

L'amministrazione sostenibile: il modello delle comunità energetiche

di Siria Carrara, Anna Giurickovic Dato, Manlio Lisanti,
Marco Macchia, Giuseppe Sferrazzo*

11 gennaio 2024

Coniugando sostenibilità ambientale, partecipazione democratica e giustizia sociale, con le comunità energetiche si può produrre, consumare, immagazzinare e vendere energia rinnovabile. Esse contribuiscono a soddisfare il fabbisogno interno, nonché a perseguire finalità economiche sociali. Eppure il quadro giuridico appare sfocato. Quale veste giuridica devono indossare le comunità? La realtà ci restituisce una fotografia cangiante, rispondente ai dettami di un modello partecipativo su base aperta e volontaria. Il principio di libertà delle forme mostra una realtà assai diversificata. Alcune sono costituite come associazioni non riconosciute. Altre come consorzi e società consortili. Altre ancora come cooperative energetiche o fondazioni di partecipazione. Altre ancora come partenariati pubblico-privati. L'articolo indaga queste diverse modalità organizzative, alla luce anche della giurisprudenza che si è pronunciata su quale assetto sia maggiormente in grado di garantire il principio della partecipazione aperta e volontaria.

Sommario: 1. Il modello delle comunità energetiche rinnovabili. – 2. La struttura organizzativa: l'associazione non riconosciuta? – 3. Il partenariato pubblico-privato per lo sviluppo delle comunità energetiche rinnovabili. – 4. La Corte dei Conti e il modello sbagliato.

1. Il modello delle comunità energetiche rinnovabili

Le Comunità energetiche rinnovabili (CER) costituiscono uno dei modelli più innovativi e virtuosi per la transizione ecologica, in quanto sono strumenti in grado di coniugare la sostenibilità ambientale con la partecipazione democratica e la giustizia sociale, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma

* Il lavoro è frutto di una riflessione comune, coordinata da Marco Macchia, all'interno del gruppo SOSCER "Sostenibilità e Comunità energetiche", costituito presso il Dipartimento di Management e Diritto, Università degli studi di Roma "Tor Vergata". In particolare, il par. 1 è stato scritto da Anna Giurickovic Dato, il par. 2 è stato scritto da Giuseppe Sferrazzo, il par. 3 è stato scritto da Manlio Lisanti, il par. 4 è stato scritto da Siria Carrara.

4 Cost.¹. Si tratta di libere associazioni che si fondano sulla collaborazione di cittadini, imprese e amministrazioni ai fini della produzione e della condivisione di energia rinnovabile. Tali comunità si basano, pertanto, sul lavoro congiunto di soggetti pubblici e privati che possono rivestire, contemporaneamente, il ruolo di produttori e consumatori (c.d. *prosumers*)² di energia, contribuendo non solo a soddisfare il proprio fabbisogno, ma anche a perseguire finalità economiche sociali (come la creazione di una comunità di soggetti che partecipano ai fabbisogni collettivi, nell'interesse generale, anche a vantaggio delle fasce meno abbienti) e ambientali (quale la produzione di energia rinnovabile al fine del progressivo abbandono delle fonti fossili).

Le CER sono state introdotte, in ambito europeo, con la Direttiva UE 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. *RED II*). In particolare, l'art. 2 della Direttiva *RED II* definisce la comunità energetica rinnovabile come quel soggetto giuridico "che si basa su una partecipazione aperta e volontaria, è autonomo e controllato da azionisti o membri situati nelle vicinanze degli impianti di produzione che appartengono e sono sviluppati dalla CER"; in cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali; il cui obiettivo principale è quello di fornire benefici ambientali, economici e sociali, piuttosto che profitti finanziari³.

Il legislatore europeo incentiva la costituzione di CER, ma lascia agli Stati la libertà di provvedere affinché le autorità competenti, a livello nazionale, regionale e locale, introducano disposizioni volte all'integrazione e alla diffusione delle energie rinnovabili (art. 15 della Direttiva *RED II*), sancendo che i principi essenziali previsti dal diritto dell'Unione europea debbano in ogni caso rientrare negli aggiornamenti dei piani nazionali per l'energia e il clima degli Stati membri e delle relazioni sullo stato di avanzamento, ai sensi del Regolamento UE 2018/1999 (art. 22, par. 5).

Gli Stati membri devono, in ogni caso, assicurare che le CER abbiano il diritto di: produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile, anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile; scambiare, all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta dalle unità di produzione detenute da

¹ Sulle CER, *ex multis*, v. R. MICCÙ, M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2022, p. 619; G. SPINA, *CER come modello strategico gestionale di sviluppo sostenibile*, I, in *Ambiente & Sviluppo*, 2023, p. 530 ss.; C. IAIONE, E. DE NICTOLIS, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d'interessi*, in *Dir. e soc.*, 2022, p. 589 ss.; M. BOLOGNESI, A. MAGNAGHI, *Verso le comunità energetiche*, in *Scienze del territorio*, special issue, "Abitare il territorio al tempo del Covid", 2020; C. CANDELISE, G. RUGGIERI, *Status and Evolution of the Community Energy Sector in Italy in Energies*, n. 13, 2020; V. PEPE, *Le "comunità energetiche" come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto.it*, 3, 2022; L. DE SANTOLI, *Le comunità dell'energia*, Quodlibet, 2011; C. MARI, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico-privato per la transizione ecologica*, in *federalismi.it*, 29, 2022. Sul tema delle ricadute amministrative delle politiche sostenibili, *Il governo dello sviluppo sostenibile*, a cura di B.G. MATTARELLA, Torino, 2023.

² M. MAUGERI, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dei "prosumers" ai "consumatori" e ai "clienti finali"*, in *N. giur. civ. comm.*, 2015, p. 406 ss.

³ L. GIANI, G. IACOVONE, A. IACOPINO, *Commoning e territori: brevi spunti sulle potenzialità delle comunità energetiche*, in *Dir. e soc.*, 2022, p. 643 ss.

tale comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile; accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica appropriati, direttamente o mediante aggregazione, in modo non discriminatorio (art. 22, dir., par. 2).

In quanto alle modalità di partecipazione e accesso alle CER, l'art. 22, par. 1, della direttiva, si limita a disporre che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare ai clienti finali il diritto di partecipare alla comunità, mantenendo al contempo i loro diritti e doveri in qualità di clienti e senza essere soggetti a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie che ne impedirebbero la partecipazione, a condizione che, con riferimento alle imprese private, la loro partecipazione non costituisca l'attività commerciale o professionale principale. Tale norma, pertanto, riconosce un diritto formale dei clienti domestici di partecipare alla comunità di energia rinnovabile, al quale corrisponde l'obbligo positivo in capo agli Stati membri di non assoggettare i clienti ad alcun tipo di condizione o barriera legislativa o amministrativa che avrebbe l'effetto concreto di violare il loro diritto di partecipazione. Al contrario, gli Stati sono tenuti alla promozione del modello CER – e, in generale, della produzione e del consumo di energia da fonti rinnovabili – in applicazione del “principio di massima apertura delle CER”⁴. Corollario di tale principio è, peraltro, la previsione che debba essere assicurata una parità di trattamento⁵ tra i componenti delle CER e garantita una gestione democratica a prescindere dalla natura, pubblica o privata, degli stessi⁶.

