La costituzione di Comunità di energia rinnovabile in Italia (incentivate e non incentivate)

Bolzano, 21 giugno 2024

Relazione di Federico Tassinari

1. Le fonti di diritto dell'Unione europea

L'Unione europea - per perseguire i quattro obiettivi generali posti da ultimo dall'**art. 194 TFUE**, ubicato nella Parte Terza in materia di politiche e azioni interne dell'Unione - ha regolato la materia dell'energia, sostituendo le precedenti fonti o modificandole, con la direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso delle energie rinnovabili (**cd. RED II, ovvero seconda *renewable energy directive***), che modifica la precedente direttiva 2012/27/UE, e con la direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrice **(c.d. direttiva IEMD, ovvero Internal Energy Market Directive**).

Il quadro europeo è completato da due ulteriori strumenti giuridici settoriali, coevi alla direttiva da ultimo citata e in un certo senso ad essa prodromici, costituiti dal regolamento (UE) 943/2019 sul mercato interno dell'energia elettrica e dal regolamento 941/2019 sulla preparazione ai rischi di settore dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2005/89/CE.

La presente relazione intende limitare il proprio ambito all'istituto delle comunità di energia rinnovabile, introdotto e regolato in via esclusiva dalla direttiva RED II, senza estendersi all'istituto, che può ritenersi parallelo alle CER, delle comunità energetiche dei cittadini (CEC), regolato esclusivamente dalla direttiva IEDM, in quanto parte integrante del funzionamento del mercato interno e non specificamente inerente alle fonti di energia rinnovabili.

Lo studio dell'istituto delle CER, anche in una prospettiva di solo diritto italiano, non può dunque prescindere dai vincoli dell'Unione europea, e, in particolare, della direttiva RED II, che pure ha ridotto la propria normativa regolamentare al minimo, volendo, evidentemente, che il modesto (fino al 2018) *acquis* europeo in materia di energie rinnovabili non precludesse agli stati nazionali soluzioni più innovative o meglio integrabili nel proprio sistema di diritto dell'economia.

Less is better.

Ne deriva che la maglia estremamente larga di tale direttiva in merito alle caratteristiche che le CER devono necessariamente avere, destinate tra l'altro a creare un vincolo funzionale a non pregiudicare altri obiettivi ed altre politiche dell'Unione (diritto dei consumatori, diritto dei produttori-consumatori o *prosumers*, politiche incentivanti, aiuti di stato, ecc.), lascia uno spazio così ampio ai legislatori nazionali da rendere scarsamente rilevanti le scelte fatte dagli altri principali ordinamenti dell'Unione europea, dal momento che la concreta disciplina nazionale delle CER appare più orientata al suo armonico inserimento del tessuto degli istituti domestici piuttosto che alla creazione di un'idea europea ben definita o addirittura omognea.

L'operatore del diritto che intende cimentarsi con le modalità di costituzione e di evoluzione delle CER potrà dunque limitarsi, in tale circoscritto ambito, a leggere, al fine di comprendere (e circoscrivere) gli obiettivi europei in gioco, tutti i Considerando della direttiva RED II e, fatto ciò, a concentrarsi sui Considerando dal 65 al 72 e sull'art. 2 par. 2 nn. 14), 15), 16), 17) e 18), sull'art. 20, sull'art. 21 e, soprattutto, sull'art. 22).

In estrema sintesi:

I/ i **Considerando dal 65 al 72** tracciano l'obiettivo della direttiva di "*consentire lo sviluppo delle tecnologie decentrate per la produzione e lo stoccaggio di energia da fonti rinnovabili a condizioni non discriminatorie e senza ostacolare il finanziamento degli investimenti nelle infrastrutture*" (**Considerando 65**), favorendo, in tale ottica, l'autoconsumo di energia rinnovabile prodotta da parte di soggetti diversi dall'autorità pubblica (individuali o in gruppo) (**Considerando da 66 a 70**) o di una nuova figura giuridica creata per favorire "*la partecipazione dei cittadini locali e delle autorità locali a progetti nell'ambito delle energie rinnovabili attraverso le comunità che producono energia rinnovabile*" (**Considerando 70**), definita appunto CER, al fine di proteggere tali comunità dall'inferiorità che esse occupano rispetto ai grandi *players* del mercato stesso (**Considerando 71 primo periodo**, secondo cui "*le caratteristiche specifiche delle comunità locali che producono energia rinnovabile, in termini di dimensioni, assetto proprietario e numero di progetti, possono ostacolare la competitività paritaria con gli operatori di grande taglia, segnatamente i concorrenti che dispongono di progetti o portafogli più ampi*"), precisando poi (**Considerando 71, secondo periodo**) che "*per evitare abusi e garantire un'ampia partecipazione, le comunità di energia rinnovabile dovrebbero poter mantenere la propria autonomia dai singoli membri e dagli altri attori di mercato tradizionali che partecipano alla comunità in qualità di membri o azionisti, o che cooperano con altri mezzi, come gli investimenti*", e concludendo, per quanto qui interessa, che "*la partecipazione ai progetti di energia rinnovabile dovrebbe essere aperta a tutti i i potenziali membri locali sulla base di criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori. Le misure atte a ovviare agli svantaggi connessi alle caratteristiche specifiche delle comunità locali che producono energia rinnovabile, in termini di dimensioni, assetto, proprietario e numero di progetti, includono anche la possibilità per la comunità di energia di operare nel sistema energetico e agevolarne l'integrazione nel mercato*" (**Considerando 71, terzo e quarto periodo**); il tutto con la garanzia che "*gli utenti domestici e le comunità che partecipano all'autoconsumo di energia rinnovabile dovrebbero mantenere i loro diritti di consumatori, compreso il diritto di avere un contratto con il fornitore di loro scelta e di cambiare fornitore*" (**Considerando 72**);

II/l'**art. 2 par. 2 della direttiva**, dopo avere definito, sempre per quanto qui interessa, le nozioni di "*autoconsumatore di energia rinnovabile*" (**n. 14**), di "*autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente*" (**n. 15**), e prima di definire le nozioni di "*accordo di compravendita di energia elettrice da fonti rinnovabili*" (**n. 17**) e quella di "*scambio tra pari*" (**n. 18**), definisce al **n. 16)** la nozione di comunità di energia rinnovabile quale "*il soggetto: a) che, conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato 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; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è 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";

III/mentre l'**art. 21** direttiva RED II, in tema di autoconsumatori di energia da fonti rinnovabili, si occupa dei diritti di tali autoconsumatori e delle modalità attraverso le quali essi possono raggiungere i propri obiettivi sempre considerando l'agire in comune degli stessi come un agire in assenza di soggettività giuridica, il successivo **art. 22** in tema di CER, letto alla luce della disposizione di cui all'art. 2 par. 2, n. 16) della direttiva, configura imperativamente la CER come un soggetto giuridico autonomo rispetto ai suoi "*azionisti o membri*", essendo ciò una condizione necessaria per garantire alla CER l'obiettivo dell'autonomia dai propri azionisti o membri imposta già dal Considerando 71 terzo periodo sopra citato.

Tali norme europee, prima di addentrarsi nelle scelte fatte in materia dal legislatore italiano, devono essere interpretate, in maniera univoca in ogni Paese aderente all'Unione europea.

A tale fine, occorre essere consapevoli che la normativa europea, da un lato, è frutto di una elaborazione avente una portata limitata alle materie che gli Stati membri le hanno affidato e nel rispetto in ogni caso del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del TUE (cfr. Considerando 128 della direttiva in commento) e, dall'altro lato, genera norme giuridiche che non solo si pongono al servizio degli obiettivi economici e civili dell'Unione europea stessa, ma che spesso si risolvono anche in tali specifici obiettivi senza dettare norme di merito, lasciando nell'interprete inesperto di diritto europeo un senso di incompiutezza e, magari, di smarrimento.

