondurre tale eccezionale deroga alle sole ipotesi di partecipazione dei privati imposte da una norma di rango primario³⁷.

Ancora una volta, in assenza di riferimenti normativi o giurisprudenziali di sorta l'interprete è chiamato ad una forzatura ritenendo che le modalità di partecipazione di cui alla richiamata disciplina sulle comunità energetiche rappresentino delle «prescrizioni» nel senso riconosciuto dalla giurisprudenza³⁸.

³⁷ Questa posizione è stata assunta dalla giurisprudenza amministrativa già nelle more della trasposizione della direttiva nel nostro ordinamento e non più abbandonata con le note sentenze Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2015, n. 4235; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2660. Anche la Dottrina si è schierata sulle medesime posizioni anche sulla scorta del testo della direttiva nelle lingue ufficiali di lavoro, S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014/2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in www.federalismi.it, n. 15, 2015, 6, cit.; D.U. GALETTA, G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2016, 371 ss.

³⁸ Inoltre, occorre tenere in considerazione che in tempi non recenti la Corte dei conti si è espressa in senso non favorevole rispetto alla possibilità di affidare ad una società *in house* il servizio di produzione di energia da fonti rinnovabili, ritenendo dubbio che l'attività di realizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile «costituisca un bisogno della comunità locale che possa essere soddisfatto solo a seguito di un intervento diretto dell'ente locale» (Corte Conti, sez. contr. Lombardia, del. 15 settembre 2010 n. 861). A distanza di appena dieci anni, sbalordisce quanto lontane siano le conclusioni dei giudici contabili rispetto alla sensibilità odierna.

Si assiste dunque ad una distonia di fondo tra l'impostazione seguita dal TUSP e la logica sottesa agli istituti di matrice eurounitaria in commento.

Quanto invece alle singole tipologie di società, occorre subito escludere il ricorso allo strumento consortile giacché l'art. 2602 c.c. non ammette la partecipazione di persone fisiche o giuridiche che non rivestano la qualifica di imprenditore, mentre abbiamo visto che alla comunità energetiche partecipano di norma anche consumatori³⁹. Anche in questo caso sostenere la possibilità di ricorrere allo strumento consortile implicherebbe un'altra forzatura nel senso di sostenere la specialità della disciplina delle comunità rispetto a quella delle società pubbliche.

Per quanto concerne invece le restanti tipologie, entrambe ammissibili, occorre tenere in considerazione due ulteriori aspetti, corollari se vogliamo della questione della partecipazione: il carattere "aperto" di questa e il controllo.

Dell'importanza della prima nell'impostazione giuridica seguita dal legislatore per le comunità si è già detto; anche la seconda però è questione non da poco per gli enti locali o altri soggetti imprenditoriali che dovessero contribuire fortemente al finanziamento degli investimenti richiesti, poiché essa attiene all'influenza strategica che questi sono in grado di esercitare sullo sviluppo della comunità.

Nel caso delle società di capitali *tout court*, le norme civilistiche sull'acquisizione o la perdita della qualità di socio si dovrebbero conciliare con l'esigenza di garantire il diritto di cambiare fornitore di ascendenza europea.

Il fatto che la partecipazione sia aperta a tutti i soggetti che abbiano le caratteristiche individuate dalla normativa prima esaminata, infatti, non è in contrasto con previsioni statutarie che condizionino l'ammissione del nuovo socio ad una previa valutazione del soddisfacimento da parte di questo dei requisiti individuati dalla stessa società. A meno che non si voglia intendere la partecipazione aperta alla stregua quasi di un obbligo a contrarre del monopolista, circostanza che richiederebbe quanto meno un'espressa previsione legislativa, giacché fortemente limitativa dell'autonomia negoziale della costituenda comunità.

Inoltre, in un'ottica di *shareholding democracy*, si potrebbero anche prevedere particolari categorie di azioni senza diritti amministrativi da dedicare a specifiche categorie di soci⁴⁰.

³⁹ Sono escluse ovviamente da questa casistica i modelli consortili di diritto speciale tra enti pubblici.

⁴⁰ Si tratta in definitiva di promuovere logiche di democrazia partecipativa attraverso forme di azionariato diffuso tra gli utenti del servizio, sul punto sia consentito il rinvio a P. NOVARO, *L'in house providing*, in *Diritto dei contratti pubblici* a cura di F. MASTRAGOSTINO, Giappichelli, Torino, 2021, 129 e R. CAVALLO PERIN, *La razionalizzazione dell'amministrazione indiretta: enti strumentali, società ed altri organismi nella prospettiva della riforma della p.a.*, in *L'amministrazione che cambia: fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme* a cura di F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, C. TUBERTINI, Bologna, BUP, 2016, 124.

Ciò che rileva semmai è la facoltà del socio di sciogliere unilateralmente il vincolo sociale. Sul punto, pur essendo la facoltà di recesso del socio rimessa alla libera determinazione delle parti dall'art. 2473 c.c. è quantomeno dibattuta in dottrina la legittimità di una clausola statutaria che consenta il recesso *ad nutum*⁴¹.

Su posizioni perlopiù negative si colloca invece la giurisprudenza della suprema Corte, secondo cui occorre dare un'interpretazione restrittiva delle norme che prevedono le ipotesi di recesso del socio di società di capitali, al fine di non incrementare a dismisura le cause che legittimano l'uscita dalla società. Per la giurisprudenza, infatti, l'estensione della disciplina del recesso *ad nutum* al di là delle ipotesi normativamente previste «trova ostacolo in esigenze di certezza e di tutela dei creditori sociali, i quali, facendo affidamento solo sul patrimonio sociale, hanno interesse al mantenimento della sua integrità»⁴².

Nel caso di cui ci occupiamo si dovrebbe dunque sostenere che i meccanismi di partecipazione aperta descritti avanti configurino un'ipotesi di diritto speciale di recesso *ad nutum*. Sul punto, tuttavia, com'è intuitivo, non ci sono elementi a conforto né di matrice giurisprudenziale né dottrinale, data l'assoluta novità degli istituti di cui ci occupiamo. Questa soluzione appare ammissibile sul piano teorico, temeraria sul piano applicativo. Ciò in ragione dei rischi inerenti all'equilibrio economico finanziario delle attività svolte dalla comunità in ragione di una concezione troppo flessibile dei legami societari.

Quanto invece al controllo, queste società presentano poi meccanismi di *governance* che bene possono rappresentare il differente peso che i soci possono vantare in ragione delle quote di capitale detenute.