La Direttiva *RED II* è stata attuata, in Italia, inizialmente in via solo parziale e transitoria, con l'art. 42-*bis* del d.l. n. 162/2019, in seguito in via stabile con il d.lgs. n. 199/2021. Quest'ultimo, all'art. 31, disciplina la configurazione delle comunità energetiche rinnovabili, confermando la sussistenza, in capo ai clienti finali, del diritto di organizzarsi in CER, qualora siano rispettati determinati requisiti: il principio di condivisione dell'energia prodotta da FER⁷, secondo cui deve essere perseguito l'obiettivo di fornire “benefici ambientali, economici e 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 principio di massima apertura, già citato, secondo cui la partecipazione deve essere aperta a tutti i consumatori “compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili”⁸; il necessario collegamento tra l'esercizio del potere di controllo (che fa capo esclusivamente a persone fisiche, piccole e medie imprese, associazioni con personalità giuridica di diritto privato, enti territoriali e autorità locali, enti di ricerca e formazione, enti religiosi, quelli del terzo settore e di

⁴ In tal senso, v. Corte cost., 23 marzo 2023, n. 48.

⁵ Art. 22, comma 4, lett. e) della direttiva 2018/2001/UE, ai sensi del quale “le comunità di energia rinnovabile non siano oggetti di un trattamento discriminatorio per quanto concerne le loro attività, i loro diritti e obblighi in quanto consumatori finali, produttori, fornitori, gestori del sistema di distribuzione o altri partecipanti al mercato”.

⁶ *Ex multis*, v. E. CUSA, *Il diritto dell'Unione europea sulle comunità energetiche e il suo recepimento in Italia*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2020, p. 287 ss.

⁷ Art. 31, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 199/2021.

⁸ Art. 31, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 199/2021.

protezione ambientale)⁹ e l'ambito locale e territoriale. Si noti che, rispetto alla disciplina previgente, il legislatore del 2021 è intervenuto ampliando il campo di applicazione delle CER, sia in relazione ai soggetti partecipanti¹⁰ – con l'effetto di aumentare, così, le forme di collaborazione pubblico-privato nella realizzazione delle comunità – sia in relazione ai presupposti oggettivi e tecnici¹¹.

Inoltre, l'art. 32 del d.lgs. n. 199/2021, rispetto alle modalità di interazione delle CER con il sistema energetico, precisa che i rapporti debbano essere regolati mediante un contratto di diritto privato che assicuri, ai clienti finali, il mantenimento dei loro diritti, tra cui quello di scegliere il proprio venditore e quello di poter recedere in qualsiasi momento (fatte salve eventuali conseguenze economiche che, in ogni caso, devono essere eque e proporzionate rispetto alla compartecipazione agli investimenti sostenuti)¹². Lo stesso articolo, al comma 3, affida poi all'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) il compito di adottare i provvedimenti necessari a garantire l'attuazione delle disposizioni in materia¹³.

La materia è regolata, altresì, dal d.lgs. n. 210/2021 il quale ha recepito la direttiva UE 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica. In particolare, l'art. 12 di tale decreto dispone che i clienti sono liberi di stipulare contratti di aggregazione, indipendentemente dal proprio contratto di fornitura di energia, nonché di acquistare e vendere tutti i servizi connessi al mercato dell'energia elettrica diversi dalla fornitura¹⁴.

Rispetto alla natura delle CER, invece, l'art. 14 sancisce che queste sono soggetti di diritto privato che possono assumere "qualsiasi forma giuridica". Com'è evidente, la normativa lascia ampia libertà nella definizione della forma giuridica delle comunità energetiche rinnovabile e sul punto ha avuto modo di pronunciarsi l'ARERA, la quale, nella Consultazione 390/2022/R/eel, ha ritenuto "non opportuno che l'Autorità identifichi elementi caratterizzanti le comunità energetiche ulteriori rispetto a quelli presenti nella normativa primaria, al fine di non comprimerne la flessibilità", sancendo che, pertanto, le CER "possono essere costituite secondo quanto consentito dall'ordinamento giuridico vigente". È rimessa ai soci, quindi, la definizione delle vesti giuridiche della comunità, purché nel rispetto, ovviamente, delle finalità imposte dalla normativa, nonché dei principi di partecipazione aperta e volontaria e di condivisione.

Il principio di libertà della forma ha portato a una realtà assai diversificata, che comprende associazioni non riconosciute (come la CER di Turano Lodigiano o la CER

⁹ Art. 31, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 199/2021.

¹⁰ Che includono, ora, anche le imprese del terzo settore e gli enti religiosi, nonché tutte le amministrazioni locali dell'elenco ISTAT.

¹¹ Aumentando la potenza energetica ammessa ad incentivo da 200KW a 1 Mw e modificando il presupposto del collegamento dei partecipanti alla medesima cabina da secondaria a primaria.

¹² E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., p. 113.

¹³ La norma specifica, inoltre, che, nelle more dell'attuazione, si applicano le disposizioni già adottate in attuazione dell'art. 42-bis, comma 8, D.L. 162/2019.

¹⁴ Per un approfondimento sulla normativa in materia cfr. G. SPINA, *CER come modello strategico gestionale di sviluppo sostenibile*, cit.

del Comune di Ferla) e riconosciute, consorzi e società consortili (modello questo, tuttavia, che la Corte dei Conti, di recente, ha ritenuto non adatto alla costituzione delle CER in quanto non sarebbe in grado di garantire il principio della partecipazione aperta e volontaria)¹⁵, cooperative energetiche (la forma attualmente più utilizzata in Europa), fondazioni di partecipazione (come la CER Valdarno del Comune di Montevarchi) e, di recente, anche partenariati pubblico-privati (come la CER di Arezzo, la prima ad aver seguito tale modello).

Nonostante il mercato *favor* nei confronti delle CER – espresso tanto dal legislatore europeo quanto da quello italiano – quali strumenti innovativi ispirati al principio di sussidiarietà orizzontali e finalizzati alla produzione di energia da fonti rinnovabili e alla riduzione del consumo di energia da fonti tradizionali, tale modello incontra molti limiti, innanzitutto culturali¹⁶, che ne rallentano la diffusione sul territorio italiano.

Sulla base del rapporto trimestrale del GSE (n. 4/2023) risulta, infatti, che sino al 31 dicembre 2022 siano state effettuate soltanto ventuno configurazioni di CER, peraltro tutte da fonte fotovoltaica. Nonostante, infatti, la forte promozione normativa alla costituzione di comunità energetiche rinnovabile, nonostante le tariffe incentivanti (definite con il DM del MISE del settembre 2020 e, in seguito, anche dal d.lgs. n. 199/2021), nonostante tutti gli altri atti, anche a valenza temporanea, adottati al fine stanziare fondi (il PNRR ha previsto un investimento pari a 2,2 miliardi di euro per la promozione di energia rinnovabile mediante i modelli delle comunità energetiche e dell'autoconsumo) o di introdurre deroghe e semplificazioni volte a facilitare la costituzione delle comunità (da ultimo il d.l. n. 13/2023, c.d. PNRR *ter*), si è riscontrata una lentezza attuativa. Questa, probabilmente, è anche causata dalle lacune normative in materia e dalla confusione creata dalla grande libertà che il legislatore ha inteso lasciare rispetto alle forme giuridiche e alle modalità concrete di costituzione e funzionamento delle comunità. In via generale, infatti, si riscontra una scarsa conoscenza delle opportunità e dei benefici che potrebbero derivare dalle CER, con la conseguenza di una sostanziale disincentivazione alla realizzazione delle comunità¹⁷, sia a causa della limitata partecipazione dei cittadini e delle imprese, sia a causa della ridotta competenza dei funzionari amministrativi i quali, spesso, non sono in grado di applicare le nuove regole o di superare resistenze (come la c.d. paura della firma) e agevolare la costituzione delle CER.

2. La struttura organizzativa: l'associazione non riconosciuta?

¹⁵ Sul punto v. Corte dei Conti, sez. contr. Toscana, deliberazione n. 77/2023/PASP del 30 marzo 2023.