Ad avviso di chi scrive, se si assume piena consapevolezza di tali peculiarità, e del rapporto di osmosi che esiste tra normativa europea e normative nazionali di attuazione, tale *self restraint* europeo è un bene più che un male, non solo perché lascia spazio agli stati nazionali per realizzare i propri obiettivi dettati dalle specificità di ogni stato membro, purché le norme all'uopo dettate non siano incompatibili con quelle comunque dettate dell'Unione europea, ma anche perché tale processo è fecondo ai fini di creare, mediante il confronto, una ragionevole *race to the top* da parte dei medesimi legislatori nazionali.

Ciò avviene, specificamente, e come si vedrà nel prossimo paragrafo, in materia di CER.

2. <u>I vincoli in tema di CER posti dalle norme europee ai legislatori nazionali</u>

Limitandosi alla direttiva RED II, ed ai temi propri della costituzione di CER in Italia, si tratta ora di precisare, alla luce delle norme europee sopra citate, quali siano i vincoli posti all'autonomia privata in forza del diritto europeo.

Solo esaurito questo primo compito sarà possibile (e necessario) interpretare la normativa italiana, anche per cogliere gli ulteriori vincoli che, sempre ai fini della costituzione di CER, da essa derivano.

a) Soggettività giuridica

Si è già rilevato in dottrina che il vincolo più rilevante posto in materia dalla direttiva RED II è costituito dal fatto che, per le finalità già rilevate, la CER, ai sensi dell'inciso iniziale dell'art. 2 par. 2 n. 16) della direttiva, deve sempre costituire un soggetto giuridico distinto rispetto ai suoi "*azionisti o membri*" (poiché alcuni ordinamenti europei distinguono tuttora tra persona fisica e persona

giuridica, senza riconoscere una forma di soggettività intermedia tra tali due nozioni, il legislatore dell'Unione europea è stato consapevole che l'impiego nella direttiva del termine "persona giuridica" avrebbe ingiustificatamente limitato la sfera di azione di quegli ordinamenti, come l'Italia, che distinguono tra persona giuridica ed altri enti diversi dalle persone fisiche aventi soggettività ma non personalità giuridica, imponendo loro una inaccettabile diminuzione degli strumenti utilizzabili ai fini di costituzione di CER).

Ne deriva che, nell'ordinamento italiano, non potranno essere costituite CER, per limitarsi ad un elenco sostanzialmente condiviso dall'intera dottrina finora occupatasi della questione, in forma di comunione dei diritti reali ex artt. 1100 ss. c.c., oppure in forma di condominio degli edifici ex artt. 1117 ss. c.c., oppure ancora in forma di trust, oppure ancora in forma di raggruppamenti temporanei di imprese o di professionisti; la stessa conclusione vale anche per le reti di imprese, a meno che esse non siano state costituite come soggetto giuridico autonomo, avvicinando così tale istituto alla nozione di consorzio tra imprenditori ex artt. 2602 ss. c.c. (o facendolo *tout court* coincidere con essa, secondo l'opinione di chi scrive).

b) Attività che può essere svolta

Il secondo punto riguarda le attività che, nell'ottica della direttiva, la CER ha il diritto di esercitare.

La risposta si trova nell'art. 22 par. 2 della direttiva stessa, secondo cui "*Gli Sati membri assicurano che le comunità di energia rinnovabile abbiano il diritto di: a) produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile, anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile; b) scambiare, all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta dalle unità di produzione detenute da tale comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile, fatti salvi gli altri requisiti di cui al presente articolo e il mantenimento dei diritti e degli obblighi dei membri della comunità produttrice/consumatrice di energia rinnovabile come clienti; c) accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica appropriati, direttamente o mediante aggregazione, in modo non discriminatorio*".

Già Il tenore letterale di tale norma della direttiva induce a concludere che lo scopo della norma stessa non è quello di imporre che tali attività siano in ogni caso svolte dalla CER, alla stregua di un oggetto sociale minimo obbligatorio, ma quello di non impedire alle CER costituite nel proprio Stato di prevedere come propria attività ciascuna delle attività previste da tale art. 22 par. 2.

L'interpretazione sistematica, ovvero fondata sull'intenzione del legislatore europeo, non muta, ad avviso di chi scrive, la conclusione: infatti, se è senz'altro vero che tali attività costituiscono una sorta di "minimo sindacale" delle CER, è altresì vero che l'intera normativa della direttiva si fonda su una libera scelta da parte dei soggetti, non esistendo in alcuna norma alcun obbligo di costituire CER.

Ne deriva che, stando alla norma in commento, nulla osta a che una CER nazionale scelga di svolgere solo alcune delle attività previste da tale par. 2, così come, all'inverso, assumendo che la CER per la sua specifica natura giuridica non sia suscettibile di alcuna ibridazione con altre realtà giuridiche, che ne aggiunga comunque altre, purché pertinenti con il tema delle energie rinnovabili, eventualmente derivanti anche dai nuovi sviluppi tecnologici nella materia.

c) Scopo di lucro e principio della porta aperta in entrata ed in uscita

Chiarito ciò, la parte della direttiva più complessa, ai fini del limitato tema di cui si occupa il presente scritto, è quella che riguarda, con riferimento alla posizione dei partecipanti alla CER (definiti dalla direttiva, come si è visto, come "*azionisti o membri*") la possibilità o meno di realizzare un lucro nell'ottica della direttiva in commento.

A tale fine si deve stabilire:

1) in primo luogo, se ed in che limiti la CER può o deve perseguire finalità lucrative;

2) in secondo luogo, la portata da riconoscere al c.d. principio della porta aperta dei membri della CER (in entrata ed anche in uscita).

Quanto al punto 1), la norma di riferimento è data dal già sopra citato art. 2., par. 2, n. 16, lett. c), secondo cui la CER è un soggetto giuridico "*il cui obiettivo principale è 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*".

La lettera della norma europea sembrerebbe giustificare di per sé, ad una prima lettura, un divieto assoluto di lucro (la CER deve "*fornire benefici ambientali, economici o sociali*" e non "*profitti finanziari*").

La stessa lettera della norma, però, ad una seconda e più attenta lettura, induce a ritenere che la direttiva sancisce in realtà, anche limitandosi ancora al solo dato letterale, una regola in realtà diversa da quella drastica negativa ora ipotizzata.

Infatti, ed in primo luogo, quello appena indicato è l'obiettivo "*principale*", non l'obiettivo "unico", con la conseguenza che la distribuzione di profitti finanziari, ovvero di un ritorno in denaro o anche in natura su quanto apportato alla CER in sede di costituzione o anche successivamente è legittimo se non si traduce nell'attività "principale", ma assume un valore quantitativamente secondario. Inoltre, quando il legislatore europeo parla di "*benefici ambientali, economici o sociali*" stabilisce non solo che la CER possa realizzare un lucro destinato ai suoi membri (perseguendo obiettivi "*economici*"), ma anche che tale lucro sia l'unico beneficio che sarà attribuito ai membri della CER (stante la disgiuntiva "o" e non "e").

Ma quale era, abbandonando la disamina letterale, l'intenzione del legislatore europeo in merito a tale questione?

Vi sono due elementi dei Considerando 70 e 71 che, ad avviso di chi scrive, appaiono rilevanti a tale fine, pure non assumendo in quanto tali un valore direttamente precettivo, ovvero l'inciso del Considerando 70, seconda parte del primo periodo, ai sensi del quale la CER persegue l'obiettivo di "*accesso a capitali privati aggiuntivi, il che si traduce in investimenti a livello locale, più scelta per i consumatori e una maggiore partecipazione dei cittadini alla transizione energetica*", e l'inciso del Considerando 71, sesto periodo, secondo cui "*i membri della comunità non dovrebbero essere esentati da pertinenti costi, oneri, prelievi e imposte in misura adeguata che sarebbero a carico dei consumatori finali che non sono membri di una comunità*".