A conclusioni parzialmente divergenti si giunge invece per le società cooperative⁴³. Queste fondano infatti la partecipazione dei soci sul postulato della c.d. porta aperta e sull'elemento del capitale variabile di cui all'art. 2511 c.c.⁴⁴.

⁴¹ M. STELLA RICHTER, *In tema di recesso dalla società a responsabilità limitata*, in Riv. Dir. Comm. 2020, 2, 273, G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in Commentario Schlesinger, Milano, Giuffrè 2010, 590.

⁴² Cass. civ., sez. I, 21 febbraio 2020 n. 4716, conforme Cass. civ., sez. I, 29 marzo 2019 n. 8962.

⁴³ Tra queste, potrebbe trovare spazio anche il modello della c.d. cooperativa di comunità, sebbene come è stato rivelato da attenta Dottrina, G. CAPO, *Le cooperative di comunità*, in Giur. comm. 2021, 623 «manca in Italia una disciplina organica delle cooperative di comunità di fonte statale; disciplina della quale, tenuto conto della progressiva e sempre più rilevante espansione del fenomeno e dell'emanazione di diverse leggi regionali, di carattere fondamentalmente promozionale, sembra ormai avvertirsi l'esigenza, in un'ottica di necessaria razionalizzazione del quadro normativo». Sulla possibile applicazione del modello delle cooperative di comunità alle comunità energetiche si sono interrogati anche A. GRIGNANI, M. GOZZELLINO, A. SCIULLO, D. PADOVAN, *Community Cooperative: A New Legal Form for Enhancing Social Capital for the Development of Renewable Energy Communities in Italy*, in *Energies* 2021, 14, 7029 sulla base del presupposto che «is a specific type of cooperative that has been emerging in the Italian socio-legal context and which, more than other forms of legally recognized grassroots initiatives, is characterized by a very strong connection with the territory where the activities are located».

⁴⁴ G. FAUCEGLIA, *Il futuro della società cooperativa: la fine dell'umanizzazione e la scelta dell'efficienza*, in Giur. Comm., 2019, 4, 567.

Per le società cooperative dunque un certo grado di variabilità della compagine sociale è insita nel modello, pur senza giungere alla partecipazione totalmente aperta, come sembrerebbe dalla lettura delle disposizioni europee.

Del resto, l'art. 2532 c.c. presenta una disciplina ben più flessibile circa l'autonomia convenzionale per la definizione di ipotesi di recesso, le quali possono assumere il contenuto più vario, in termini sia di presupposti sia di eventuali limiti o condizioni di efficacia della dichiarazione di recesso⁴⁵.

Per quanto concerne invece la questione relativa al controllo o, nel caso di specie per meglio dire della capacità di alcuni soci di avere un'influenza determinante sugli orientamenti strategici della società, occorre rilevare come le società cooperative si fondano sul principio di democraticità nella gestione, secondo cui ciascun socio ha un voto in assemblea. Questo principio ha tuttavia due eccezioni. La prima è prevista all'art. 2538 c.c. comma 3 che consente allo statuto di attribuire ai soci persone giuridiche fino ad un massimo di cinque voti. Ben poca cosa questa, tuttavia, nel ragionamento in corso soprattutto per comunità-cooperative con elevato numero di soci.

Più interessante forse, nell'ottica che qui preme, la deroga al principio di cui all'art. 2543 c.c. comma 2, in ragione del contributo di ciascun socio allo scambio mutualistico, solo però in relazione all'esercizio del diritto di voto per la composizione dell'organo di governo⁴⁶. In questo caso dunque maggiore è l'apporto del socio della comunità alla realizzazione dello scopo della medesima maggiore potrà essere il peso della decisione di questo sulla nomina della *governance*, fermo restando che detta circostanza non determina di per sé un'equiparazione ai poteri di influenza strategica della società propria dei soci di maggioranza di una società non cooperativa.

⁴⁵ Cass. civ. sez. I, 3 novembre 2017 n. 26190 e Trib. Napoli, Sez. spec. Impresa, 12 settembre 2019 n. 8035, secondo cui «il legislatore, pertanto, per le società cooperative, diversamente da quanto previsto per le società per azioni, per cui vale il limite di cui all'art. 2437 c.c., valorizzando l'autonomia negoziale dei soci, consente attraverso lo statuto, di ampliare il novero delle cause di recesso previste dalla legge».

⁴⁶ G. FAUCEGLIA, *Il futuro della società cooperativa: la fine dell'umanizzazione e la scelta dell'efficienza*, in Giur. Comm., 2019, 4, 570, secondo cui «si tratta, però, di deroga al principio democratico esclusivamente limitata all'esercizio del diritto di voto nell'assemblea per la nomina dell'organo di controllo, non idonea in quanto tale ad elidere in termini assoluti il principio, anche se essa, comunque, può dirsi rappresentare una "tendenza", che trova conferma in altri fenomeni del diritto generale delle società cooperative, quale quello dell'introduzione di nuovi strumenti finalizzati a favorire la capitalizzazione della società». A conclusioni non dissimili giunge peraltro E. CAPOBIANCO, *La nuova mutualità nelle società cooperative*, in Riv. Notariato, 2004, 3, 640, «il principio di democraticità nella gestione (il c.d. principio «una testa=un voto») può subire limitazioni allorché, nella prospettiva segnalata dall'art. 45 Cost., si tratti di valorizzare la "clausola generale"» sebbene l'Autore precisi che è possibile derogare al principio ai sensi dell'art. 2538 comma 4, solo per quelle società cooperative i cui soci siano imprese.

5.2. *I modelli della liberalità*

Esaurito il discorso sul modello delle società di capitali, è possibile rivolgere l'attenzione ai modelli previsti dal libro I del codice civile.

La grande varietà di soggetti che per legge possono aspirare a divenire membri delle comunità, sommato alla necessità che questa sia configurata come autonomo centro di imputazione di rapporti, suggerisce di prendere in considerazione le associazioni riconosciute e le fondazioni di partecipazione.

Le prime sono certamente preferibili alle associazioni non riconosciute perché dotate di personalità giuridica e di schermo patrimoniale, requisiti imprescindibili per attribuire all'associazione gli investimenti necessari per la realizzazione degli impianti e la relativa responsabilità.