¹⁶ M. BOLOGNESI, A. MAGNAGHI, *Verso le comunità energetiche*, in *Scienze del territorio*, cit., 144; R. WÜSTENGAGEN, M. WOLSINK, M.J. BÜRER, *Social acceptance of renewable energy innovation: An introduction to the concept in Energy Policy*, n. 35, 2007, p. 2683-2691.

¹⁷ N. MAGNANI, G. OSTI, *Does civil society matter? Challenges and strategies of grassroots in Italy's energy transition*, in *Energy Research and Social Sciences*, n. 13, 2016.

Se da un lato, il diritto dell'Unione europea non accenna ad alcuna preferenza per il modello organizzativo, da ciò conseguendone grande incertezza in merito al tipo da seguire, dall'altro lato però non si è posto il problema relativo all'inserimento di un nuovo strumento in quanto la CER di futura costituzione è già facilmente adattabile in virtù degli schemi messi a disposizione dall'ordinamento giuridico italiano.

In tal senso, come confermato dall'ARERA¹⁸, la forma giuridica utilizzabile è variegata e meglio adattabile alle specifiche esigenze dei soggetti interessati, confermando indirettamente il concetto di trans-tipicità connotato nell'ambito europeo e rinvenibile in una moltitudine di modelli organizzativi¹⁹.

Non vi è dubbio però che nonostante i molteplici modelli utilizzabili dai promotori di una CER la realtà italiana è marcatamente orientata verso l'utilizzo di un modello in particolare, ovvero quello dell'associazione ordinaria di cui all'art. 14 c.c., nello specifico, dell'associazione non riconosciuta²⁰.

Sul punto, ci si deve interrogare sul perché tale modello organizzativo nella pratica abbia riscosso più successo rispetto alle altre impostazioni gestionali e, nell'evidenziare le peculiarità dell'associazione non riconosciuta è opportuno soffermarsi anche sullo strumento del protocollo d'intesa, che, nella pratica, risulta quale premessa necessaria per il raggiungimento dell'accordo tra la parte pubblica e la parte privata²¹.

Sulla base di quanto emerso dalle costituite CER per il tramite dell'associazione non riconosciuta²², si possono rintracciare dei punti in comune tali da consentire, in via generale, l'individuazione di un modello unico di svolgimento.

Sovente, tali comunità energetiche hanno accesso ai finanziamenti di natura pubblica; presentano un'impostazione correlata alla concessione dagli impianti di proprietà dell'ente territoriale di riferimento²³, e, da ultimo, presentano la possibilità di

¹⁸ ARERA, *Regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica condivisa da un gruppo di auto consumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente in edifici e condomini oppure condivisa in una comunità di energia rinnovabile*, 318/2020/R/ eel, 4 agosto 2020.

¹⁹ Tra questi vi rientrano: associazione, cooperativa, consorzio, partenariato, organizzazione senza scopo di lucro, società *benefit*, società a responsabilità limitata, associazione temporanea di imprese.

²⁰ Ciò è percepibile dallo studio condotto da LUISS ed ENEA Enea, *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*, RdS/PTR(2021)/053, Dicembre 2021, in cui tra le varie informazioni riconducibili alle CER, è indicata la natura giuridica del modello organizzativo prescelto.

²¹ Si rammenta che il protocollo d'intesa quale accordo tra parte pubblica e parte privata, nonostante venga riportato e descritto nella suindicata fase, sia riconducibile a qualsiasi modello organizzativo, in quanto ne forma la necessaria premessa volta a rendere certe le future basi della CER.

²² Esempi pratici si ritrovano rispettivamente: delle Comunità di Ferla (SR), Ussaramanna (SU), Villanovaforru (SU), Macerata Feltria (PU), San Daniele del Friuli (UD) e della Comunità del Pinerolese (TO).

²³ In particolare, innovativa in tal senso è la CER costituita e approvata in data 8/11/2021, n. prot. 126, dalla giunta comunale di Ferla (SR), per la concessione di uso gratuito alla Comunità Energetica Rinnovabile CommOn Light di un impianto fotovoltaico del Comune ad iniziativa *public lead*, che punta ad un progetto a regia pubblica grazie al supporto accademico degli esperti della vicina Università di Catania, in particolar modo Marisa Meli (Professoressa di diritto privato, Università di Catania) e Enrico

impostare la futura comunità energetica sulla base di accordi qualificabili quali schemi privatistici di collaborazione pubblico privata, in qualità di vere e proprie intese svincolate da qualsiasi previsione di legge amministrativa²⁴.

A tal uopo, in prima battuta, è necessario evidenziare il ruolo dei c.d. protocolli d'intesa. Trattasi di strumenti di natura privatistica, svincolati da qualsiasi previsione legale che consentono alle parti di poter favorire e sostenere una CER al fine di permettere la partecipazione volontaria e aperta a tutti i consumatori. I citati protocolli perseguono l'obiettivo principale di favorire lo sviluppo sociale ed economico nel rispetto dei principi di sostenibilità ambientale e dell'innovazione.

Tale protocollo d'intesa è volto a dare inizio alla fase di costituzione di una CER. Il tutto deve essere promosso dal comune o dall'ente locale, in coerenza con quanto è rinvenibile all'interno del d.lgs. n. 199/2021 e dei provvedimenti adottati in materia da parte della ARERA. Ad avviso dello scrivente, il protocollo d'intesa assurge a strumento ottimale per impostare le basi della futura comunità laddove fissando in modo cristallino i compiti e le responsabilità dei soggetti sottoscrittori, definisce al contempo, le modalità di cooperazione correlate alla fase di costituzione o promozione della stessa CER.

Frattanto, il protocollo d'intesa, sulla base della forma giuridica prescelta, rinvia all'atto costitutivo e al regolamento per la disciplina dei rapporti tra i membri della CER costituita.

Nonostante l'assenza di disciplina sul piano legislativo, si è oramai identificato un nucleo di requisiti essenziali oggetto di rinvenimento nel protocollo d'intesa. Quest'ultimo deve contenere: a) la forma giuridica prescelta per la costituzione della comunità; b) l'obiettivo principale della CER, nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 199/2021 e i provvedimenti adottati in materia dall'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA), e della strategia di decarbonizzazione europea nell'ambito del *Repower EU*. L'eventuale assunzione da parte del Comune o dell'ente locale del ruolo dei poteri di controllo di cui all'art. 31 c. 1 lettera a) del d.lgs. n. 199/2021; i compiti, le responsabilità e le modalità di cooperazione dei vari soggetti sottoscrittori in relazione alla fase di costituzione o promozione della Comunità Energetica Rinnovabile e le tempistiche previste per la fase di avvio dell'iniziativa; le modalità di adesione e di recesso dalla comunità energetica, che devono avvenire nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza e tutela del consumatore; l'eventuale indicazione dei tetti e degli edifici pubblici e delle aree

Giarmanà (dottorando presso l'Università degli studi di Catania). In questo caso, il Comune siciliano ha contribuito alla costituzione della comunità in virtù della concessione in godimento di impianti, esistenti, bensì non ancora entrati in esercizio. Per maggiori informazioni LUISS ed ENEA Enea, *Energy Communities: prototipazione sperimentale del modello giuridico-economico delle comunità energetiche*, cit., p. 67 ss.

²⁴ In questo senso, R. PISELLI, *Le comunità energetiche tra pubblico e privato: un modello organizzativo transtipico*, in *Dir. e soc.*, 2022, p. 793; per cui l'esempio classico di CER è da rinvenire sulla concessione a titolo gratuito dei tetti degli edifici del comune di riferimento o, altresì, degli impianti di energia rinnovabile.

pubbliche in disponibilità all'installazione degli impianti al servizio della CER, mappate ai sensi della legge regionale di riferimento.