Dunque, da un lato la CER cerca investimenti, dall'alto lato i membri della CER devono essere tenuti a pagare quei costi che pagherebbero se fossero clienti finali tradizionali.

Per raccogliere investimenti occorre avere la possibilità, come CER, di un ritorno economico per gli investitori, quale che ne sia la forma, con la conseguenza che, almeno per questi ultimi, la CER non può non produrre un "utile", o, se si preferisce, dei "*profitti finanziari*", apparentemente vietati dalla lettera c) dell'art. 2, par. 2, n. 16) della direttiva.

Nello stesso tempo, i membri della CER devono farsi carico di quei costi che essi pagherebbero se fossero clienti finali tradizionali, dovendo la CER come tale, leggendo il Considerando *a contrario*, andare esente da ciò.

Cosa se ne deve dedurre?

In primo luogo, che alle CER deve essere consentito di operare nel rispetto del principio di economicità di cui alla nozione di imprenditore dell'art. 2082 c.c. italiano, anche se ciò, stando alla normativa della direttiva europea al vaglio, non appare espressamente imposto, con la conseguenza che nulla osta alla creazione di CER soggettivamente non lucrative, ovvero che, nel loro specifico caso, escludono ogni distribuzione ai membri del proprio eventuale avanzo di gestione.

In secondo luogo, che la CER opera sul mercato ma sono poi i membri, in quanto produttori e/o consumatori finali ("*clienti finali*" della direttiva), a sostenerne gli oneri e, per converso, acquisirne i benefici a titolo di restituzione di somme pagate o di energia erogata o di sconto sulle somme da pagare o sull'energia da consumare, esattamente come avviene nelle società cooperative italiane attraverso l'istituto dei ristorni.

In terzo luogo, tornando all'art. 2 par. 2, n. 16 lett. c), come "*obiettivo principale*", ogni CER deve assumere quello di "*fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera*", con ciò legittimando due forme di "auto-destinazione" ed una sola forma di "etero-destinazione" dei vantaggi della CER (alle "*aree locali in cui opera*", ovvero ai relativi *stakeholders* appropriatamente individuati).

Sembra in definitiva che, secondo la direttiva, la CER, prescindendo dal tema delle incentivazioni, sia un soggetto poliedrico:

- idoneo ad operare sia in regime di economicità sia in regime di erogazione, sia producendo un lucro oggettivo e/o soggettivo, sia operando in obiettivo di pareggio di bilancio;

- che, potendo operare con l'obiettivo di un lucro anche soggettivo, può distribuire i propri eventuali lucri in natura ai propri membri in forma di "*benefici ambientali, economici o sociali*" (senza limiti) oppure in denaro o con altro bene in natura non ricompreso nella precedente definizione, con la disgiuntiva "o" (nei limiti in cui quest'ultima distribuzione, comunque essa avvenga, risulti inferiore, ovvero "non principale", rispetto a quella tipica sopra enunciata).

Più in là, ad avviso di chi scrive, a livello europeo non si può andare, salvo prendere atto che, già da queste considerazioni la CER appare come un istituto estremamente duttile anche in merito al requisito della lucratività.

Quanto invece al punto 2), le norme chiave, in proposito, sono:

(i) l'**art. 22 par. 1**, secondo cui "*Gli Stati membri assicurano 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 e senza essere soggetti*

a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie che ne impedirebbero la partecipazione ad una comunità di energia rinnovabile, a condizione che, per quanto riguarda le imprese private, la loro partecipazione non costituisca l'attività commerciale o professionale principale":

(ii) l'**art. 22 par. 4 lett. f)**, secondo cui "*Gli Stati forniscono un quadro di sostegno atto a promuovere e agevolare lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile. Tale quadro garantisce, tra l'altro, che: … la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile sia aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti alle famiglie a basso reddito o vulnerabili*";

(iii) l'**art. 22 par. 4 lett. i)**, secondo cui "*Gli Stati forniscono un quadro di sostegno atto a promuovere e agevolare lo sviluppo delle comunità di energia rinnovabile. Tale quadro garantisce, tra l'altro, che: …siano disponibili norme par assicurare il trattamento equo e non discriminatorio dei consumatori che partecipano ad una comunità di energia rinnovabile*".

Non vi è dubbio che il legislatore europeo, con la norma di cui all'art. 22 par. 1, ed in scia di questa con le norme di cui all'art. 22 par. 4 lett. f) e lett. i), abbia inteso di favore la massima adesione possibile alle CER dei "*clienti finali*" (che utilizzano l'energia rinnovabile per se stessi, come consumatori ma anche come produttori, senza ricollocarla sul mercato o stoccarla), e, in particolare, dei "*clienti domestici*" (ovvero i clienti finali che partecipano alla CER quali privati titolari di diritti reali immobiliari "*nelle vicinanze*") più "a portata di mano".

La norma europea è rivolta al legislatore di attuazione o anche alle persone ed alle imprese?

Secondo i principi di interpretazione del diritto dell'Unione europea, la risposta corretta è senz'altro la seconda, sulla base di una giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE già affermatasi da quasi sessant'anni.

Ma è altresì evidente che una cosa è favorire l'adesione, altra cosa è disporre di un diritto soggettivo assoluto del singolo aspirante aderente alla CER.

Ne deriva, ad avviso di chi scrive, che la norma europea, per la sua genericità, lascia spazio per un'interpretazione più rigida (diritto soggettivo assoluto di chi ha i requisiti per entrare nella CER), sia per un'interpretazione più flessibile (ammettendo un diritto soggettivo del richiedente, salvo giusta causa dimostrata dalla CER, oppure un mero "interesse legittimo" di diritto privato, ovvero un obbligo di tenere conto dell'interesse ad aderire dell'interessato che potrà essere bloccato solo da un interesse incompatibile della CER stessa, o, almeno, da una congrua motivazione del rifiuto all'adesione richiesta), lasciando ragionevolmente spazio anche alle scelte statutarie in materia.

Nel primo caso si avrà un diritto a diventare membro della CER, nel secondo caso, invece, si avrà soltanto un diritto a presentare una domanda di ammissione alla CER.

Inoltre, il principio della porta aperta, sul piano concettuale prima ancora che normativo, non può non estendersi all'uscita volontaria del membro dall'ente (c.d. *exit*): infatti, la libertà che viene garantita in entrata non può essere minore di quella garantita in uscita (pure essendo quest'ultima libertà suscettibile di essere garantita dalla legge o dall'autonomia statutaria in termini più favorevoli rispetto alla libertà in entrata), dal momento che un diritto di entrata senza successiva agevole *exit* finisce con l'essere un diritto di entrata circoscritto, perché un conto è entrare e potere poi uscire, altro conto entrare e rischiare di non potere uscire più.

Sul tema, in ogni caso, si ritornerà nel paragrafo successivo, in sede di analisi della normativa italiana, dal momento che il tenore letterale delle norme della direttiva non consente di dirimere, in merito al diritto di entrata nella CER, il dubbio sopra posto, che il legislatore europeo, evidentemente, ha voluto rimettere alle scelte nazionali.

d) Diritti dei soggetti transfrontalieri

L'**art. 22 par. 6** sancisce che "*Gli Stati membri possono prevedere che le comunità di energia rinnovabile siano aperte alla partecipazione transfrontaliera*".

Tale norma - con una cautela che sembra ispirata al principio delle direttiva che vuole che i membri clienti finali abbiano alcuni diritti garantiti collegati al territorio ed i membri che controllano la CER siano situati "*nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*", subordina l'apertura a soggetti transfrontalieri alla circostanza che lo Sato membro eserciti uno specifico *opting in*, precludendo, in sua mancanza, come è accaduto finora per l'Italia, qualsiasi ammissibilità.

L'Italia, anche se ciò penalizza ingiustificatamente l'accesso a CER italiane del membro produttore e non cliente finale che non intende esercitare il controllo, per quanto risulta, non ha, al momento, esercitato tale *opting in*.