Le seconde si caratterizzano per la rilevanza attribuita nello statuto non solo all'elemento patrimoniale, ma anche all'elemento personale, consentendo il coinvolgimento del fondatore e dei partecipanti nella gestione della fondazione attraverso meccanismi di rappresentazione negli organi di questa⁴⁷. Vero è che questa tipologia di fondazione non è propriamente un modello tipizzato dal diritto positivo, in quanto sorto nella prassi proprio come variante atipica rispetto alla fondazione disciplinata dagli artt. 14 e seguenti c.c.. Pur tuttavia la grande diffusione del modello e la sedimentazione delle regole pretorie sviluppatasi intorno a questo possono consentire di assimilare la fondazione di partecipazione ai modelli tipici nell'ottica che qui preme.

Anche in relazione ai modelli del libro I, il problema della compatibilità dello scopo non si pone certamente per le CER, dove abbiamo visto che lo scopo di lucro è assente, e in maniera ridotta per le CEC posto che queste possono perseguire uno scopo di lucro, sebbene in maniera non prevalente.

Il ricorso a questi modelli caratterizzati dal perseguimento di finalità di utilità generale deve ritenersi sicuramente consentito non solo per le CER, poiché è il legislatore stesso ad escludere il perseguimento di uno scopo di lucro, ma anche per le CEC laddove lo scopo di lucro venga inteso in senso oggettivo e non già soggettivo⁴⁸.

In relazione alle specificità proprie dei nuovi istituti di matrice europea e a quelle derivanti dalla partecipazione di soggetti pubblici, i modelli in esame presentano semmai due principali punti di debolezza.

Il primo punto concerne il novero di attività che queste comunità possono

⁴⁷ A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo* a cura di F. MASTRAGOSTINO, Torino, Giappichelli, 2011, 394.

⁴⁸ Il Consiglio di Stato, del resto, ha affermato in merito alla partecipazione di amministrazioni pubbliche a contratti associativi che lo scopo di lucro non attiene alla finalità perseguita dall'ente con la partecipazione, bensì al metodo con il quale una data finalità è perseguita (Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2019 n. 578).

espletare. Nell'ottica del legislatore tanto europeo quanto nazionale le comunità energetiche hanno le potenzialità per soddisfare in larga parte i bisogni energetici dei membri fornendo, in prospettiva futura, servizi energetici accessori che possono essere riferiti allo stoccaggio, all'efficiamento energetico, alla mobilità elettrica e così via, secondo un approccio olistico che mira all'autosufficienza energetica delle comunità.

Se così è, in una prospettiva di medio termine il complesso delle attività svolte dalle suddette comunità parrebbe richiedere un'organizzazione di tipo imprenditoriale complessa, che mal si attaglia alle modalità canoniche di espletamento delle attività proprie di queste formazioni sociali.

Il ricorso a questi strumenti parrebbe perciò più appropriato in una prospettiva di breve termine – nella fase cioè di primo avvio del fenomeno – o per quelle comunità che dovessero mantenere una dimensione assai contenuta, vale a dire con un numero non troppo elevato di membri e un oggetto sociale semplice.

All'opposto, nel caso in cui le comunità dovessero crescere per dimensione e attività, si avvertirebbe immediatamente l'inadeguatezza di strumenti teorizzati per il perseguimento di (semplici) scopi di liberalità, rispetto ad un'organizzazione che richiede una maggiore strutturazione di tipo, se vogliamo, aziendale. In questa prospettiva, caso limite sono le comunità energetiche dei cittadini, qualora dovessero effettivamente rappresentare dei *players* alternativi al modello di impresa elettrica che oggi domina il mercato europeo, come auspicano le stesse Istituzioni europee nei considerando della direttiva del 2019.

Viene da sé che, se la comunità energetica è frutto dell'impulso e della capacità di innovare ed intercettare i bisogni della collettività di riferimento da parte degli enti locali, è più probabile trovarsi di fronte a comunità caratterizzate da una certa complessità sotto il profilo soggettivo e oggettivo⁴⁹.

L'adeguatezza o meno dei modelli qui esaminati rispetto allo scopo concreto della comunità, insomma, dovrebbe essere oggetto di un'approfondita analisi preventiva riguardo alle prospettive di sviluppo della stessa da parte dei membri fondatori.

Parallelamente con quanto già evidenziato per le società di capitali, la seconda questione attiene principalmente alla compatibilità di questi modelli con il requisito della partecipazione aperta e al controllo.

Quanto alla partecipazione, il problema qui assume dei connotati molto diversi rispetto alle società di capitali. Lì si è visto la giurisprudenza ha individuato un bilanciamento di interessi tra l'autonomia del singolo a sciogliere il vincolo associativo e l'esigenza (precipua) di stabilità patrimoniale dell'ente morale anche nei confronti dei terzi.

⁴⁹ Piuttosto che a esperienze semplici, come potrebbe essere un'associazione tra pochi imprenditori privati con sede nel medesimo comprensorio che decidono di condividere l'energia prodotta dagli impianti di ciascuno.

Posto che anche con riferimento a questi modelli la partecipazione “aperta” deve necessariamente essere intesa in relazione ad un divieto di discriminazione tra soggetti aventi le medesime caratteristiche, ben potendo lo statuto determinare le condizioni e i requisiti per acquisire la qualifica di socio, in linea con quanto già più volte affermato, la questione qui assume connotati prettamente patrimoniali.

Più precisamente, nel caso dei modelli in esame non si rinvengono in linea di principio restrizioni normative alla capacità dei soggetti di acquisire o rinunciare alla partecipazione. Ciò che invece concretamente determina un ostacolo all’implementazione di questi modelli riguarda le conseguenze patrimoniali che l’ingresso o l’uscita del socio determina sul patrimonio di questo e della comunità.

Per quanto concerne l’associazione, il patrimonio è costituito dagli apporti dei soci più eventualmente altre fonti di finanziamento che l’associazione in qualità di autonomo centro di imputazione riesce ad ottenere, anche attraverso l’esercizio delle attività proprie della comunità, nel senso sopra descritto.

Tuttavia, è assai noto come ai sensi dell’art. 24 c.c. comma 4 in caso di recesso i soci «*non possono ripetere i contributi versati, né hanno alcun diritto sul patrimonio dell’associazione*». Questa previsione ha l’effetto di limitare fortemente il contributo dei singoli associati allo sforzo finanziario necessario per costruire gli impianti, così come eventuali conferimenti in natura, ad esempio trasferire all’associazione un diritto reale sui propri impianti etc...

Questa caratteristica propria dello strumento associativo porterebbe nei fatti a svuotare di contenuto il diritto di uscire dalla comunità da parte degli associati, se non possono ripetere quanto conferito. L’unico modo sarebbe in base ad un’apposita clausola statutaria e solo in caso di estinzione dell’associazione.