Per quel che concerne la natura giuridica dello strumento in esame, a mente di alcuni studiosi, trattasi di un accordo non rientrante tra gli strumenti configuranti vincoli giuridici per i sottoscrittori.

Non vi è dubbio che la flessibilità del protocollo d'intesa consente alle parti di non vincolarsi e conseguentemente di non incorrere in alcuna forma di responsabilità nei confronti degli altri sottoscrittori²⁵. Trattasi difatti, di istituto assimilabile al *genus* degli atti di *soft law*, ovvero degli atti che sono privi di coercibilità in senso tradizionale, implicanti una mera cooperazione tra le parti in causa e in cui la caratteristica principale è proprio quella di porre precetti che sono mancanti di sanzione, da intendersi quali precetti la cui ottemperanza è volontariamente lasciata alle parti costituenti la comunità di riferimento²⁶. Quanto appena delineato consente, da un lato, di impostare le basi per la costituzione della futura comunità energetica e al contempo, dall'altro lato, di non configurare alcun obbligo giuridico in capo agli enti comunali di riferimento, con conseguente impossibilità di azione risarcitoria nei loro confronti, assicurandoli, quindi, sotto il duplice punto di vista relativo alla responsabilità sia economica che personale.

Tornando ad esaminare il modello organizzativo riferibile all'associazione non riconosciuta, come sottolineato dalla dottrina è possibile ritrovare ulteriori tratti comuni tra le varie comunità istituite mediante associazione non riconosciuta. Tra questi è possibile rinvenire: l'ininfluenza del territorio e del progetto ai fini della scelta del modello in esame; la trascurabilità del soggetto promotore, non modificando alcunché sia nel caso in cui sia un soggetto pubblico che un soggetto privato ed infine sulla molteplicità di livelli di *governance* e controllo in cui la componente partecipativa varia a seconda della gestione della comunità²⁷.

Chiaro è il motivo per cui la scelta ricade su tale tipologia di modello organizzativo, data la semplicità e malleabilità dello strumento contrattuale, il quale consente di utilizzare schemi flessibili di collaborazione da cui ne consegue per la

²⁵ A differenza di quanto avviene per gli strumenti giuridici individuati dal Codice civile come nel caso del contratto preliminare di cui all'art. 1351 c.c., che, sulla base della ricostruzione effettuata, in virtù della doppia funzione rivestita e quindi considerandolo a tutti gli effetti quale un doppio contratto, sarà possibile richiedere oltre al risarcimento dei danni anche l'azione di risoluzione per inadempimento in ogni caso in cui non si siano rispettati gli interessi programmati dalle parti all'interno del preliminare. In virtù del preliminare, d'altronde, si assiste ad una sorta di contrattualizzazione dell'obbligo di buona fede assunta, dapprima quale clausola generale di comportamento alla luce dell'art. 1337 c.c., ora invece quale obbligo discendente dal precedente preliminare la cui violazione produce un danno da interesse positivo. In tal caso, quindi sorgerà una responsabilità di tipo contrattuale ex art. 1218 c.c., per inadempimento derivante dalla mancata continuazione delle trattative.

²⁶ Sul punto, M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017; per cui è possibile parlare in alcuni casi di pre-law, quindi di una preparazione alla stipulazione di impegni giuridici vincolanti e quindi propedeutici alla creazione di una hard-law.

²⁷ R. PISELLI, *Le comunità energetiche tra pubblico e privato: un modello organizzativo transtipico*, cit., p. 775 ss.

pubblica amministrazione d'attinenza un ulteriore spazio di libertà circa l'utilizzo dei poteri discrezionali amministrativi ad essa appartenenti.

Ma la semplicità dell'associazione non si arresta esclusivamente a questo dato.

Ciò che pervicacemente convince i soggetti interessati a procedere con tale forma giuridica è l'assenza di regolamentazione dell'associazione nel d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, ossia il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (da ora in avanti TUSP).

Dalla costituzione di una società derivano una serie di implicazioni procedurali²⁸, fra tutte quella per cui nei confronti del soggetto pubblico promotore di una CER, nel momento in cui proceda alla costituzione della società, discenderebbe l'obbligo di selezionare il socio privato in virtù di una gara in base a quanto previsto *ex art.* 17 TUSP.

In tal senso, altra peculiarità è accertabile nella maggiore flessibilità dell'organizzazione e gestione le quali, essendo lasciate all'autonomia privata, non sono in alcun modo legate a moduli di *governance* interna o alla vigilanza dell'autorità pubblica. Nel settore di riferimento non è contemplata alcuna normativa puntuale, restando esclusivamente legate alla disciplina individuata dal Codice civile, eccezion fatta per il correlato potere di controllo esercitabile dalla Corte dei conti riconducibile in un'ottica di monitoraggio circa il raggiungimento dell'interesse pubblico primario²⁹.

Altra caratteristica di rilevante impatto è da riferire alla facile adesione alla CER anche da parte della amministrazione pubblica, in mancanza dei limiti procedurali stringenti prestabiliti dal TUSP in caso di acquisto di una partecipazione societaria. Tra tutti i modelli organizzativi esistenti, quello che ha ricevuto il maggior avallo nel corso degli anni da parte del legislatore, nonostante il suo scarso utilizzo, è il modello del partenariato pubblico-privato.

L'associazione, come evidenziato, gli viene preferita per molteplici motivi. In primo luogo, per le difficoltà di avvio della procedura. In secondo luogo, data la lungaggine procedurale volta a giungere all'affidamento del contratto. In terzo luogo, fra tutti, in vista delle molteplici incertezze circa l'allocazione dei rischi tra le parti i quali, tratteggiano la maggiore preoccupazione per i soggetti rappresentanti gli enti locali di riferimento.

Da ultimo, per quel che concerne il punto di vista economico, l'associazione non riconosciuta viene preferita, prescindendo dalle semplicità dal punto di vista normativo, anche per la maggiore semplicità di gestione e per l'economicità di cui è intrisa. Nella prassi tale modello ha presentato costi più bassi oltre che una maggiore flessibilità statutaria rispetto al procedimento di democratizzazione della CER per cui è possibile, per chi entra a farne parte, successivamente ottenere notevoli benefici economici in

²⁸ Tra le altre, in materia di acquisto, gestione e alienazione delle partecipazioni, monitoraggio, trasparenza.

²⁹ Art. 1, comma 4, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175: "restano ferme tutte le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche ad enti associativi diversi dalle società e a fondazioni".

maniera chiara e semplice, risultando più appetibile rispetto ad altre forme organizzative.

In conclusione, l'opzione rappresentata del modello dell'associazione non riconosciuta è da preferire nell'ottica di una semplificazione e accelerazione del modulo procedimentale, oltre che al forte sgravio di responsabilità ed un'assenza di burocraticità nei rapporti tra pubblico e privato.

Nonostante ciò, il dubbio sulla sua costante applicazione resta.

In presenza di strutture normativamente dettagliate e complete dal punto di vista regolatorio contenutistico, la scelta di optare, nella prassi, per l'associazione non riconosciuta, la quale non presenta alcuna regolamentazione oltre a figurare da espediente adatto a manipolare la CER alla luce dell'ampia discrezionalità concessa all'amministrazione potendo, oltretutto, comportare la creazione di regole di *governance* e di ripartizione dei benefici non del tutto democratici e contrastanti con i principi fondanti le Comunità, non pone del tutto a favore dello schema in esame.