Infine, limitandosi alla direttiva al vaglio, non constano, se non ci si sbaglia, altre norme che circoscrivano ulteriormente l'autonomia privata in sede di costituzione di CER.

3. <u>L'attuazione italiana delle fonti europee</u>

Il legislatore italiano ha attuato e promulgato nello stesso giorno sia la direttiva RED II (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199), sia la direttiva IEDM (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210).

La presente analisi dovrà fondarsi, oltre che sulle conclusioni a cui si è ritenuti di potere giungere a livello di analisi della direttiva RED II, sugli artt. 31 comma 1 e 32 comma 1 del d.lgs. 199/2021, attuativo in Italia delle norme della direttiva sopra richiamata, rubricati, rispettivamente, "*Comunità energetiche rinnovabili*" e "*Modalità di interazione con il sistema energetico*" (che, in merito alla costituzione del soggetto giuridico CER, interessano, rispettivamente, limitatamente al loro comma 1).

L'art. 31 comma 1 pone quattro regole:

a/ "*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*".

L'unica modificazione da valutare tra tale testo e quello della direttiva è l'impiego del termine "*socio*" in luogo di quello di "*azionista*" impiegato dalla direttiva; tale modificazione deriva dal fatto che, nel diritto italiano, così come in altri ordinamenti europei, e a differenza di quanto accade nel diritto anglosassone, le partecipazioni sociali non sono in ogni caso *shares*, ma possono essere azioni (nelle spa e nelle cooperative) o partecipazioni non azionarie (nelle altre società lucrative); dunque, una necessità lessicale per comprendere i due termini e non una volontà di attuare con nuove norme la normativa europea.

La lettura dell'art. 2, par. 1 n. 16 della direttiva RED II deve quindi essere confermata: la porta del lucro soggettivo, dunque, fermo l'obiettivo principale chiaramente fissato dalla normativa e le altre condizioni sopra esposte, non è affatto chiusa, ma, al contrario, è confermata, seppure nelle forme di un lucro limitato in termini relativi e diversificato tra soggetti più meritevoli e altri soggetti.

b/ "*la comunità è un soggetto di diritto autonomo e l'esercizio dei poteri di controllo fa capo esclusivamente a persone fisiche, PMI, associazioni con personalità giuridica, 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 sociale nonché le amministrazioni locali contenute nell'elenco delle amministrazioni pubbliche … secondo quanto previsto all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, che sono situate nel territorio degli stessi Comuni in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione di cui al comma 2 lettera a)*".

In tema di soggettività giuridica, non si registra alcuna novità rispetto alla direttiva.

In tema di *governance*, e specificamente dei "*poteri di controllo*", invece, non vi è dubbio che ci si trovi di fronte ad una rilevante implementazione della disposizione contenuta nella seconda parte dell'art. 2, n. 16) lett. a) della direttiva.

Il legislatore italiano, come era sua facoltà trattandosi di direttiva e non di regolamento, ha voluto restringere la libertà offerta dalla direttiva stessa, che si limitava ad imporre che si trattasse di 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*" (ovvero, il CER).

La *soft law* della direttiva non è apparsa sufficiente: il "*controllo*" della CER (che, in quanto non definito dal diritto europeo, dovrà essere definito secondo gli strumenti più idonei previsti dal diritto italiano per ciascun tipo di ente) o, come dice la direttiva, i "*poteri di controllo*" della CER devono spettare necessariamente a membri qualificati, seppure perimetrati in maniera assai estensiva con la norma di attuazione in commento.

La questione giuridica rilevante che la norma attuativa pone è in realtà un'altra: perché il legislatore italiano si è preoccupato di una siffatta e (leggermente) più restrittiva perimetrazione, con norme che vanno ad affiancarsi a quelle non richiamate dalla norma italiana di attuazione della "*vicinanza degli impianti*" (che restano tuttavia vincolanti anche per l'Italia stante il primato del diritto europeo su quello italiano)?

Ad avviso di chi scrive, tale preoccupazione del legislatore ha un senso solo se si ritiene che l'espressione "*controllo*", almeno per alcuni tipi di CER, può assumere il significato di "maggioranza che decide", e non quello, assai più tenue ed unico tenuto presente dalla direttiva, di "membro di prossimità".

Ne deriva che, per il legislatore italiano, anche nelle CER può esserci una maggioranza che decide ed una minoranza che subisce.

Di ciò si dovrà tenere conto in seguito, quando si cercherà di definire il tipo di soggetto giuridico che la CER può essere.

Nel merito dei soggetti controllori, non appare facile comprendere perché, quando è in gioco il controllo, tale veste, quanto alle "*associazioni*", può essere assunta solo qualora queste abbiano conseguito la personalità giuridica ex artt. 14 ss. c.c.

Ci si può allora limitare, in questa sede, a prendere atto che, almeno se riconosciuta, l'associazione può essere indiscutibilmente una delle forme giuridiche che la CER può assumere.

c/ "*per quanto riguarda le imprese, la partecipazione alla comunità di energia rinnovabile non può costituire l'attività commerciale e industriale principale*".

La norma attua in Italia il precetto posto dalla parte finale dell'art. 22 par. 1 della direttiva.

Il timore, sia a livello europeo sia a livello italiano, è quello che i membri della CER che sono imprese si allarghino, nel contratto associativo rappresentato dalla CER, a danno dei membri che non lo sono, nella logica che contraddistingue, nelle contrattazioni di scambio, il rapporto tra professionista e consumatore, stante la diversa padronanza della materia che, in termini generali, caratterizza i primi ma non anche i secondi.

L'imprenditore privato (per gli imprenditori pubblici ciò vale solo per le amministrazioni centrali che svolgono attività di impresa) non può fare parte di una CER non solo se è grande impresa o se è impresa che opera prevalentemente nel settore dell'energia (per la certezza del diritto, secondo i codici ATECO), ma, in forza della norma in commento, anche se l'attività che svolge è commerciale o industriale e l'attività della CER diviene il suo oggetto principale.

Timeo Danaos, et dona (=capitali*) ferentes*.

d/ "*la partecipazione alle comunità energetiche rinnovabili è aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili, fermo restando che l'esercizio dei poteri di controllo è detenuto dai soggetti aventi le caratteristiche di cui alla lettera b)*".

La norma, che a prima vista non sembra innovare in alcun modo alla direttiva che attua, presenta in realtà, ad avviso di chi scrive, un profilo che l'interprete può opportunamente valorizzare, al fine di riconoscere ai soggetti a basso reddito o vulnerabili uno *status*, all'interno della normativa in commento, fondato su precisi diritti ed alcuni doveri.

Il valore aggiunto della norma di attuazione rispetto alla norma della direttiva (art. 22 par. 4 lett. f, secondo cui, si rammenta, "*la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile è aperta a tutti consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili*") consiste, in particolare, nell'avere messo in relazione i soggetti a basso reddito o vulnerabili con l'esercizio dei poteri di controllo, sancendo che questi ultimi soggetti non possono pretendere di divenire soci di controllo, secondo la definizione sopra ipotizzata.

Che senso ha questa *liaison*?

Certamente essa non può, per elementare ragionevolezza e comunque a pena di violare la norma europea, avere l'unico senso di prevedere membri di serie B, perché a basso reddito o vulnerabili, distinti dagli altri membri per il solo fatto di non potere divenire membri di controllo della CER.

E' compito dell'interprete approdare ad una sistemazione della normativa in linea con i valori fondamentali dell'ordinamento: poiché la *deminutio capitis* dei membri a basso reddito o vulnerabili

nella norma italiana attuativa al vaglio è *per tabulas*, non si può non prevedere per tali membri più deboli, a livello interpretativo, un meccanismo "compensativo", che sia in linea con la normativa dettata dalla norma in commento.