In alternativa, per ovviare a questo problema la messa a disposizione degli impianti da parte dei soci dovrebbe avvenire esclusivamente sulla base di diritti obbligazionari. Il che, da un lato, consentirebbe di superare il problema sopra evidenziato, una volta che l’associato va via resterebbero rapporti esclusivamente contrattuali tra soggetto e comunità, ad esempio un contratto di comodato d’uso degli impianti o dei tetti su cui la comunità ha installato pannelli fotovoltaici, se invece si è conferito un diritto reale di superficie si torna punto e a capo.

Dall’altro, però, questa circostanza indebolirebbe fortemente la posizione della comunità nei confronti dei terzi. Quale intermediario finanziario acconsentirebbe a finanziare un investimento proposto da un’associazione che ha un patrimonio risicato e in pancia solo contratti stipulati con i propri associati? Queste associazioni finirebbero assai probabilmente per divenire dei ricettori di finanziamenti pubblici, ammesso che sia praticabile un finanziamento pubblico ad un soggetto che a parte la presenza di enti pubblici all’interno non darebbe alcuna affidabilità circa la stabilità nel tempo dei rapporti con gli associati e la capacità di portare a termine un *business plan* per questo motivo.

Ciò peraltro contrasterebbe anche con la *ratio* stessa degli istituti, che è appunto stimolare forme di aggregazione dal basso, anche dunque coinvolgendo fonti di finanziamento private proprie dei soci, eventualmente accompagnate a finanziamenti pubblici, al fine di accelerare il processo di diversificazione delle fonti di approvvigionamento energetico.

Alle medesime conclusioni si può giungere per le fondazioni di partecipazione. Anche qui il patrimonio della fondazione si compone delle donazioni dei soci. Con la differenza che i soci perdono totalmente la proprietà dei beni donati, senza neanche la possibilità di riaverli questi in caso di estinzione della fondazione, perché in questa ipotesi o lo statuto ne prevede la devoluzione ad un ente morale che persegue finalità analoghe o se ne occupa l'autorità governativa. Un tale modello troverebbe applicazione solo nel caso (improbabile) che i soci partecipino con mero spirito di liberalità, pronti a rinunciare ai loro conferimenti.

In assenza però di conferimenti di rilievo (ad esempio, si ripete, gli impianti dei soci, diritti di superficie etc...) la fondazione sarebbe solo un centro di coordinamento dei servizi necessari per far funzionare la comunità, non avendo un patrimonio tale da consentire di realizzare essa stessa gli investimenti necessari allo sviluppo della capacità di produzione di energia da fonte rinnovabile. Questa funzione però risulta estranea alla *ratio* stessa dello strumento in analisi quale patrimonio adespota⁵⁰.

In conclusione, l'associazione in linea puramente teorica sarebbe anche compatibile con il concetto di comunità che persegue finalità non di puro lucro, ma mal si concilia con una comunità che produce beni e servizi essenziali per la collettività di riferimento in vista dell'autosufficienza energetica, che si traducono in attività economiche complesse e che esulano dalle logiche di mercato non per natura ma per lo scopo solidaristico che le comunità perseguono. La fondazione di partecipazione, invece esula totalmente dal concetto di comunità nel senso più volte precisato, non potendo andare oltre il concetto di patrimonio dedicato ad uno scopo.

Quanto invece al controllo, posto che le modalità di nomina degli organi di gestione di questi enti morali sono rimessi interamente all'autonomia dei fondatori/costituenti, il problema assume una dimensione del tutto marginale proprio in ragione delle forti limitazioni appena illustrate che caratterizzano questi modelli.

⁵⁰ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, 2004 CEDAM, Padova, 284.

6. *Le comunità energetiche come nuova declinazione del paradigma sussidiario*

L'analisi sin qui condotta ha dimostrato come le comunità energetiche presentino degli elementi di singolarità ed innovatività sì da non avere precedenti nell'attuale panorama ordinamentale. Esse, tuttavia, presentano una disciplina che si limita a dipingerne i tratti essenziali, richiedendo per forza di cose in sede di applicazione l'innesto con le discipline nazionali in materia di contratti associativi e, nel nostro caso si è detto, dei modelli di persona giuridica di diritto privato.

In questo senso, la partecipazione degli enti locali o, più in generale dei soggetti afferenti alla sfera pubblica da questi controllati, acuisce la questione circa l'applicabilità o meno dei predetti modelli associativi agli istituti di matrice europea.

Si è visto, infatti, che la capacità degli enti pubblici di stipulare contratti associativi di diritto privato, che vedano la presenza anche di soggetti privati, trova oggi una sua organica definizione nel TUSP. Si è tentato di dimostrare però come il testo unico, anche in ragione della sua stretta aderenza al precipitato della giurisprudenza europea in materia di tutela della concorrenza, rischia di divenire un potenziale ostacolo alla costituzione in futuro delle comunità, poiché impone l'applicazione senza deroghe e senza eccezioni dei principi dell'evidenza pubblica.

In effetti, il TUSP muove da una concezione incentrata prioritariamente su una logica di scambio che si concretizza in ultima analisi nel divieto di alterare i meccanismi concorrenziali. La logica di fondo del TUSP si ispira alla dicotomica alternativa tra autoproduzione e mercato, in conformità al diritto europeo della concorrenza.

L'esame sin qui condotto ha messo in evidenza come, nell'impostazione generale del TUSP, una prima alternativa rispetto al ricorso alle procedure ad evidenza pubblica attiene alla sfera dell'autoproduzione nel senso però conosciuto al momento dell'emanazione dell'atto legislativo, vale a dire al modello del c.d. *in house providing*, il quale tuttavia non appare immediatamente applicabile ai fini della costituzione di una comunità energetica, sulla scorta delle considerazioni sopra effettuate⁵¹.

Una seconda alternativa si riferisce alla possibilità per le pubbliche amministrazioni di partecipare ad "enti associativi diversi dalle società" e alle fondazioni.

⁵¹ Come sostenuto da R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica* a cura di H. BONURA, M. CASSANO, Torino, 2011, 119, *l'in house providing* è definizione di ciò che appartiene all'organizzazione pubblica e dunque limite esterno alle regole sulla concorrenza dell'Unione Europea, che iniziano ad operare ove l'organizzazione stessa, lungi dal trattenerne su di sé la produzione di beni o servizi, si rivolge a terzi.