Non vi è dubbio che la c.d. *fuga dal modello* abbia effetti positivi e per di più incoraggianti la formazione delle CER nel panorama giuridico italiano ma, d'altra parte, ciò non può comportare l'*escamotage* costante alla normativa presente, ancor di più qualora dovesse tradursi in un costante rischio per la sicurezza dell'azione amministrativa in termini di trasparenza e imparzialità.

Solo il futuro e la costante applicazione dei nuovi modelli delle CER potranno confermare l'eventuale apertura agli schemi normativi così come disegnati dal legislatore. Non vi è dubbio che tale nuovo modello di CER consente lo sfruttamento costante e continuo di collaborazioni tra pubblico e privato in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 della Costituzione.

Ma soprattutto, permette lo sviluppo e la realizzazione di politiche nazionali ed europee volte a garantire la sostenibilità ambientale mediante il passaggio verso fonti alternative non inquinanti³⁰.

Il coinvolgimento delle componenti della collettività è fondamentale per la transizione verso un futuro sostenibile ma ciò deve essere fatto sempre nel rispetto della collaborazione con il privato oltre che in virtù di quanto stabilito a livello legale evitando di plasmare la realtà giuridica per quanto sia più utile alle parti.

3. Il partenariato pubblico-privato per lo sviluppo delle comunità energetiche rinnovabili

³⁰ Così come ampiamente sostenuto dal PNRR, in cui si sono stanziati circa 2,2 miliardi di euro per la realizzazione delle CER nei territori comunali di piccole dimensioni. Come sostenuto da M. ROMEO, *Produzione di agroenergie, autoconsumo collettivo e comunità energetiche*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, n. 4, 2021, in www.rivistadga.it, secondo cui uno studio proiettato dal 2021 nei successivi cinque anni, prevede una presenza di oltre 40 mila CER, con il coinvolgimento di 1,2 milioni di famiglie, 200 mila uffici e 10 mila PMI, con una crescita di posti di lavoro di oltre 10 mila unità.

Fino a pochi anni fa l'utilizzo del partenariato pubblico-privato, almeno in Italia, è stato limitato solo ad alcune sporadiche esperienze, vuoi per le difficoltà interpretative della disciplina di riferimento, solo tratteggiata dal d.lgs. n. 50/2016, vuoi per la scarsa attitudine delle amministrazioni a gestirne la complessità intrinseca.

Con il d.lgs. n. 36/2023 si è tentato di dare una sistematizzazione normativa al fine di incrementare l'utilizzo di questo particolare strumento contrattuale ispirato a logiche di amministrazione condivisa e ad una concezione di collaborazione tra pubblico e privato³¹. Proprio per questa sua caratteristica intrinseca, il partenariato pubblico-privato, anche nel quadro di riferimento nazionale, ha iniziato a rivestire un'importanza sempre maggiore in seguito agli eventi pandemici e alla crisi economica che ne è scaturita. Ciò ha avuto l'effetto di far recuperare all'amministrazione pubblica una centralità che andava via via dissolvendosi, attraverso la messa a punto di determinate scelte di carattere politico-economico alle quali sembrava aver, ormai, abdicato³². Una centralità che ha spinto il legislatore a riscrivere la disciplina dei contratti pubblici, nella propria integralità, ridisegnandola alla luce di questa nuova prospettiva, prepotentemente affacciata all'indomani del secondo decennio di questo secolo e che presuppone il recupero e il rinnovamento del ruolo del pubblico quale strumento imprescindibile di *policy* economica³³, di sviluppo delle innovazioni e di mezzo per il raggiungimento di risultati³⁴ rispetto ai quali vigono impegni di carattere eurounitario.

³¹ Sul delicato diaframma che intercorre ormai tra diverse branche del diritto, cioè sulla «*amministrativizzazione*» delle stesse, con una conseguente sviluppo della collaborazione tra il pubblico e il privato, si rinvia a S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in www.irpa.eu, *Lezione per festeggiare il 60° anniversario della Scuola di specializzazione in studi sulla pubblica amministrazione - Spisa*, Bologna, 26 ottobre 2015. Del medesimo a., si veda anche, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2008, p. 7 e ss.

³² In relazione alla nuova stagione di protagonismo dell'amministrazione pubblica, calata nel suo ruolo di promotrice di sviluppo economico, che tuttavia non si spinge oltre la programmazione, senza perciò intaccare la sfera imprenditoriale privata, si rinvia a F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021, *passim*.

³³ Per una estesa disamina della connessione esistente tra contratti pubblici e innovazioni tecnologiche, la loro funzione di attrattori di ricchezza e il loro utilizzo come strumento di *policy* economica si veda V. LEMBER, R. KATTEL, T. KALVET, *Public Procurement, Innovation and Policy. International Perspectives*, Heidelberg, New York, 2014. Più recentemente F. DECAROLIS, *Il contributo dell'analisi economica nei contratti pubblici*, in R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI, R. TUCCILLO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Questioni attuali sul D.Lgs. n. 36/2023*, Piacenza, 2023, p. 63.

³⁴ Con il nuovo Codice dei contratti pubblici si è assistito ad un'inversione nella scala di rilevanza degli obiettivi principali cui tendere. Lo afferma con chiarezza l'art. 1, comma 1, del D.Lgs. 36/2023, che pone come principio fondamentale del Codice il *principio del risultato*, che diviene fulcro rispetto al quale devono comunque ruotare i principi di concorrenza, legalità, trasparenza, tutela ambientale e sociale. Per una disamina più approfondita dal punto di vista dottrinario, si veda M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004, p. 122. In relazione al nuovo Codice, si rinvia a F. CINTIOLI, *Il principio di risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2023.

Una delle maggiori risorse, da questo punto di vista, che si può scorgere tra i numerosi strumenti messi a disposizione dal nuovo Codice, è proprio quella rappresentata dalla riscrittura dell'istituto del partenariato pubblico-privato, il quale presuppone un meccanismo contrattuale attraverso il quale poter dare un importante impulso all'economia, sfruttando il suo «*effetto leva*»³⁵. In questo modo l'amministrazione potrà beneficiare, da un lato, di capitali privati, ampliando le proprie disponibilità per la realizzazione degli scopi che le sono attribuiti, mentre dall'altro potrà integrare, come beneficio di medio-lungo termine, il proprio *know-how*, attraverso le conoscenze e le esperienze messe a disposizione dal *partner* privato.

Queste risorse, per lo più sviluppate nel mondo dell'impresa ed in quello del Terzo settore, possono costituire un valido contributo all'accelerazione della transizione ecologica, al recupero del patrimonio culturale, alla rivitalizzazione dei piccoli centri: tutti obiettivi che trovano una diretta corrispondenza nei progetti finanziati attraverso i fondi del PNRR, il quale contiene proprio uno specifico *favor* nei confronti del coinvolgimento degli investitori privati, anche di piccole dimensioni, prevedendo in alcuni casi dei limiti agli investimenti. Limiti imposti alla partecipazione di investitori-imprese che si spiegano con riferimento ad uno dei molteplici scopi perseguiti dallo stesso PNRR, ovvero consentire un maggiore coinvolgimento nelle scelte amministrative e garantire un più diffuso accesso al mercato da parte delle piccole e medie imprese³⁶.