Ne deriva, ad avviso di chi scrive, che la norma in oggetto costringe la CER a prevedere, nel proprio statuto o in appositi regolamenti, delle regole privilegiate e sostanziali che consentano ai soggetti a basso reddito o vulnerabili (che comunque non acquisiranno il controllo della CER medesima) di fare valere - anche dopo che si è ritenuto che, per la generalità degli aspiranti, il principio della porta aperta si ferma al diritto di fare domanda di ammissione - un diritto soggettivo, in assoluto o a certe condizioni comunque non discriminatorie, di divenire membri della CER.

Se si riterrà che l'autonomia privata si trovi di fronte ad una siffatta norma imperativa per tali soggetti, occorrerà che, stante il loro diritto di divenire membri della CER stessa, lo statuto di quest'ultima si faccia carico di prevedere i criteri "speciali" di ammissibilità di tali membri, perimetrando il loro diritto in modo tale da garantire, comunque, che tra i membri della CER medesima vi sia un numero di soggetti a basso reddito o vulnerabile adeguato alle sue possibilità, selezionato con criteri determinati *ex ante* ed in modo non discriminatorio.

La discrezionalità della CER nel selezionare i propri nuovi membri, che, alla luce delle norme vigenti, si è ritenuto di dovere ammettere in termini ampi, viene fortemente ridotta nel caso di specie, permettendo all'ordinamento di trovare un ragionevole equilibrio tra efficienza economica e solidarietà sociale.

L'art. 32 comma 1 pone invece tre regole:

a/ "*i clienti finali … mantengono i loro diritti di cliente finale, compreso quello di scegliere il proprio venditore*".

La norma, meramente attuativa della direttiva, guarda all'operatività della CER, e non alla sua organizzazione; essa però, a tale fine, impone, con ricadute che potranno essere anche statutarie, di garantire ai clienti finali membri della CER di scegliere il proprio venditore (di energia da fonti rinnovabili).

Si tratta di una norma in termini economici pro concorrenza ed in termini organizzativi pro membri più deboli, che intende evitare che la CER divenga uno strumento di monopolio verso tali membri più deboli che ne sono clienti finali a vantaggio di coloro che la controllano.

Per tale ragione non sembra che l'autonomia statutaria possa, anche indirettamente, circoscrivere o burocratizzare tale libertà.

b/ "*i clienti finali … possono recedere in ogni momento dalla configurazione di autoconsumo* (qui CER)*, fermi restando eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, che devono comunque risultare equi e proporzionati*".

Se, come si è visto, la porta aperta in entrata è un diritto attenuato al fine di garantire coerenza e competitività alla CER (esattamente come accade nelle società cooperative e nelle associazioni senza fini di lucro), la porta aperta in uscita è, grazie a tale norma attuativa della direttiva, un diritto soggettivo pieno, garantito dalla norma in commento.

Quanto alla porta aperta in uscita, l'espressione "*recesso anticipato*" (si intende, rispetto alla scadenza della durata della CER) non può non essere letta alla stregua di ciò che viene definito nella dottrina italiana, nel diritto societario, come recesso *ad nutum*.

La perentorietà della norma, soprattutto nell'inciso "*in ogni momento*", non sembra tollerare termini di preavviso eccessivamente dilatori o fattispecie che ne escludano temporaneamente l'esercizio o la sua efficacia, ferma restando la possibilità che lo statuto (o eventuali regolamenti interni anche privi di valore statutario) prevedano norme *ad hoc* che, fermo l'esercizio del recesso e la sua efficacia, impongano obbligazioni residue per addivenire alla chiusura del rapporto del membro della CER quale produttore o quale cliente finale.

La normativa in commento, conseguentemente, sembra escludere, per le CER, anche se costituire in forma di società cooperativa, l'applicabilità dell'art. 2532 c.c., che regola il recesso in termini più restrittivi nell'interesse della società.

Nei limiti della lucratività consentita alla CER nel caso specifico, occorrerà parimenti garantire al membro recedente il pagamento in termini tempestivi.

Ad avviso di chi scrive, la norma dettata in materia di società cooperativa dall'art. 2535 c.c. appare un parametro idoneo, certamente non esclusivo, ma tale da garantire comunque la liceità della soluzione proposta.

Ciò anche se la CER lucrativa in questione, nei limiti in cui ciò si riterrà consentito, non è costituita secondo il modello cooperativo.

Nulla osta, per contro, che la specifica CER scelga di regolare statutariamente il rimborso del socio receduto in termini più solleciti rispetto a quanto previsto dal citato art. 2535 c.c.

La parte finale della norma opera al fine di garantire che il socio recedente non acquisisca, nei confronti della CER, un ingiustificato arricchimento, negli stretti limiti necessari a tale fine; ne consegue, stante tale finalità meramente perequativa, l'inderogabilità assoluta della norma, sia *in melius* per il socio, sia *in melius* per la CER.

c/ "*i clienti finali … regolano i rapporti tramite un contratto di diritto privato che tiene conto di quanto disposto alle lettere a) e b), e che individua univocamente un soggetto, responsabile del riparto dell'energia condivisa. I clienti finali partecipanti possono, inoltre, demandare a tale soggetto la gestione delle partite di pagamento e di incasso verso i venditori e il GSE*".

La norma in commento impone che, *a latere* ed in aggiunta del rapporto sociale, sia stipulato, con le modalità indicate nella normativa, tra la CER e ciascuno dei suoi membri un autonomo "*contratto di diritto privato*".

Tale norma, inequivocabilmente, avvicina le CER al modello mutualistico e, quindi, nella specie, alle società cooperative, dal momento che, in entrambi i casi, il membro deve stipulare due autonomi contratti, tra loro collegati, uno partecipativo, o societario, l'altro di scambio, o mutualistico.

La finalità mutualistica si caratterizza per il fatto di affiancare ad un contratto associativo, che può essere lucrativo (con o senza limiti) o non lucrativo, purché idoneo a coprire i costi sostenuti dall'ente mutualistico, con un altro contratto, di scambio, che rappresenta la principale finalità della partecipazione al contratto associativo stesso e che ha l'obiettivo di garantire al membro

partecipante la massima lucratività, sia essa diretta (secondo lo scambio proprio del contratto di cui si tratta, sia esso di lavoro, di consumo, di acquisizione del godimento o della proprietà di immobili, di conferimento di beni o servizi, di vantaggio consortile, ecc.) o indiretta (attraverso sconti praticati in anticipo o ristorni erogati alla chiusura dell'esercizio).

Per l'art. 2517 c.c. è pacifico che esistono enti mutualistici diversi dalle società lucrative, siano essi previsti dalla legge, siano essi, ex art. 1322 c.c., costituiti di propria iniziativa dall'autonomia privata.

La società cooperativa, pure costituendone il modello storico e lo strumento a tutt'oggi più largamente utilizzato, non ha il monopolio legale della mutualità.

Ne deriva, in linea di principio, che ogni CER deve svolgere un'attività mutualistica, secondo le specifiche regole dettate dalla normativa europea ed italiana al vaglio e, per quanto quivi non previsto, dalle norme in materia di ciascun ordinamento nazionale (rappresentato, per chi svolge l'attività mutualistica a scopo lucrativo, dalle società cooperative ex artt. 2511 ss. c.c.).

4. Le CER tra attività d'impresa e scopo perseguito

Conclusa, nei limiti consentiti dallo spazio del presente scritto, l'analisi delle norme dettate dal legislatore europeo ed italiano in materia di CER, occorre ora mettere con i piedi per terra l'intero *corpus* normativo rispondendo, nell'ordine, ai seguenti due quesiti:

1) la CER deve in ogni caso costituire attività d'impresa ex artt. 54 comma 2 TFUE e 2082 c.c. italiano oppure può anche costituirsi senza svolgere tale attività?
2) Attraverso quali strumenti giuridica la CER italiana può essere costituita?