In effetti, l'esclusione delle partecipazioni in detti enti morali dal campo di applicazione del testo unico risiede su un duplice presupposto.

Il primo presupposto è di ordine soggettivo, poiché il testo unico ha ad oggetto la partecipazione delle amministrazioni a società e gli enti in commento società non sono.

Il secondo presupposto è di ordine oggettivo. Nella visione del legislatore del 2016 l'acquisizione di partecipazioni in queste persone giuridiche non contrasta con i principi generali in materia di concorrenza, giacché essa esula da una logica puramente di scambio. La partecipazione a questi soggetti, infatti, non pone gli interessi perseguiti dai membri pubblici in contrapposizione con gli interessi perseguiti dai membri privati. Essi si pongono semmai in un rapporto di convergenza in vista del perseguimento in comune di una finalità di pubblica utilità.

L'analisi che ha preceduto conduce a ritenere che questi strumenti siano largamente inadeguati a dare forma giuridica definita alle comunità, pur presentando l'indubbio vantaggio di derogare all'applicazione rigida dell'evidenza pubblica che si pone in contrasto con la *ratio* stessa degli istituti eurounitari.

Ciò nondimeno l'analisi giuridica delle caratteristiche principali di questo genere di enti morali consente di mettere in luce l'elemento della convergenza di interessi, la cui rilevanza diviene essenziale nel ragionamento che si è in procinto di compiere.

Nella prospettiva del legislatore europeo e nazionale, infatti, i partecipanti alle comunità energetiche sono mossi da una comunione di intenti, che si concretizza negli aspetti mutualistici e solidaristici tipici dello scopo di queste, non già da una contrapposizione di interessi propria di una logica di mercato.

In altri termini, il rapporto associativo tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati⁵² nelle comunità si basa non su una relazione di scambio che realizza una dinamica negoziale e sinallagmatica, bensì su un «*rapporto di cooperazione nel quale pubblico e privato non si limitano a scambiarsi utilità nello svolgimento di un'azione diretta a realizzare un intervento pubblico, bensì collaborano pienamente per il raggiungimento di tale obiettivo*»⁵³.

L'inadeguatezza a vari gradi degli strumenti associativi prima analizzati rispetto alle peculiarità delle comunità energetiche ci induce allora ad esplorare

⁵² L'espressione è ispirata all'opinione di G. BERTI, *Introduzione*, in *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche e imprese* a cura di G. BERTI, Bologna, Il Mulino, 1994, 11 secondo cui «*il procedere per associazione tra pubblico e privato è la caratteristica maggiormente indicativa della transizione tra gli ordinamenti di ieri e quelli di domani*».

⁵³ G. PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo* a cura di F. MASTRAGOSTINO, Giapichelli, Torino, 2011, 8. Il ragionamento prende spunto dalle riflessioni dell'Autore circa la polidricità dei rapporti nei quali può essere presente una dinamica collaborativa tra pubblico e privato.

la possibilità di ulteriori strumenti giuridici con cui è possibile realizzare questa convergenza di interessi ovvero questa collaborazione tra pubblico e privato per il raggiungimento di un obiettivo congiunto⁵⁴.

In questa prospettiva, poiché pubblico e privato altro non fanno se non porre in essere una *partnership* per il raggiungimento di uno scopo comune, viene quasi naturale rivolgere la speculazione allo strumento del partenariato pubblico privato di origine europea.

Prima di proseguire l'analisi in questa direzione è tuttavia imprescindibile sgomberare il campo da una facile quanto erronea assimilazione del concetto europeo di partenariato con il diritto europeo degli appalti e delle concessioni pubblici. Con riferimento ai PPP infatti è facile incappare in una errata sineddoche per cui si tende a ricondurre il tutto (il partenariato) alla descrizione di una parte di esso (l'appalto, la concessione).

Diversamente, come rilevato da attenta dottrina, il concetto di partenariato non si riferisce ad un principio o ad un istituto particolare, quanto piuttosto ad «*uno "schema ricostruttivo", che descrive modelli di relazioni stabili tra soggetti pubblici e privati, in funzione del perseguimento di obiettivi sostanzialmente coincidenti, in un'ottica che privilegia il principio del buon andamento dell'amministrazione pubblica e l'efficienza dell'azione amministrativa*»⁵⁵.

Nel diritto europeo, infatti, il partenariato assume molteplici dimensioni a seconda del campo di applicazione⁵⁶. Questo rappresenta inoltre un genere di modelli negoziali caratterizzati da un elevato tasso di atipicità che trova applicazione tanto nel campo della contrattualistica pubblica quanto nel campo della sussidiarietà⁵⁷.

Così, è talmente noto che il concetto di partenariato assuma nel diritto europeo la qualifica di archetipo dei modelli contrattuali caratterizzati dal trasferimento in misura prevalente del rischio in capo al privato, da non richiedere alcun approfondimento in questa sede⁵⁸.

⁵⁴ Non esclude la possibilità di esplorare l'applicazione di modelli nuovi anche M. MELL, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in NLCC, 2020, 3, 632 secondo cui le comunità sono «una fattispecie che realizza una forma di comproprietà dei mezzi di produzione (dell'energia rinnovabile) ed una gestione condivisa dei meccanismi di distribuzione: tutti gli utenti, in altre parole, possono diventare produttori, consumatori e gestori, dando vita ad un nuovo modello di sviluppo del settore».

⁵⁵ F. MASTRAGOSTINO, *Premessa*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, XVIII.

⁵⁶ Così il partenariato è principio che infonde le politiche di coesione dell'Unione europea, come stabilito all'art. 8 del regolamento n. 2021/1060/UE.

⁵⁷ Secondo la Dottrina, i modelli contrattuali attraverso i quali possono esplicarsi le operazioni in PPP sono caratterizzati da una forte atipicità, come sostenuto da M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova Direttiva concessioni*, in www.studiodilegalechiti.it e A. TRAVI, *Il partenariato pubblico privato: i confini incerti di una categoria*, in A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, 16, secondo il quale «in discussione non è la tipicità o meno del contratto, che è un profilo irrilevante, una volta che sia stata riconosciuta la capacità di diritto privato dell'amministrazione».

⁵⁸ Questa l'opinione di M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di partenariato pubblico*

Per converso, il concetto di partenariato assume anche una valenza sociale. Nel diritto europeo, il partenariato è uno dei principi chiave dell'attuazione dei fondi dell'Unione europea a gestione concorrente, in particolare il Fondo sociale europeo (FSE).