Con il maggior dettaglio normativo con il quale è stato disciplinato il partenariato, è stata chiarita, per un verso, la volontà di potenziare il coinvolgimento del Terzo settore, affinché la collaborazione che ne possa scaturire sia efficace e feconda, per altro verso, il potenziamento del PPP ha anche l'intento di consentire ingenti risparmi di risorse economiche e, tuttavia, garantire la creazione, il rinnovamento ed il mantenimento delle infrastrutture. Infatti, affinché il PPP sia produttivo di effetti positivi, questo deve giocoforza avere una lunga durata, durante la quale sono indispensabili serie attività di monitoraggio da parte dell'amministrazione: in questo

³⁵ La rilevanza dello strumento del partenariato pubblico-privato come produttivo di un benefico «*effetto leva*», e cioè inteso come «*moltiplicatore delle risorse pubbliche investite*», è ben espressa in A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 442; in relazione alla letteratura economica si rinvia a E. IOSSA, D. MARTIMORT, *The Simple Microeconomics of Public-Private Partnership*, in *Journal of Public Economic Theory*, 2015, p. 48.

³⁶ Si veda a questo proposito la missione M1C3.2 «Rigenerazione dei piccoli siti culturali, patrimonio culturale, patrimonio religioso e rurale» oppure l'investimento «2.1: Attrattività dei borghi». A questo proposito si evidenzia che il Ministero della Cultura, nel dicembre 2021, ha stanziato 420 milioni di euro per la rigenerazione culturale, sociale ed economica dei borghi a rischio abbandono o abbandonati, prevedendo una premialità per i progetti che coinvolgano le comunità locali, le imprese, anche quelle non *profit* proprio allo scopo di incentivare la co-gestione dei progetti e di ciò che verrà realizzato insieme alle amministrazioni pubbliche. Questa necessità di particolare attenzione alla provenienza locale dell'investimento e della gestione è stata tratteggiata in dottrina attribuendo una particolare rilevanza proprio al partenariato pubblico privato, strumento che permette una vicinanza più stringente rispetto alle esigenze locali. Per la trattazione specifica di questo aspetto, si rinvia a S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, p. 73.

modo si dovrebbe riuscire a gestire l'intero ciclo di vita di un intervento o di un servizio in modo soddisfacente per i cittadini, a costi contenuti per l'amministrazione e remunerativo per il *partner* privato³⁷. L'ulteriore effetto è, peraltro, un più ampio coinvolgimento della società civile nelle scelte volte allo sviluppo³⁸.

Guardando ora alle comunità energetiche, si può dire che queste siano un vero e proprio "*laboratorio*"³⁹ nel quale si stanno gettando le basi di una reale collaborazione tra la pubblica amministrazione e i privati⁴⁰.

Queste premesse prendono ancora più colore se si considera la definizione che è stata data dalla direttiva UE n. 2001/2018 sulle CER, le quali, al fine di fornire benefici ambientali, economici e sociali ai suoi membri, ne presuppongono una partecipazione aperta e volontaria. I suoi membri devono essere tutti situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia rinnovabile e possono essere i più disparati rappresentanti della società civile: cittadini-persone fisiche, imprese, amministrazioni locali.

L'utilizzo del partenariato pubblico-privato per la costituzione delle comunità energetiche presenta, tuttavia, delle specifiche difficoltà, specialmente se si considera la magmaticità di tutto ciò che riguarda le comunità energetiche e la conseguente scarsa esperienza che, per forza di cose, le amministrazioni locali hanno al riguardo⁴¹. Queste difficoltà risiedono nella possibilità di individuare, sin dalla stipula, l'allocatione dei rischi che ricadono da un lato sull'amministrazione e dall'altro sul privato. La loro corretta redistribuzione è il vero segreto per il successo della collaborazione pubblico-privata e per rendere davvero efficiente il servizio che si vuole garantire.

Perciò, i rischi che possono essere connessi ad infrastrutture di dimensioni rilevanti – si pensi ad alcuni estesi parchi fotovoltaici utilizzati per la produzione di energia elettrica da distribuire tra i partecipanti della comunità energetica – non sono semplicemente legati alla realizzazione dell'opera, ovvero ai rischi tecnici, agli imprevisti progettuali, ma possono riguardare anche il mercato nei suoi aspetti micro e macroeconomici. Dunque, le variabili che devono essere ponderate abbracciano una

³⁷ E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 301.

³⁸ A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, cit., p. 450-451.

³⁹ E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 301.

⁴⁰ A. FIORITTO, *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in Id. (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, p. 55 ss.

⁴¹ Ci si riferisce a quello di tipo *contrattuale*, disciplinato dagli artt. 174 e ss. del d.lgs. n. 36/2023, che si realizza attraverso strumenti negoziali e che si caratterizza per il tipico coinvolgimento dialettico dei privati. L'altro tipo di partenariato pubblico-privato, conosciuto dall'ordinamento italiano, afferisce al tipo *istituzionalizzato*, che trova la sua collocazione sistematica all'interno del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSP), che viene realizzato attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente da un *partner* privato da una pubblica amministrazione. Un esempio di partenariato istituzionalizzato sono le società miste, dove il controllo esercitato dall'amministrazione avviene dall'interno della compagine societaria.

vasta gamma di situazioni che vanno dalla corretta realizzazione dell'opera alla sua efficienza, fino alle tendenze economiche globali.

I rischi, perciò, devono poter essere ripartiti in capo a chi sappia farvi fronte: e così, almeno in teoria, l'amministrazione saprà gestire meglio le criticità derivanti da una modifica normativa rispetto al privato, il quale saprà risolvere problematiche di carattere tecnico-costruttivo.

Il presupposto per una corretta allocazione del rischio passa, prima di tutto, da una puntuale individuazione del c.d. *business model*, che rappresenta essenzialmente il progetto di guadagno dell'impresa *partner*. Una volta compiuto questo passaggio iniziale, deve essere attentamente studiata la ripartizione di rischi, un'operazione, come visto, di particolare difficoltà, che pone alcuni interrogativi soprattutto con riferimento all'allocazione del *rischio di domanda*, rispetto al quale potrebbe essere utile fare ricorso ad un bilanciamento di oneri tra amministrazione e privato, invece di un'attribuzione esclusiva in capo all'operatore economico⁴². In questo senso potrebbe ritenersi che, a seconda delle diverse circostanze di fatto, questi oneri – che tendenzialmente dovrebbero essere tutti in capo al privato per la sua natura imprenditoriale, specialmente laddove si tratti di contratti «caldi» – potrebbero anche essere condivisi dall'amministrazione, nel caso in cui oggetto del contratto di partenariato siano operazioni «tiepide».

L'utilizzo del PPP per la costituzione di comunità energetiche rinnovabili si sta concretizzando anche attraverso l'impulso dato dalla Struttura Commissariale per la Ricostruzione *post sisma* del Centro Italia. Lo scopo è quello di rendere le aree interne, a partire da quelle dell'Appennino Centrale – già prima del 2016 a rischio spopolamento ed in grave crisi economica – un laboratorio di innovazione energetica e di sperimentazione di nuove formule di amministrazione condivisa, che potranno trovare applicazione nel resto del Paese.

Lo strumento del PPP, declinato nello specifico come finanza di progetto, nella regolamentazione offerta dalle Linee guida contenute nell'Ordinanza n. 66 del 23 novembre 2023 del Commissario Straordinario per la ricostruzione – destinato agli enti territoriali che intendano realizzare delle comunità energetiche rinnovabili, ma che al contempo non dispongano di risorse finanziarie sufficienti – offre lo spunto per analizzare dall'interno quale sia la procedimentalizzazione da seguire, dal lato di una pubblica amministrazione.

⁴² Della difficoltà e dei costi elevati per la progettazione di un partenariato pubblico-privato tratta sinteticamente F. DECAROLIS, *Il contributo dell'analisi economica nei contratti pubblici*, in R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI, R. TUCCILLO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 65, il quale richiama la letteratura d'oltremarica relativa ai rapporti di convenienza economica per il varo di un PPP. Secondo questo orientamento economico, comunque ormai risalente, i progetti che sono finanziati con meno di 20 milioni di sterline non sarebbero adatti a formare oggetto di partenariato. Per una disamina completa, si veda, C. GIORGIANTONIO, *Infrastructure and PPP in Italy: The Role of Regulation*, in *Journal of Infrastructure, Policy and Development*, 2019, p. 204.