Resteranno ovviamente fuori dal presente scritto le singole regole di autonomia privata, sia questa statutaria, regolamentare, "parasociale" o mutualistica, che dovranno, tipo per tipo ed ente per ente, essere elaborate dai professionisti al fine di garantire completezza, legalità e performatività delle CER medesime, compito che dovrà essere chiaramente affidato a futuri (ma urgenti) studi specialistici.

In questo paragrafo n. 4) si cercherà di rispondere alla prima domanda, mentre alla seconda domanda si cercherà di rispondere nel successivo paragrafo n. 5).

La nozione di imprenditore dettata dal diritto europeo, desumibile dal citato art. 54 comma 2 TFUE in tema di libertà di stabilimento e di norme in tema di concorrenza, è diversa, e con ogni probabilità più ampia, di quella del diritto italiano.

La nozione europea è la seguente: "p*er società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone fisiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopo di lucro*" (la dottrina non manca di avvertire che il termine "società", in quanto nozione di diritto europeo, non può essere interpretata secondo la nozione del singolo diritto nazionale, dovendo essere la medesima per tutti i Paesi membri).

La nozione italiana ex art. 2082 c.c., invece, è la seguente: “E’ imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

Poiché la nozione europea di imprenditore, alla luce del principio di sussidiarietà ex art. 5 TUE, rileva ai soli fini della libertà di stabilimento e della concorrenza, e non al di fuori di tali settori, l’art. 54 sarà applicabile solo in tali casi, peraltro inerenti, limitatamente alla concorrenza, ai fini anche delle CER.

La risposta, a mio avviso deve essere positiva per ogni CER che non esclude chiaramente dalla propria attività ogni forma di lucro, sia essa diretta, in quanto riferita alla medesima CER, sia essa indiretta in quanto riferita al contratto mutualistico che si affianca a quello istitutivo della CER stessa.

Più complessa è, per ogni finalità diversa dalla concorrenza, la soluzione in caso di applicazione del diritto italiano.

L’art. 2082 c.c., infatti, viene interpretato dalla dottrina dominante attraverso la creazione di una tripartizione, e non di una mera bipartizione, in merito ad enti impresa e ad enti non impresa: ci può essere l’ente lucrativo (che è la regola), ci può essere l’ente non lucrativo che opera tuttavia per finalità di pareggio di bilancio, e ci può essere infine l’ente erogatore, che opera tramite sussidi altrimenti ricevuti, dai propri membri o da soggetti terzi, pubblici o privati (ivi compresi, nei limiti della loro validità, i c.d. aiuti di stato ex artt. 107 e 108 TFUE, di cui al Considerando 29 della direttiva RED II).

La dottrina ritiene che l’impiego dell’aggettivo “economica” per definire l’attività svolta implichi necessariamente la sufficienza del patrimonio destinato per coprire i costi, anche se soggettivamente manca il lucro dei partecipanti all’ente.

Inoltre, laddove come accade negli enti mutualistici e negli enti consortili, il lucro venga perseguito, teoricamente, solo tramite il rapporto mutualistico o l’attività imprenditoriale del consorziato, e non tramite l’ente cooperativo o il consorzio come tali, il collegamento necessario tra i due contratti non consente di disapplicare le norme in tema di imprenditore in materia di impresa, verificandosi, se così non fosse, una ingiustificata fuga dalla disciplina dell’imprenditore tramite una mera interposizione reale di persona.

Ne deriva che sia la società cooperativa sia il consorzio tra imprenditori, anche quando operano con la finalità del solo pareggio di bilancio, restano imprese lucrative, ascrivibili alla prima delle tre categorie sopra indicate, e non alla seconda.

Resta da chiarire come la complessiva disciplina dettata dalla direttiva e dalla relativa legge attuativa italiana in tema di CER impatti sull’operatività delle CER medesime con riguardo all’applicabilità o meno ad esse dello statuto dell’imprenditore (nel caso di specie, in ogni caso, commerciale, e non agricolo).

Pare a chi scrive che, cercando di commentare senza pregiudizi pro o contro il lucro, tale normativa sia nel suo complesso molto analitica, ma priva di norme che possano ergersi a chiave di lettura selettiva, in senso positivo (si pensi al Considerando 70 della direttiva) o in senso negativo (si pensi al Considerando 60 della medesima direttiva), in merito alla necessaria riconducibilità della singola CER alla nozione di imprenditore.

Fermo quanto appena detto per il lucro c.d. indiretto di società cooperative e consorzi tra imprenditori, così come di ogni altro ente anche societario lucrativo che crei per autonomia privata tale duplicazione, da ricondurre senz'altro alla nozione di imprenditore ex art. 2082 ss. c.c., occorrerà accettare, allo stato attuale della normativa e dell'elaborazione dottrinale, le seguenti conclusioni:

a/ai fini del diritto italiano, applicabile in materia per quanto sopra detto, ogni CER, per la complessità dell'attività propedeutica alla sua stessa messa in funzione contemplata dalle fonti normative al vaglio, ben difficilmente potrà fare a meno di un'azienda ex artt. 2555 ss. c.c., apparendo assai difficile, per non dire impossibile, qualificare il patrimonio di una CER, quale che sia il suo concreto rapporto con lo scopo di lucro, in termini di complesso di beni non costituenti azienda ai sensi di tale normativa; ne consegue l'applicazione degli artt. 2555 ss. c.c. ogni volta che la CER, quale che sia l'obiettivo ultimo suo proprio, cede totalmente e parzialmente a terzi i propri beni, contratti, crediti e debiti;

b/la platea assai amplia dei potenziali *players*, pubblici e privati, imprenditori e consumatori, produttori e non produttori, fruitori e non fruitori, beneficiari o investitori, egoisti o altruisti, ecc. non permette di catalogare tassativamente le CER in una o due sole delle tre possibili categorie sopra menzionate, dovendosi stabilire caso per caso se la specifica CER sia un imprenditore lucrativo, sia un imprenditore finalizzato al pareggio di bilancio, e quindi senza lucro soggettivo, oppure sia un mero erogatore di utilità ai beneficiari in forza di sussidi o incentivi, con conseguente impossibilità di applicare ad esso le norme italiane in tema di imprenditore in generale e di imprenditore commerciale in particolare;

c/il perseguimento del lucro - sia soltanto oggettivo oppure anche soggettivo - non è, specialmente in questo secondo caso, senza limiti, avendo il legislatore sia europeo sia italiano ritenuto che l'assenza di limiti avrebbe potuto creare, attraverso la creazione e la gestione di CER, nuove ipotesi di sistematico *greenwashing*, o almeno effetti distorsivi rispetto all'obiettivo di interesse generale che l'intera normativa persegue; fortunatamente, il legislatore, se si legge correttamente l'intera normativa al riguardo come sopra commentata, è stato coraggioso e lungimirante, avendo creato un meccanismo che rende la quantità del lucro ricavabile dalla CER, quando questo ne è lo specifico scopo (come accadrà nella grande maggioranza dei casi), direttamente proporzionale al risultato ecologico che l'attività della CER raggiunge: tanto più vi saranno impianti ad energia rinnovabile, e quindi tanto più si sono garantiti benefici ecologici (meno inquinamento), economici (più legittimi incentivi, ove applicabili) e sociali (più persone fruitrice tra quelle a basso reddito o vulnerabili), tanto più si alzerà anche l'asticella, fermo il limite della non prevalenza, che permette, nei limiti della non prevalenza, di remunerare i partecipanti alla CER (ho realizzato e garantito 1.000 euro degli anzidetti benefici, posso distribuire 999 euro a scopo di lucro soggettivo ai partecipanti alla CER che ne hanno diritto per statuto, anche se, si badi bene, gli stessi hanno già fruito di uno o più degli anzidetti benefici).

5. La costituzione di CER mediante società o strumenti giuridici non societari

Alla ampiezza degli scopi perseguiti non può non conseguire, a giudizio di chi scrive, una altrettanto rilevante ampiezza, ferma la già rilevata necessità di avere un soggetto di diritto, degli strumenti giuridici utilizzabili per costituire una CER.