Coerentemente, il partenariato è anche istituto che connota il diritto nazionale del terzo settore. L'art. 55 del codice del terzo settore individua infatti il partenariato quale una delle modalità di «*coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore*». La giurisprudenza amministrativa ha recentemente sostenuto che «*il modello configurato dall'art. 55 del d. lgs. n. 117 del 2017, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico*»⁵⁹.

La dottrina, del resto, non è nuova a prefigurare il ricorso a modelli negoziali di partenariato anche al di fuori di una logica prettamente di scambio. È stato sostenuto così che il PPP rappresenta «*uno dei risvolti giuridici del principio di sussidiarietà sociale ed amministrativa poiché codesto nuovo istituto implica – come traspare dal suo nome – un incontro di volontà tra soggetti pubblici e privati per realizzare congiuntamente iniziative di pubblico interesse*»⁶⁰.

privato nel nuovo Codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 50 del 2016, in Riv. Giur. Mezz., 2016, p. 815, secondo cui i contratti di cui all'art. 180, comma 8 del Codice dei contratti pubblici attengono «*ai contratti di Ppp, specie del genus più ampio dei contratti di concessione europea*»; negli stessi termini, sebbene con riferimento alla Direttiva 2014/23/UE si è espresso M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la Direttiva concessioni*, in *Finanza di Progetto e Ppp: temi europei, istituti nazionali e operatività* a cura di G.F. CARTEI, M. RICCHI, Napoli, ESI, 2015, 13. Secondo un avverso profilo, invece, la nuova disciplina europea non altererebbe il rapporto di genere a specie già in passato maggioritariamente riconosciuto al contratto atipico di PPP rispetto al contratto (oggi) tipico di concessione. Secondo questa impostazione, pertanto, i PPP conserverebbero maggiore autonomia nella delimitazione della disciplina applicabile e, di conseguenza, verrebbe meno l'analoga applicazione di concetti introdotti *ex novo* per le concessioni “europee”, in termini soprattutto di trasferimento del rischio e di finanziamento. A favore di questa seconda visione sembra schierarsi il Consiglio di Stato, il quale nel parere rilasciato sullo schema di decreto non ha esitato a definire la disciplina contenuta nella predetta parte IV come appunto «*archetipo generale del PPP*» (Cons. St., Comm. spec., 30 marzo 2017, parere n. 782). Dello stesso avviso G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, a cura di F. MASTRAGOSTINO in *Diritto dei contratti pubblici* a cura di F. MASTRAGOSTINO, Torino, Giappichelli, 2021, 141, secondo cui «*ai contratti di partenariato troverà applicazione la disciplina dell'appalto o della concessione qualora detti contratti siano comunque riconducibili alla definizione rinvenibile nelle rispettive Direttive comunitarie*»; F. DI CRISTINA, *Il partenariato pubblico privato quale “archetipo generale”*, in *Giorn. dir. amm.* 2016, 4, 484.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. III, 4 aprile 2022 n. 2439.

⁶⁰ M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in a cura di M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato. concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni* a cura di M.P. CHITI, ESI, Napoli, 2019, 6. C. IAIONE, *Il diritto all'innovazione sostenibile per l'investimento*

È appena il caso di sottolineare, poi, che il ricorso al partenariato consente anche di configurare la comunità come autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici. Da tempo infatti il diritto europeo ha riconosciuto la possibilità anche di costituire un nuovo soggetto giuridico tramite partenariato: il c.d. partenariato pubblico privato istituzionalizzato (PPPI). A tal proposito, è ancora valida l'affermazione della Commissione secondo cui a livello europeo non esiste una normativa specifica sulla costituzione dei PPPI, né sulla forma giuridica che questi debbano assumere in concreto⁶¹. Il diritto europeo sulla scorta delle pronunce della Corte di giustizia si è invece limitato ad impedire che la costituzione del nuovo soggetto possa essere elusiva dell'applicazione del diritto dei contratti pubblici, sempreché però la costituzione del nuovo soggetto non celi in realtà l'affidamento di un contratto pubblico in contrasto con le regole dell'evidenza pubblica.

Ciò tuttavia non impedisce di ritenere che, in forza della neutralità del diritto europeo sulle forme giuridiche e la natura dei soggetti di diritto, privati e amministrazioni possano costituire un PPPI per lo svolgimento di attività che sono fuori dal campo di applicazione della contrattualistica pubblica.

Posto dunque che non si ravvisano ostacoli nell'estendere l'applicazione del *genus* del partenariato anche al di fuori delle ipotesi regolate dalla disciplina dei contratti pubblici, non resta che accertare se le comunità energetiche possano rientrare nel paradigma sussidiario.

A tal proposito, occorre rilevare che sebbene ci sia un consenso generale sul contenuto della sussidiarietà orizzontale nel senso che «*l'azione dei poteri pubblici deve essere contenuta entro i limiti di quanto è necessario per supplire all'inadeguatezza dei privati a provvedere ai bisogni sociali*»⁶², ciò non implica necessariamente che l'intervento del pubblico e l'intervento del privato debbano porsi in opposizione, per cui l'avanzare dell'uno implica di per sé l'arretrare dell'altro.

Invero, accanto ad una impostazione che riconduce la sussidiarietà orizzontale ad alterità⁶³, è andata negli ultimi anni consolidandosi una posizione che

Nelle infrastrutture sociali. Un'analisi empirica, in Riv. Giur. Edil., 2021, 304 ritiene che questo sia un dato comune anche in altri ordinamenti, dove «è emersa forte la volontà di dare vita a nuove forme di governance più complessa del mero binomio pubblico-privato soprattutto nel settore dei servizi e delle infrastrutture sociali. Queste nuove forme di governance vedono il cittadino-utente non più come un mero fruitore del servizio bensì come un soggetto che, portatore di una capacità di agire per l'interesse generale, è in grado di svolgere un ruolo determinante all'interno di formule partenariali che finora hanno visto istituzioni pubbliche e operatori privati come unici protagonisti». Concorda con questa impostazione anche S. AMOROSINO, *Il Terzo settore tra pubblici poteri ed autonomia sociale*, in Rass. dir. civ., 2019, 304.

⁶¹ Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) (2008/C 91/02).

⁶² F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in Dir. Amm. 2020, 3.

⁶³ Sul punto F. MAISTO, *Sussidiarietà: autonomie e coesione sociale*, Rass. dir. civ., 2017, 1360; P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in Rass. dir. civ., 2016, 687.

non esclude l'applicazione del principio anche in ipotesi in cui il perseguimento dell'interesse generale avviene per mezzo di una collaborazione tra pubblico e privato⁶⁴.