L'operazione si caratterizza, come visto, per essere a lungo termine, mentre l'oggetto del contratto risiede nell'erogazione di finanziamenti da parte del privato, a fronte della percezione dei flussi di cassa derivanti dalla gestione dell'opera per il periodo di durata del contratto⁴³. Proprio per questo motivo il privato deve necessariamente assumersi tutti quei rischi, di carattere tipicamente imprenditoriale, che lo inquadrano come *risk-sharer*⁴⁴.

Venendo ai profili di procedimentalizzazione si deve anticipare che gli attori che si muovono sulla scena della finanza di progetto sono tre: l'operatore economico, che può essere promotore dell'iniziativa (o aggiudicatario); gli enti concedenti e gli investitori istituzionali.

Nel momento in cui un operatore economico presenti ad un ente territoriale proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi, prodromici alla creazione di una comunità energetica rinnovabile, la proposta dovrebbe già contenere un progetto di fattibilità, almeno una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario e la specificazione delle caratteristiche fondamentali del servizio e della gestione. In questo modo, l'amministrazione potrà evitare di pubblicare un avviso di manifestazione di interesse e guadagnare tempo, analizzando direttamente la proposta dell'operatore.

Il passaggio successivo consiste nella valutazione del progetto offerto dal privato. In questo frangente l'amministrazione dovrà operare un vaglio preliminare relativo alla concreta fattibilità del progetto e un'analisi accurata dell'allocatione dei rischi. Se il progetto di fattibilità dovesse essere considerato valido, sarà posto a base della procedura di gara che si aprirà per dare all'iniziativa la necessaria pubblicità e consentire il rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza. In questa fase, anche gli investitori istituzionali possono formulare le proprie offerte, salva la necessità, in sede di gara, di associarsi o consorziarsi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, nel caso in cui gli investitori istituzionali ne siano privi. La previsione normativa considera anche l'evenienza che questi soggetti siano ammessi all'utilizzo dell'avvalimento e del subappalto.

Diversamente, le stazioni appaltanti potrebbero comunque pubblicare sul proprio sito istituzionale un avviso di manifestazione di interesse allo scopo di sondare il mercato e raccogliere proposte da potenziali *partner* privati. L'attività successiva dovrà contemplare la catalogazione delle proposte e la loro valutazione dal punto di vista della fattibilità, con il risultato di ottenere un chiaro quadro del sistema economico in cui l'amministrazione è collocata. Successivamente, l'amministrazione può determinarsi a preparare la fase ad evidenza pubblica, sfruttando quelle stesse informazioni di mercato

⁴³ L'individuazione puntuale del rapporto sinallagmatico tra pubblico e privato nella finanza di progetto è stata colta dalla giurisprudenza contabile in modo particolarmente chiaro. A questo riguardo si rinvia a Corte conti, sez. contr. Lombardia, par. 30 luglio 2015, n. 266.

⁴⁴ L'inquadramento dell'investitore privato come *risk-sharer*, non limita, però, il controllo ed il monitoraggio continuo relativo alla corretta gestione della comunità energetica, al rispetto delle sue finalità e all'accessibilità da parte dei cittadini che ne vogliono diventare membri.

desumibili dalle varie proposte ottenute dagli operatori economici e ponendole come base di partenza per la preparazione della gara.

Le comunità energetiche costituite attraverso PPP, nello specifico attraverso *project financing*, sono già realtà. È di quest'anno il varo della comunità energetica in Valnerina, che coinvolge i comuni di Cascia, Cerreto di Spoleto, Norcia ed altri, e che fornisce energia pulita per un ammontare di circa di 8.500 kW a quasi mille privati.

Sicuramente questo strumento non rappresenta l'unica modalità di realizzazione dell'innovativo sistema di approvvigionamento di energia pulita costituito dalle CER. Difatti, come visto, di più largo uso nel panorama domestico sono le associazioni non riconosciute. Sicuramente, però, il partenariato, nella sua declinazione di finanza di progetto, può rappresentare un'opportunità di carattere economico ma anche culturale, in un'ottica di sviluppo e diffusione di dinamiche maggiormente partecipative di amministrazione condivisa.

4. La Corte dei Conti e il modello sbagliato

Il parere espresso dalla Corte dei Conti relativo al Comune di Montevarchi⁴⁵ – sopra richiamato e analizzato – non è importante solo sotto il profilo della “libertà delle forme”⁴⁶, ma anche al fine di analizzare quale sia il modello migliore per la costituzione di una CER.

La giovane età della sperimentazione giuridica della CER e l'inesperienza delle imprese e dei comuni in tale settore, rende necessario un approfondimento in tal senso.

L'articolo 5 del TUSP (così come novellato dall'art. 1, comma 1, lettera a), della legge n. 118/2022) prevede che le amministrazioni pubbliche trasmettano gli atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione societaria alla Corte dei Conti. Ciò viene fatto con il fine di ottenere un parere che concerne la conformità degli atti non solo con riferimento alla ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, ma anche con riguardo al perseguimento delle finalità istituzionali, all'indispensabilità dello strumento societario per il conseguimento di quei fini (*ex art. 4 TUSP*), alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. Non solo, il comma 2 dell'articolo 5 prevede che l'atto

⁴⁵ Deliberazione n. 77/2023/PASP della Corte dei Conti.

⁴⁶ Così come disciplinato, a livello europeo, dall'art. 2, comma 2, punto 16, della Direttiva (Ue) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018; mentre a livello nazionale, dapprima dall'art. 42-bis del d.l. 30/12/2019, n. 162 “Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica”, convertito con legge 28 febbraio 2020, n. 8, e successivamente, ad opera dell'art. 31 “Comunità energetiche rinnovabili” del d. lgs. 8/11/2021, n. 199 “Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

deliberativo sopra citato debba dare atto anche della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei Trattati europei.

È proprio in tal senso che viene in rilievo il punto 16, dell'articolo 2, comma 3 della Direttiva (Ue) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 (*RED II*) che definisce le CER come un "soggetto giuridico": a) autonomo rispetto ai propri partecipanti, che possono essere persone fisiche, PMI, enti territoriali o Autorità locali, imprese etc.; b) teso a perseguire l'obiettivo principale 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; c) basato sulla partecipazione aperta e volontaria.

Tali criteri rivestono un'importanza così fondamentale da essere oggetto del controllo della Corte dei Conti *ex art. 5 TUSP*; ed è proprio questa la sede in cui ritroviamo il parere della Corte dei Conti relativo al Comune di Montevarchi (d'ora in avanti Comune). La Corte ha così avuto modo di evidenziare che la scelta effettuata dal Comune, ossia la costituzione di una società consortile a responsabilità limitata per le finalità di cui all'art. 31 del d.lgs. n. 199/2021, risulta soddisfacente sotto il solo punto di vista del rispetto del criterio dell'autonomia; difetta, invece, della garanzia di ulteriori criteri, primo fra tutti, la partecipazione libera e volontaria dei membri della comunità⁴⁷.

La tipologia societaria prescelta, ossia la società consortile, è disciplinata dall'art. 2615-*ter* c.c.; essa, a differenza dei consorzi, viene definita come vera società commerciale che persegue lo scopo sociale tipico del contratto di consorzio (art. 2602 c.c.), attraverso le regole civiliste dettate per il tipo societario prescelto⁴⁸.