Le CER, dunque, possono perseguire, con i limiti posti dalla normativa, anche il lucro soggettivo.

E' abbastanza intuitivo, come l'esperienza del *greenwashing* di questi ultimi anni testimonia inequivocabilmente, che il perseguimento di obiettivi anti-inquinamento è subordinato, per la sensibilità della maggioranza degli imprenditori e forse anche delle persone (almeno di quelle più anziane), ai vantaggi economici che ne possono derivare e non al risultato ecologico in sé.

Nella maggior parte dei casi, chi crea impianti di energie rinnovabili per la propria casa opera se vi è un incentivo o un altro tornaconto economico personale; altrimenti, al netto di ogni ipocrisia, egli si tiene i vecchi impianti inquinanti.

Le conseguenze giuridiche di queste banali ed un po' ruvide valutazioni, è che la CER deve valere sia per chi vuole guadagnare attraverso la creazione di impianti di energia rinnovabile, sia per chi, per dovere istituzionale pubblico o privato o per desiderio personale di spendere denaro in energie rinnovabili, vuole raggiungere obiettivi ecologici senza alcun vantaggio economico personale.

Ciò risulta confermato, e se così si può dire anche rafforzato, dopo che, con l'emanazione ad opera del d.l. 29 maggio 2023, n. 57, che ha integrato gli artt. 2 e 5 del codice del terzo settore di cui al d.lgs. 117/2017, è stata introdotta una normativa che prevede che l'attività di produzione, accumulo e condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo rientra tra le attività di interesse generale proprie di tale normativa.

Anche la CER, ricorrendone gli altri presupposti, può divenire ente del terzo settore.

Tale norma è fondamentale per chi vuole creare strumenti giuridici (nel caso di specie CER) finalizzati a scopi ideali (*rectius*: ad interessi generali ex art. 5 comma 1 codice del terzo settore) e non lucrativi.

Tale normativa, nello stesso tempo, non potrà impedire che le stesse attività, pure venendo meno in tale caso lo *status* di ente del terzo settore, siano svolte per finalità lucrative, oggettive o anche soggettive, dal momento che ciò che connota il terzo settore non è solo l'attività svolta, ma anche, come è ovvio, la finalità perseguita.

Ne deriva, considerato tutto ciò, che, in linea di principio, ogni strumento giuridico, *profit* o *non profit*, è, in linea di principio, utilizzabile ai fini della costituzione di una CER.

a) Le società cooperative

Si tratta, come emerge dalle considerazioni finora svolte, dello strumento - principe, quello dal quale ogni operatore deve partire.

Le considerazioni finora svolte permettono di concludere, a mio avviso, che possono al riguardo essere utilizzate sia le cooperative a mutualità prevalente sia quelle a mutualità non prevalente, anche se queste ultime non adottano le clausole statutarie anti-lucrative di cui all'art. 2514 c.c.

Invero, ciò che tutte le cooperative modello CER, prevalenti o meno ai sensi degli artt. 2512 - 2514 c.c., devono fare, è, da un lato, di rispettare le regole di mutualità e quelle di lucro limitato poste dal codice civile stesso (diverse a seconda che vi sia o meno la mutualità prevalente), sia l'obiettivo principale di fornire i benefici propri della CER rispetto a quello di realizzare profitti finanziari previsto dalla direttiva e, soprattutto, dall'art. 31 comma 1 lett. a) del d.lgs. 199/2021 sopra commentato.

I limiti di cui all'art. 2514 c.c., infatti, sono finalizzati ad obiettivi diversi da quelli propri della normativa CER, non potendo i primi essere il *passe-par-tout* per il rispetto dei secondi, ed anche viceversa.

La normativa delle società cooperative dovrà essere adeguata, naturalmente, all'insieme delle norme imperative poste dalla normativa CER oggetto della prima parte di questo scritto.

La mutualità prevalente, il voto capitario, il principio della porta aperta, le regole in tema di recesso, esclusione e morte del socio, le norme in tema di circolazione delle partecipazioni e la necessaria collegialità dell'organo amministrativo rendono il compito più agevole (anche se per nulla facile neppure in questo caso).

Infine, non si può trascurare che tutte le cooperative, a differenza delle società lucrative, devono avere un numero minimo di soci cooperatori pari a nove, se la cooperativa è costituita sul modello della spa, oppure di tre soci cooperatori, se essa è costituita secondo il modello della srl.

Una CER unipersonale o bipersonale, non proibita dalla normativa europea o nazionale, pertanto, dovrà costituirsi necessariamente in forma diversa da quella della società cooperativa.

b) I consorzi e le società consortili tra imprenditori

Uno strumento idoneo, in generale per tutte le CER che sono costituite da imprenditori, privati o pubblici, è rappresentato dai consorzi tra imprenditori ex artt. 2602 ss. c.c. oppure dalle società consortili ex art. 2615-ter c.c.

Mentre queste ultime sono società appartenenti ai tipi sociali previsti dal titolo V del libro V del codice civile, innestando sulla relativa normativa le specialità di oggetto sociale e di obblighi di conferimenti integrativi di cui ai due commi del medesimo articolo, previste espressamente dall'art. 2615-ter c.c. nei suoi due commi, i consorzi tra imprenditori non costituiscono una società, ma rappresentano un autonomo tipo di contratto associativo riservato, senza eccezioni, ai soli imprenditori ex art. 2082 c.c.

Tale contratto associativo è idoneo a regolare quelle CER che hanno tra i propri membri attuali e, realisticamente, futuri che sono imprenditori, quale che ne sia l'attività esercitata.

Tale consorzio-CER potrà essere costituito da due soli imprenditori, con ciò risultando idoneo ad attirare quelle imprese che non possono ricorrere ad una società cooperativa perché essa ha un numero di membri inferiore a nove oppure a tre, che, nelle intenzioni e valutazioni dei fondatori, difficilmente potrebbe, in quel contesto geografico in cui è chiamato ad operare o per le specifiche modalità operative che lo connotano, trovare nuovi membri, nonostante il principio della porta aperta che ne contraddistingue in astratto, come si è visto, lo statuto normativo.

Il consorzio tra imprenditori, inoltre, non presenta alcuna difficoltà in merito al rapporto mutualistico che per tutte le CER deve affiancarsi al rapporto sociale, in quanto esso, al pari delle società cooperative, è già caratterizzato per legge, a sua volta, nella prospettiva del doppio rapporto sociale e di mutualità consortile.

Parimenti alle cooperative, tale consorzio è idoneo a applicare, in maniera piana, il principio della porta aperta, sia in entrata sia in uscita.

c) Le società di capitali

Non vedrei, incoraggiato a tale conclusione anche alla luce dell'esperienza di altri ordinamenti europei, ostacoli di principio nell'utilizzazione di tali tre tipi di società, ivi inclusa la società in accomandita per azioni.

Ancora una volta, occorrerà, nel caso di specie, con uno sforzo sicuramente più intenso rispetto ai due modelli testé indicati, per l'incertezza che circonda le specifiche norme statutarie che dovranno essere introdotte per garantire gli obiettivi della normativa di settore propria dele CER, che creeranno parecchi corto-circuiti tra le due normative, anche in merito alla legittimità delle singole clausole che il professionista incaricato di scrivere gli statuti dovrà metabolizzare e calibrare accuratamente.

I costi di transazione di tale specifica ipotesi saranno realisticamente più alti, proprio per la difficoltà appena evidenziata.

Si pensi al recesso *ad nutum* ed alle altre cause di libera uscita del socio, alle regole di ammissione di nuovi soci, alla necessità che al riguardo operi efficacemente il *trading* di azioni proprie (nelle spa e nella sapa) o un aumento di capitale a pagamento aperto sempre funzionante per chi venisse ammesso ex novo alla società-CER, anche con liberazione delle nuove azioni o quote ad opera di terzi diversi dal sottoscrittore (nelle srl, ma anche per le società azionarie).