Così alcuni Autori non hanno mancato di mettere in luce l'esistenza di due distinte letture alternative. La prima, più frequente, delimita gli interventi di sussidiarietà orizzontale alla mera predisposizione di strumenti di sostegno dell'iniziativa privata; la seconda, meno frequente ma decisamente più affascinante nella prospettiva che qui preme anche alla luce delle evoluzioni normative oggetto di analisi, «*pertinente al testo della norma e relevantissima in numerosi contesti*», attiene a quegli strumenti tesi a «*stimolare l'attivazione di forze private*», anche perché «*mirati all'incremento delle forme di semplificazione, di partecipazione, o quantomeno di avvicinamento dei privati all'azione dell'amministrazione*»⁶⁵.

Altri Autori hanno parlato di ipotesi di vera e propria «*cooperazione sussidiaria*»⁶⁶ o ancora che il principio in esame legittimi gli enti locali a «*creare strutture organizzative a geometria variabile con compiti assegnati ad enti pubblici o a questi ultimi in collaborazione con formazioni sociali oppure integralmente attribuiti a formazioni sociali*»⁶⁷. Di qui, la possibilità di ricorrere a forme di partenariato in una prospettiva sussidiaria⁶⁸.

⁶⁴ Tra gli autorevoli esponenti della tesi più risalente G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 19 secondo cui la sussidiarietà orizzontale riguarda «*la distribuzione tra privati, da un lato e pubblici poteri dall'altro dei compiti di erogazione di servizi e benefici, dovendosi stabilire se essi spettano agli uni o agli altri secondo il principio di sussidiarietà (principio che in tal caso, se ritenuto applicabile, dà la preferenza ai privati, salvo che si dimostri che nessun privato è disponibile o riesce a raggiungere i risultati ritenuti ottimali o comunque migliori di quelli raggiunti o raggiungibili dai poteri pubblici)*».

⁶⁵ D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2013, 164.

⁶⁶ F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Diritto e società*, 2016, 310. Per un approfondimento sulle principali questioni legate ai processi di collaborazione tra amministrazioni pubbliche e territorio in vista della produzione congiunta di beni e servizi si rinvia a S. PROFETI, V. TARDITI, *Le pratiche collaborative per la co-produzione di beni e servizi: quale ruolo per gli Enti locali?*, in *Ist. del Feder.*, 2019, 861.

⁶⁷ F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 56. Inoltre, come sostenuto da D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, cit., 199, circa la possibilità di estendere il concetto di «cittadini singoli o associati» anche alle imprese «*si conferma l'esigenza, insita nel modello sussidiario, del perseguimento di un interesse generale, cui va ad aggiungersi, per la specifica attività che l'impresa svolge, l'elemento dell'assenza di un guadagno in senso soggettivo per il sussidiante*».

⁶⁸ M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *federalismi.it*, 2012, 3, 2 secondo cui l'elemento caratterizzante del partenariato è «*il mantenimento di una relazione di coalizione tra pubblico e privato, che manca evidentemente nelle esternalizzazioni (caratterizzate dalla tendenza all'autonoma responsabilizzazione, organizzativa e gestionale, del privato) e nelle mere partecipazioni, mentre non è sempre estranea (e anzi secondo alcuni autori è insita) al rapporto di sussidiarietà*». A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2012, 30 ritiene che «*attraverso l'esperienza del partenariato si possono gettare le basi per il passaggio da una società integrativa ad una società sussidiaria*».

Ne deriva che la configurazione delle comunità energetiche come modello di cooperazione nel senso sopra descritto non osta in linea di principio all'applicazione a queste del paradigma sussidiario.

Un ulteriore elemento da tenere in considerazione è la partecipazione estesa anche ad imprese, che abbiamo visto connotare la disciplina delle comunità energetiche. Parimenti, questo aspetto non osta alla possibile riconduzione di queste alla sussidiarietà orizzontale.

Anche in questo caso, occorre liberarsi infatti dall'erronea assunzione che la sussidiarietà sia un fenomeno da relegare al «*limbo delle attività non profit, utili solo a garantire servizi in settori non remunerativi*»⁶⁹. Da tempo, infatti, la Dottrina ha ammesso la riconduzione al principio in esame di tutte quelle ipotesi in cui «*le amministrazioni pubbliche sviluppano con le imprese rapporti di collaborazione, al fine di ottenere da esse prestazioni aggiuntive come conseguenza del sostegno ricevuto dalle amministrazioni*»⁷⁰.

Posto che né la configurazione in termini mutualistici né la partecipazione estesa anche alle imprese possono essere di ostacolo alla sussunzione delle comunità al fenomeno della sussidiarietà, non resta che esaminare *à rebours* la sussistenza nella fattispecie del *prius* logico per la riconduzione all'art. 118 comma 4 Cost.: la presenza di un interesse generale.

Ai sensi dell'art. 118 comma 4 Cost., presupposto per l'applicazione del principio di sussidiarietà invero è che le attività oggetto dell'intervento siano qualificate come attività di interesse generale. Resta da chiedersi allora se possano essere considerate tali le attività che la disciplina sopra richiamata consente di svolgere alle comunità.

Per rispondere a questo interrogativo, è gioco forza rifarsi alla teoria degli interessi. Questa fonda la distinzione tra interesse pubblico ed interesse generale nel momento genetico in cui l'interesse viene ad esistenza: il primo diviene tale a seguito di attribuzione *ex lege* alla cura di un'amministrazione pubblica; il secondo trova definizione all'esito di processi storico sociali, appunto perché condiviso da una determinata collettività in un determinato contesto storico, a prescindere da un espresso riconoscimento legislativo⁷¹.

⁶⁹ F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, cit., 60. Secondo D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, cit., 246 «*se proprio per questa ragione si è escluso il lucro dal novero degli interessi che possono costituire oggetto dell'intervento in regime sussidiario, questa esclusione non comporta affatto l'esclusione dal modello sussidiario di attività economicamente rilevanti, potendo bene essere tali le prestazioni che si offrono per spirito di liberalità e solidarietà. È dunque l'interesse a non poter coincidere con il lucro, e non il modulo organizzativo o la qualifica del soggetto sussidiante.*»

⁷⁰ Sul punto anche G. F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici* a cura di G. F. CARTEI, Napoli, 2008, 245 e F. GIGLIONI, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, PUP, 2012.