Nell'ambito di questa cornice, la Corte pone in luce che le società consortili sono strutture societarie c.d. "a capitale fisso", ossia tipologie societarie ove l'ingresso di nuovi soci può avere luogo attraverso modalità di: *i*) trasferimento della partecipazione già in circolazione in quanto detenuta da un socio; *ii*) delibera di aumento di capitale anche mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi e sottoscrizione dello stesso (o di una parte) ad opera del nuovo socio, da liberarsi mediante conferimento in denaro o natura, con modifica dell'atto costitutivo⁴⁹.

Tale panoramica collide fortemente con il quadro delineato e voluto dal legislatore nazionale ed europeo; la CER viene concepita come "entità giuridica autonoma caratterizzata da un alto livello di fluidità in ingresso e uscita dei soci, con una significativa riduzione degli oneri amministrativi" (Corte dei Conti, delibera n. 77/2023).

⁴⁷ "Ed in particolare per raggiungere l'obiettivo principale 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", così come previsto dalla bozza di Statuto e dell'Atto costitutivo della CER del Comune di Montevarchi.

⁴⁸ L'art.3, comma 1, d.lgs. n. 175/2016 (cd. Decreto Madia) afferma che le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata.

⁴⁹ Sul punto, Corte dei conti, delibera n. 77 del 2023.

Sul punto è utile sottolineare che tale situazione è sicuramente aggravata dal fatto che la motivazione del Comune risulta inadeguata; la “libertà delle forme”, da un lato, permette un’ autonomia organizzativa dell’ ente stesso, dall’ altro, richiede l’ onere di una motivazione confacente, frutto di un’ analisi comparata con ulteriori modelli organizzativi.

Per risolvere il problema sopraindicato, il Comune ha ritenuto opportuno limitarsi all’ introduzione di clausole statutarie specifiche per l’ ingresso dei nuovi quotisti. Tale modulo procedurale, non solo non risulta sufficiente, bensì crea delle ulteriori problematicità in termini interpretativi e applicativi. Più in particolare, in base all’ interpretazione consolidata della giurisprudenza della Corte di Cassazione, l’ art. 2528 c.c.⁵⁰ che disciplina il principio delle c.d. “porte aperte” per l’ ingresso dei nuovi soci, non si applica alle società consortili; tale compagine sociale, invece, rinvia alla disciplina del tipo prescelto (s.r.l. o società azionaria). In tal senso, il principio rappresenta una norma imperativa posta a presidio di una caratteristica indefettibile delle società di capitali e limite invalicabile per l’ autonomia statutaria⁵¹.

Dalla presente analisi, si possono ipotizzare le seguenti conclusioni.

In primo luogo, nel caso di costituzione di società o di acquisizione di una partecipazione societaria in materia CER, l’ amministrazione pubblica ha completa autonomia decisionale ed organizzativa: essa, infatti, può scegliere un’ ampia gamma di compagine sociali, quali le associazioni, le fondazioni, le società consortili e così via, godendo del principio della “libertà delle forme”. Tale libertà, tuttavia, trova la sua completa e più consona rappresentazione in forme motivate della stessa e che tengano conto delle tre caratteristiche sopra richiamati caratterizzanti le CER. Sono quindi “vietati” tutti quei tipi societari o comportamenti che non permettano una reale commistione tra il mondo pubblico e privato, e una partecipazione attiva del cittadino.

Se si nutrono dubbi in merito alla fattibilità giuridica e applicativa di tale disciplina si può osservare l’ ottimo esempio riportato dal Comune di Fontanafredda: la Corte dei Conti si è espressa in merito con la deliberazione FVG n. 52/2023⁵². Tale

⁵⁰ L’ articolo, rubricato “*Procedura di ammissione a carattere aperto della società*” disciplina le modalità d’ ingresso dei nuovi soci, informandole al principio delle c.d. “porte aperte”. In questi casi, la mancanza di una determinazione fissa del capitale sociale consente l’ ingresso di un nuovo socio nella compagine sociale senza dover procedere ad una modifica dell’ atto costitutivo, essendo allo scopo sufficiente l’ adozione di apposita deliberazione da parte degli amministratori, a seguito della domanda dell’ interessato. Cit. corte dei conti

⁵¹ Sul punto, la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione ha affermato che: “*tra questi connotati fondamentali, per quel che in particolare riguarda la società a responsabilità limitata, incontestabilmente è compresa la regola che l’ art. 2472, primo comma, c.c. ricollega alla nozione stessa di tale società, ossia la regola per la quale è unicamente la società a rispondere col proprio patrimonio delle obbligazioni sociali. E questa, dunque, la disposizione destinata ad applicarsi ai consorzi costituiti in forma di società a responsabilità limitata, ai sensi dell’ art. 2615-ter c.c., e non la diversa disciplina dettata per i consorzi in genere del precedente art. 2615 c.c.*” (Cass. civ., sez. V, 28 luglio 2020, n. 16147; Cass. civ. sez. trib., 24 luglio 2020, n. 15863).

⁵² Tale deliberazione è il risultato del controllo effettuato dalla Corte dei Conti ex art. 5, terzo comma, del d.lgs. n. 175/2016 come sopra richiamato. L’ oggetto della stessa attiene ad una delibera del Consiglio

delibera, seppur con indicazioni precise⁵³, ha portato ad un parere positivo della Corte dei Conti in tema di acquisto di partecipazione azionaria da parte dell'amministrazione pubblica, essendo essa adeguatamente motivata e in linea con la normativa di settore e con il TUSP.

In secondo luogo, il termine *Comunità energetiche rinnovabili (CER)* deve perciò essere inteso quale epiteto rappresentativo e qualificato di una società che si vuole trasformare in una comunità, ove il cittadino non ha un ruolo meramente passivo, bensì diventa *prosumer*⁵⁴, plasmando la realtà che lo circonda. Le CER, infatti, devono essere intese come un nuovo modo di "fare amministrazione", ossia un'amministrazione condivisa con il cittadino, in cui il modello configurato «non si basa sulla corresponsione di prezzi 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»⁵⁵.

Il sistema delineato cerca perciò di temperare la dicotomia conflittuale tra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà, creando così un dialogo istruttorio e un dialogo tra interessi e modalità di attivazione diverse⁵⁶.

comunale di Fontanafredda n. 12/2023 avente ad oggetto "Attivazione Comunità energetica rinnovabile a Fontanafredda. Individuazione soggetto aggregatore".

⁵³ Purtuttavia, «in considerazione che le comunità energetiche rinnovabili costituiscono una novità nel panorama nazionale e della stima necessariamente previsionale e connessa all'andamento della dinamica di diversi fattori economici, istituzionali, nonché territoriali nazionali e internazionali, contenuta nel piano economico finanziario con riferimento ai progettati investimenti per lo sviluppo della comunità energetica locale, si ravvisa la necessità per il Comune di Fontanafredda di un attento monitoraggio dell'operazione societaria affinché mantenga nel tempo i presupposti finalistici nonché di sostenibilità e convenienza oltre che di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa», secondo la delibera n. 5272023 Corte dei Conti.

⁵⁴ Sotto il profilo della rivoluzione collaborativa, «i cittadini non sono più solo co-produttori ma divengono anche co-gestori del servizio di distribuzione. Quello che si può fare qui è anzitutto favorire la aggregazione di produttori diffusi di energia in cooperative di comunità e creare una nuova forma di partenariato pubblico-privato, in cui il privato sono gli stessi cittadini», così in C. IAIONE, *L'energia dei cittadini*, in *Labsus*, 2013.

⁵⁵ Sentenza n. 131 del 2020 Corte costituzionale

⁵⁶ Termine utilizzato nella delibera FVG n.52/2023