Si pensi, ancora, alla limitazione del principio di lucro richiesta a tutte CER, quale che ne sia la forma giuridica, che, restando il fondamento di ogni CER, anche costituita in forma di società di capitali, dovrà essere attuato dallo statuto della società di capitali, garantendo la distribuzione periodica o liquidatoria ai soci nei limiti consentiti dalla normativa CER, che sarà tale da imporre, almeno in taluni casi, una forma di etero-destinazione degli utili, anche in maniera prevalente, che, per la verità, la dottrina occupatasi della questione ammette, se eseguita in forza di una valutazione *ex post*, a consuntivo, anziché *ex ante*, aggiungendo chi scrive che ciò potrà avvenire senza fare ricorso a quella figura, per certi aspetti ambigua ed in ogni caso inidonea a realizzare di per sé gli obiettivi imperativi propri della normativa CER, che è la *società - benefit*.

Incontrare difficoltà nel contemperare le due anzidette normative non significa, tuttavia, trovarsi di fronte ad un divieto di legge.

d) Le società di persone

Le considerazioni da ultimo fatte per le società di capitali si applicano anche alle società di persone, sia per quanto riguarda l'organizzazione della società, sia per quanto riguarda il limite al lucro che il suo oggetto di CER dovrà necessariamente comportare.

In merito a tali società - se la più recente dottrina e giurisprudenza è sempre più incline ad ammettere l'amministratore non socio (scenario assai probabile per una CER), superando un tradizionale divieto di origine dottrinale in tali tipi sociali, peraltro mai espressamente esplicitato dal legislatore - diviene assai complicato prevedere modalità aperte all'ingresso di nuovi soci, e forse anche in merito al loro ruolo nella società che esegue un importante investimento.

e) Le associazioni, riconosciute e non

Se si passa dalle CER che verranno costituite per una anche limitata finalità lucrativa, compatibile come si è visto con la normativa europea ed italiana già più volte richiamata, a quelle costituite da soggetti istituzionali o da enti *non profit*, oppure ancora da persone fisiche comunque non interessate ad alcun lucro soggettivo rinveniente dall'attività della CER, si deve constatare la totale inidoneità delle CER costituite in forma di società di capitali a tale fine, così come la totale inidoneità delle società cooperative e dei consorzi tra imprenditori, dal momento che tali soggetti sono comunque mossi da un intento lucrativo, che, in teli ultimi due casi, non è diretto (in quanto proveniente dalla stessa società o consorzio), ma è indiretto (in quanto proveniente dal rapporto mutualistico o consortile che affianca lo strumento società o consorzio, che, grazie alla CER, produrrà un lucro in capo al socio o al consorzio maggiore di quello che questi avrebbe avuto operando da solo nel mercato).

Non vi è dubbio che possano essere costitute CER sia in forma di associazioni riconosciute come persona giuridica, sia, in quanto a loro volta soggetti di diritto autonomi, in forma di associazioni non riconosciute.

L'inciso recentemente inserito nell'art. 31 comma 1 lett. b) d.lgs. 199/2021, che limita la partecipazione di controllo a quelle associazioni membro che sono associazioni riconosciute, così implicitamente vietandolo per le associazioni non riconosciute, a prescindere dalla non facile *ratio* che deve ritenersi sottesa a tale modificazione (probabilmente derivante dalla maggiore conoscibilità dello statuto e dai controlli che riguardano le prime rispetto alle seconde), non attiene al caso di specie, che riguarda la forma in cui al CER può essere costituita e non l'ambito dei suoi membri che possono controllarla.

E' piuttosto opportuno sottolineare come i principi propri di ogni CER oggetto, come sopra spiegati, siano perfettamente allineati alle associazioni (riconosciute o non), non solo per il principio della porta aperta in entrata ed in uscita che questi enti garantiscono, ma anche per la tendenziale *par condicio* che le associazioni stesse garantiscono ai propri membri, oltre che con la larga discrezionalità riconosciuta agli statuti in merito alle regole di *governance*.

Con riguardo a quest'ultima *governance*, può valere la pena di sottolineare come la normativa in materia di associazioni di cui agli artt. 14 ss. c.c. del codice civile, a differenza di quanto accade nelle associazioni che sono anche enti del terzo settore, non pretende (a differenza di un'opinione che, prima del codice del terzo settore, era invece dominante in dottrina) una gestione di tale *governance* ispirata a principi democratici, con ciò lasciando libere le singole CER costituite in forma di associazione (riconosciuta o non), se si condivide tale lettura, di stare fuori dal terzo settore, potendo così inserire nei propri statuti clausole non democratiche (es.: soci pubblici a voto doppio rispetto ai soci provati), oppure, avendone i requisiti, di entrarvi, così assicurando una *governance* assolutamente democratica.

f) Le fondazioni

Nel sistema originario del codice civile, le fondazioni, enti necessariamente riconosciuti, votati a perseguire esclusivamente finalità di pubblica utilità, non bastando il semplice scopo *non profit*, soggetti ad una rilevante ingerenza da parte della competente autorità, governativa statale o regionale, erano amministrate da un organo servente, che, in ogni caso, doveva rispettare l'atto di fondazione e le volontà del fondatore quivi custodite, e, quando le regole del fondatore non c'erano

o non erano più applicabili per l'evoluzione della fondazione, doveva rivolgersi necessariamente alla pubblica autorità per modificare tali regole, che comunque, continuavano a vincolare tale organo anche dopo la modificazione introdotta dalla stessa autorità.

In tale ottica, le fondazioni non avrebbero potuto costituirsi come CER, anche laddove le stesse avessero escluso nell'atto di fondazione ogni scopo lucrativo, diretto o indiretto, oggettivo o soggettivo, stante la mancanza di quell'organo di controllo che è previsto dall'art. 31 comma 1 lett. b) d.lgs. 199/2021, che ha un esplicito ed evidente ruolo trainante, e non un ruolo meramente servente come accadeva invece per le fondazioni ex artt. 14 ss. c.c.

Negli ultimi trent'anni - in parte per l'intervenuta presenza di una legislazione speciale (fondazioni bancarie in testa, ma anche fondazioni liriche, fondazioni museali, ecc.) che apriva ad un ruolo più incisivo dell'organo di gestione e, alla stregua di un bilanciamento, introduceva un organo assembleare destinato a consigliare, controllare ed in taluni casi anche ad eleggere gli amministratori, in parte per una crescente sensibilità della dottrina, anche al di fuori delle leggi speciali, di aprire gli artt. 14 ss. c.c. in tema di fondazioni all'autonomia privata del fondatore, anche con riguardo alla creazione di un organo assembleare sulla falsariga di quanto accadeva nella legislazione speciale - l'affermarsi delle c.d. fondazioni di partecipazione.

Ciò, quindi, ha consentito di aprire sempre più tale istituto all'autonomia privata, superando, nella sostanza, quel vincolo (a tutela sia dell'interesse pubblico perseguito dalla fondazione, sia della garanzia di rispetto della volontà del fondatore), appena ricordato, che avrebbe impedito alle fondazioni codicistiche (ovvero, non di partecipazione) di applicare l'intera normativa richiesta dalla nuova normativa europea ed italiana per le CER.

La necessaria distinzione tra associazioni e fondazioni, in tale nuova ottica, attiene ora soltanto alla fase genetica e non più anche alla fase operativa (nelle fondazioni c'è un "benefattore" che crea il patrimonio e che può o non può essere socio o amministratore; nelle associazioni, invece, tale soggetto non c'è).

Nello stesso tempo, anche il ruolo dell'autorità governativa ha dovuto fare un passo indietro, parallelamente all'accresciuta possibilità di espressione della propria autonomia negoziale da parte del fondatore.

Anche le fondazioni, pertanto, ricorrendo la citata configurazione di ente di partecipazione con un'assemblea con poteri di nomina degli amministratori, possono costituire una legittima modalità di costituzione di una CER.