⁷¹ In questi termini si esprime V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà, (dir. amm.)* (voce), in *Enc. dir.*, Agg. VII, 2003, 5. Della stessa opinione anche D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, cit., 248, il quale

Se così è, arduo appare il compito di chi volesse sostenere che le attività oggetto delle comunità energetiche non rivestano oggi interesse generale, alla luce delle esigenze di diversificazione delle fonti di approvvigionamento energetico, di diminuzione della dipendenza dai combustibili fossili e dalle importazioni anche per ragioni di sicurezza (energetica e non solo), illustrate in apertura.

Dall'analisi che precede si è visto che il ricorso al concetto di partenariato pubblico privato con riferimento alle comunità energetiche presenta essenzialmente tre vantaggi.

Il primo è il superamento degli elementi di criticità presenti, in vario grado, in ciascuno dei modelli di contratto associativo già presenti nel nostro ordinamento e selezionati *supra* per la loro possibile attitudine a soddisfare le esigenze sottese alla costituzione di una comunità energetica. L'atipicità propria dei negozi di partenariato consente perciò di configurare un modello associativo *taylor made*.

Il secondo è la possibilità di derogare ragionevolmente agli stringenti limiti dell'evidenza pubblica come configurati nel TUSP, nella misura in cui ciò contrasti con la *ratio* degli istituti in parola. Questo consente infatti di attrarre la collaborazione pubblico – privato alla sfera della sussidiarietà, in linea con le finalità stesse delle comunità energetiche di origine europea.

Il terzo e ultimo vantaggio consiste nella possibilità di dotare il PPP di personalità giuridica. Della neutralità del diritto europeo rispetto al ricorso ad un PPPI si è già detto, occorre ora aggiungere che questa circostanza non contrasta nemmeno con il quadro normativo nazionale in materia di attribuzione di personalità giuridica. Si è visto infatti, che l'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000 consente l'acquisizione di personalità giuridica anche ad "altre istituzioni di carattere privato", oltre che alle fattispecie tipizzate, così come il TUSP esclude l'applicazione dello stesso a non meglio specificati enti associativi. Ciò lascia propendere dunque per una estensione dei concetti appena richiamati anche ai PPPI atipici.

L'atipicità del modello di collaborazione pubblico-privato proposto consente inoltre di meglio conformare il nuovo soggetto alle esigenze delle comunità di riferimento, non solo sotto il profilo funzionale ma anche sotto il profilo strutturale.

Con riferimento al primo profilo, infatti, l'istituto proposto differisce rispetto ai modelli tipici descritti avanti per il fatto che non presenta le limitazioni che sono state analizzate per ciascuno di questi. Con riferimento al secondo profilo, invece, l'istituto in esame consente di prefigurare una *governance* anche disancorata agli schemi maggiormente utilizzati dai modelli tipici (che pure niente vieta di prendere a riferimento in relazione al singolo caso concreto), che si componga di strutture interne (atipiche) in grado di adeguatamente rappresentare le istanze

richiamando gli articoli della Costituzione ove sempre si fa riferimento al concetto di interesse generale «il senso con cui viene usata l'espressione "interesse generale" fa sempre inevitabilmente pensare all'origine dell'interesse (che è appunto generale della comunità) e mai nella sua allocazione in seno ad un'amministrazione».

che derivano da una così eterogenea partecipazione e al contempo in grado di coordinare le attività che i membri della comunità sono chiamati a svolgere *uti singuli et uti universi*.

Ne consegue che le comunità energetiche potrebbero trovare adeguata implementazione nel nostro ordinamento ricorrendo allo strumento del PPPI che, però, rispetto alla fattispecie più battuta della società mista, assumerebbe una declinazione particolare del paradigma sussidiario in forza dello scopo necessariamente mutualistico impresso dal legislatore europeo e nazionale. In questo modo le comunità energetiche diverrebbero archetipo di un'ulteriore configurazione del modello atipico del partenariato avente una accentuata valenza sociale, in un'espressione: un partenariato pubblico privato istituzionalizzato sociale (PPPIS).

In conclusione, il nuovo istituto si configura come una nuova specificazione del genere partenariato di matrice europea, caratterizzata da un affievolimento della logica di sinallagmatica propria delle altre *species* di partenariato, che sinora sono invalse nella prassi precipuamente nell'ottica di rappresentare un'alternativa ai più tradizionali modelli negoziali della contrattualistica pubblica e, dunque, in una prospettiva di mercato. Poiché l'istituto che qui si propone va ricondotto al *genus* del PPP, che forma un elenco aperto in quanto – si è visto – esso ricomprende una serie di modelli contrattuali atipici, esso è capace inoltre di trovare immediata implementazione sul piano applicativo, non necessitando un intervento specifico del legislatore europeo o nazionale. Tale soluzione potrebbe perciò rappresentare uno strumento concreto per dare impulso alla creazione di comunità energetiche e rappresentare una valida alternativa ai modelli tipici descritti nel corso della presente trattazione.

Abstract

Il presente articolo esamina i nuovi istituti di matrice eurounitaria delle comunità energetiche attraverso una ricostruzione degli elementi essenziali di queste alla luce del diritto europeo e nazionale applicabile. L'attenzione è rivolta precipuamente al ruolo che gli enti locali possono rivestire nel dare impulso all'implementazione di questi nuovi modelli giuridici e alle problematiche che emergono in sede applicativa dalla partecipazione di queste amministrazioni alle comunità a causa delle limitazioni presenti nel quadro normativo vigente in materia di partecipazione a contratti di tipo associativo.

Dopo aver descritto i principali modelli tipici contemplati dal nostro ordinamento che potrebbero essere utilizzati per la costituzione delle future comunità energetiche, il presente articolo propone di declinare gli istituti in esame alla luce del paradigma sussidiario. A tal fine, introduce l'ipotesi di comunità energetica come nuovo modello di partenariato: un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato sociale (PPPIS).

Energy Communities as a New Dimension of Subsidiarity Paradigm

The present article examines Energy communities as new European legal models by unravelling their fundamental legal elements in the light of both European and National legal frameworks. The article focuses mainly on the role local authorities may play in order to give impulse in applying those legal models along with problems that may arise from the participation of local authorities to those communities, because of constraints the current legal framework may present in case of participation of local authorities to corporation and similia.

After having described the main legal models provided by the Italian legal system who may be used for future energy communities, the present article proposes to read energy communities in the light of the subsidiarity paradigm. For that purpose it introduces the hypothesis of energy community based on a new model of partnership: the institutionalised social public-private partnership (ISPPP).